



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 159215/2016 – ASJCIV/SAJ/PGR

Recurso Extraordinário 852.475 – SP

Relator: Ministro **Teori Zavascki**

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorridos: Antônio Carlos Coltri e outros

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 897 DA REPERCUSSÃO GERAL. AÇÕES DE RESSARCIMENTO DO ERÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPRESCRITIBILIDADE. ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

1– Proposta de Tese de Repercussão Geral (Tema 897):

São imprescritíveis as ações de ressarcimento do erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de prévia declaração do ato como ímprobo e do agente que o pratique, servidor público ou não.

2– Recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição, sob o argumento de ofensa aos arts. 1º, 18, 29, 30, V, § 5º, e 39 da Carta Magna, com a pretensão de cassar o acórdão recorrido e afastar a extinção do processo por prescrição.

3 – Não cabe ao legislador nem ao intérprete restringir o alcance da norma advinda do § 5º do art. 37 da Constituição, para excluir da garantia da imprescritibilidade as ações de ressarcimento de danos decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa. Admitir a indevida restrição implica afronta ao texto constitucional, mitigação do princípio da moralidade administrativa e desproteção do patrimônio e do interesse públicos.

4 – A tutela da moralidade administrativa impede a equiparação do dano civil, cuja reparação foi reconhecida como prescritível no julgamento do RE 669.069, ao dano decorrente da prática de improbidade administrativa, cujo ressarcimento é imprescritível.

5 – A imprescritibilidade constitucional da ação ressarcitória não está condicionada a prévio reconhecimento do ato causador do dano como improbidade administrativa.

6 – É imprescritível a ação de ressarcimento, independentemente do agente causador do dano, seja servidor público ou não. A regra da imprescritibilidade existe para proteção do patrimônio público em face de todos, não apenas dos agentes públicos.

7 – Parecer pelo **provimento parcial** do recurso extraordinário a fim de que seja reconhecida a imprescritibilidade da ação de improbidade administrativa proposta pelo recorrente na parte relativa ao ressarcimento ao erário.

1. O caso em exame

Trata-se de recurso extraordinário erigido como paradigma do Tema 897 da repercussão geral, em que se discute a prescritebilidade da ação de ressarcimento ao erário em face de agente, servidor ou não, em decorrência da prática de suposto ato de improbidade administrativa.

O recurso está fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição e indica como infringidos os arts. 1º, 18, 29, 30, V, § 5º, e 39 da Carta Magna, tendo sido interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de acórdão da Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo assim ementado:

Ação Civil Pública – Licitação – Alienação de bens móveis – Avaliação abaixo do preço de mercado – A Lei Federal nº 8.112/90 dispõe que a ação disciplinar prescreve em 5 (cinco) anos quanto às infrações penais puníveis com demis-

ção (inciso I), sendo que o prazo prescricional começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido (§ 1º) – Fatos ocorridos em 26.04.1995 e 21.11.95 – Ação interposta em 03.07.2001 – Ocorrência da prescrição – Ação julgada extinta em relação aos ex-servidores. Recurso provido.

O recorrente opôs embargos declaratórios, suscitando omissão do acórdão quanto à incidência da Lei 8.112/1990. Segundo alega, a referida lei, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis federais, não se aplica aos servidores públicos municipais.

Por sua vez, o Tribunal de origem rejeitou-os, esclarecendo que nada impede a aplicação subsidiária da Lei 8.112/1990 a servidores públicos municipais ante a falta de legislação municipal que regulamente a questão.

No apelo extraordinário, afirma, para fins de repercussão geral, que o tema ultrapassa o interesse subjetivo das partes, mostrando-se relevante diante da possibilidade de, uma vez reconhecida a prescribibilidade das ações de ressarcimento ao erário, determinados atos fiquem impunes e o Tesouro, composto pela contribuição de cada um dos integrantes da sociedade, seja diminuído.

Quanto ao mérito, narra que o acórdão recorrido julgou extinto o processo pela prescrição em relação a todas as consequências da prática do ato ímprobo, inclusive à sanção de ressarcimento ao erário. Entende que, mesmo consideradas prescritas as sanções da Lei 8.429/1992 aplicadas aos servidores públicos pelo juízo de

primeira instância, a prescrição não poderia alcançar a penalidade de ressarcimento ao erário.

Sustenta violação do art. 37, § 5º, da Constituição, que prevê a prescritibilidade dos ilícitos administrativos praticados por qualquer agente público, segundo dispuser a lei, mas assegura a imprescritibilidade das ações de reparação de danos ao erário. Aduz que, do segundo comando emanado do dispositivo constitucional, extrai-se a vedação de lei em sentido contrário, ou seja, permitindo-se a prescrição da penalidade de ressarcimento.

Em relação às demais penalidades, também reputa inconstitucional o reconhecimento da prescrição, por ofensa aos princípios federativo e da autonomia municipal. Afirma não ser aplicável a ex-servidores públicos municipais o prazo prescricional fixado na Lei 8.112/1990 para a pena de demissão.

Ao final, requer a reforma do acórdão para que seja afastada a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição em relação a todas as sanções aplicadas ou, ao menos, em relação à penalidade de ressarcimento do dano.

Não foram apresentadas contrarrazões.

O recurso foi admitido na origem.

Remetidos os autos ao Supremo Tribunal Federal, o Plenário, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão

geral, adotando o recurso extraordinário como paradigma do Tema 897, em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritebilitade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa.

2. Repercussão geral reconhecida (*DJe* 25 maio 2016.)

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer.

O Ministro Relator determinou, no despacho de 14 de junho de 2016 (*DJe* 20 jun. 2016), “a suspensão do processamento de todas as demandas pendentes que tratem da questão em tramitação no território nacional”.

Em seguida, vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para manifestação.

Esses, em síntese, são os fatos de interesse.

2. Objeto do Recurso

Em que pese ao fato de o pedido principal do recorrente ser afastar o reconhecimento da prescrição de todas as penalidades aplicadas aos servidores, a discussão no recurso extraordinário

cinge-se ao pedido alternativo, referente à prescritibilidade da penalidade de ressarcimento ao erário, questão reconhecida constitucional e com repercussão geral pela Suprema Corte.

Ainda em caráter prefacial, a matéria versada detém reflexos diretos no campo de realização das atribuições constitucionais do Ministério Público, em especial da função institucional de proteção do patrimônio público e social (art. 129, III, da Constituição e art. 1º, VIII, da Lei 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública).

O Ministério Público é instituição permanente à qual incumbe, entre outras relevantes tarefas, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A proteção do patrimônio público refere-se, dentro desse plexo maior de atribuições de fiscalização e proteção, ao conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico, arqueológico, turístico ou ambiental, como se depreende da leitura da Carta Magna e da aproximação do § 1º do art. 1º da Lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular).

Incumbe, ainda, ao *Parquet*, como guardião permanente da ordem jurídico-democrática, controlar as condutas atentatórias aos princípios constitucionais da administração pública, entre os quais está o princípio da moralidade (art. 37, *caput*, da Constituição), do qual é corolário a probidade administrativa.

Portanto, para além da condenação dos agentes públicos e/ou de terceiros à recomposição do patrimônio público lesionado mo-

ral ou materialmente, é função precípua do Ministério Público preservar a higidez da administração pública.

3. Mérito

3.1 Imprescritibilidade constitucional das ações de ressarcimento ao erário fundadas em suposto ato de improbidade administrativa

O cerne da controvérsia está em analisar se é constitucional reconhecer a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de suposto ato de improbidade administrativa.

A Constituição prescreve, no art. 37, *caput*, que a administração pública se curva, entre outros, aos princípios básicos da legalidade, moralidade e impessoalidade. Conectados a esses três pilares estão os §§ 4º e 5º do mesmo dispositivo, a determinarem que:

§ 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.

§ 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. (Destaques acrescentados.)

Da simples leitura dos dispositivos constitucionais, em especial do § 5º, extrai-se que, em relação às ações de ressarcimento ao

erário, não há falar em prescrição, sendo absolutamente vedada qualquer previsão legal nesse sentido.

A orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a exegese do § 5º do art. 37 da Carta Magna sempre foi na linha do reconhecimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, a exemplo do que foi decidido no: MS 26.210 (Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Plenário, *DJe* 10 out. 2008) e RE 606.224 (Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, *DJe* 16 abr. 2013), referentes ao ressarcimento ao erário por bolsistas do CNPq¹; ARE 648.661 (Relatora Ministra ELLEN GRACIE, *DJe* 9 ago. 2011)² e RE 693.991 (Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, *DJe* 28 nov. 2012)³, a versarem sobre acidentes de trânsito; e RE 629.241

- 1 “MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPQ. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I – O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II – Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III – Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV – Segurança denegada.”
- 2 É elucidativo o seguinte trecho da decisão: “No mérito, assiste razão ao recorrente. Este Tribunal consolidou entendimento no sentido de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento por dano ao erário. Nesse sentido: MS 26.210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, *DJe* 10.10.2008; RE 608.831-AgR/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, *DJe* 25.6.2010; RE 578.428/RS, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 28.6.2011; e AI 833.799/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 26.5.2011”.
- 3 “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE REGRESSO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO PROVIDO.”

(Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, *DJe* 9 out. 2010), relativo a execução de acórdão do TCU⁴.

Nessa linha, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula 282, com o seguinte enunciado: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”.

Especificamente em relação ao ressarcimento de danos em ações de improbidade administrativa também já se pronunciaram as duas turmas da Suprema Corte pela sua imprescritibilidade. É o que se extrai das seguintes ementas:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. Incidência, no caso, do disposto no artigo 37, § 5º, da Constituição do Brasil, no que respeita à alegada prescrição. Precedente. Agravo regimental a que se nega pro-

4 “Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, da Constituição Federal) interposto de acórdão proferido por Tribunal Regional Federal cuja ementa possui o seguinte teor: ‘PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE ACÓRDÃO DO TCU. ALEGAÇÃO DE INVALIDADE DO TÍTULO EM FACE DA PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO. APLICAÇÃO DO PARÁG. 5º DO ART. 37 DA CARTA MAGNA. RECURSO IMPROVIDO. 1. À luz da diretriz estampada no parág. 5º do art. 37 da Carta Magna, as ações que visam à recomposição do patrimônio público são imprescritíveis. 2. Precedentes desta Corte Regional, do que é exemplo a AC 404.602-AL, Rel. Des. Federal MARCELO NAVARRO, DJU 09.05.07, p. 641. 3. Apelação improvida’. (fls. 82) Alega-se violação do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal. O recurso não merece seguimento. O Plenário desta Corte, no julgamento do MS 26.210 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 10.10.2008), fixou orientação no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário. Confira-se, também, o RE 608.831-AgR (Rel. Min. Eros Grau, *DJe* de 25.06.2010). Dessa orientação não divergiu o Tribunal *a quo*. Do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário.”

vimento. (RE 608.831, Relator Ministro EROS GRAU, Segunda Turma, *DJe* 24 jun. 2010.)

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CONTRATO. SERVIÇOS DE MÃO DE OBRA SEM LICITAÇÃO. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CF. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. As ações que visam ao ressarcimento do erário são imprescritíveis (artigo 37, parágrafo 5º, *in fine*, da CF). Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 712.435 AgR, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, *DJe* 11 abr. 2012.)

No julgamento do citado Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 712.435, a Ministra Relatora Rosa Weber deixou expresso em seu voto:

[...] o que está sujeita à prescrição é a apuração das punições do agente público por cometimento de ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92, citada pelo agravante), não a ação de ressarcimento do dano causado ao erário.

No mesmo sentido são as decisões monocráticas: AI 631.144, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, *DJe* 8 abr. 2011; RE 474.750, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, *DJe* 3 jan. 2011; RE 574.867, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, *DJe* 9 jun. 2010; RE 542.467, Relator Ministro AYRES BRITTO, *DJe* 2 fev. 2010; RE 463.451, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, *DJe* 22 out. 2009.

Recentemente, o Ministro Edson Fachin, vencido no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069 (Tema 666 da Repercussão Geral, também fundamentado na violação do cerne do art.

37, § 5º, parte final, da Carta Magna), sustentou a tese da maior amplitude da imprescritibilidade das ações de ressarcimento. Da fundamentação por ele apresentada é possível inferir que o entendimento alcança as ações de ressarcimento de danos decorrentes da prática de suposto ato de improbidade. Confira-se:

Inserido no Título III da Constituição que trata da Organização do Estado, mais especificamente em seu Capítulo VII, que versa sobre a Administração Pública, onde se estabelece a imperiosidade de obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*), faz parte, em meu sentir, da arquitetura constitucional de proteção da coisa pública.

É certo que a previsão de graves sanções para os atos de improbidade administrativa e a imperiosidade de sua normatização legal (presentes nos arts. 14, § 9º, 15, V, e 37, § 4º) também se inserem no mesmo quadrante de proteção e tutela da coisa pública.

No entanto, tais previsões não devem gerar confusão ou conflito com o disposto no art. 37, § 5º, da CRFB. Nesse dispositivo o texto constitucional é expresso ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos (quer, portanto, na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo) que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. **Logo em seguida, porém, decota de tal comando para o legislador as ações cíveis de ressarcimento (ou seja, de recomposição) do erário, tornando-as, assim, imprescritíveis.**

O texto constitucional é expresso ao prever a ressalva da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário. **Não nomeia, elenca, particulariza e nem restringe a natureza dos ilícitos que geram danos e que, assim, podem ensejar o ressarcimento dos danos ao erário.** Basta haver dano. Se houver dano, desde que seja dano fruto de ato ilícito –

repiso, sem que o texto constitucional elenque, particularize ou restrinja a natureza do ilícito –, poderá haver ação de ressarcimento, sem que incida sobre essa pretensão qualquer prazo prescricional. Basta, à luz do comando constitucional, a existência de ilícito que a ele cause prejuízo para que seja possível ação de ressarcimento, sem que sobre a pretensão nela veiculada incida qualquer prazo prescricional.

Houve, assim, por escolha do poder constituinte originário, não apenas o alçamento da boa governança a patamar constitucional, mas da compreensão da coisa pública – não raras vezes tratada com desdém, vilipendiada por agentes particulares ou estatais – como um compromisso fundamental a ser protegido por todos.

O comando estabelece como um verdadeiro ideal republicano que a ninguém, ainda que pelo longo transcurso de lapso temporal, é autorizado ilicitamente causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarcir-lo. (Destques acrescidos – RE 669.069, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, Plenário, *DJe* 27 abr. 2016.)

Também a doutrina defende serem imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de supostos atos de improbidade administrativa.

Transcrevem-se, por oportunas, as lições de José Afonso da Silva e de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a questão:

A prescribibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim, é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do

agente, a sua inércia gera a perda de seu *ius persecuendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. **Nem tudo se prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non securret ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.** (Destques acrescentados – SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 682-683.)

Em casos de ato de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, o servidor ficará sujeito à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 37, § 4º), **sendo imprescritível a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário (art. 37, § 5º).** (Destques acrescentados – MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 273.)

Emerson Garcia também é categórico em ser imprescritível a ação de reparação de danos decorrentes de ato de improbidade:

Repisando o que já fora anteriormente dito, é voz corrente que o art. 37, § 5º, da Constituição dispõe sobre o caráter imprescritível das pretensões a serem ajuizadas em face de qualquer agente, servidor ou não, visando ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário. À lei compete estabelecer os prazos de prescrição para os ilícitos praticados, “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Há, portanto, uma

evidente dicotomia de tratamento em relação à *punição* e à *recomposição*. Como consequência, **tem-se que somente as demais sanções previstas nos feixes do art. 12 da Lei de Improbidade serão atingidas pela prescrição, não o ressarcimento do dano (material ou moral), o qual poderá ser a qualquer tempo perseguido.** Por este motivo, nada impede que seja utilizada a ação referida no art. 17 da Lei n. 8.429/1992, ou qualquer outra dotada de eficácia similar, com o fim, único e exclusivo, de demonstrar a prática do ato de improbidade e perseguir a reparação do dano. Não é demais lembrar que a própria Lei n. 8.429/1992 também faz referência, em seu art. 18, à “ação civil de reparação de dano”, que é tratada em conjunto com o microsistema punitivo.

A imprescritibilidade, é importante frisar, embora busque resguardar a apresentação de uma pretensão em juízo, encontra justificativa na *ratio essendi* do direito tutelado. Em outras palavras, **a proteção do patrimônio público, enquanto modalidade de interesse difuso, afeto a todos os membros da coletividade, foi não só retirada do poder de disposição de qualquer legitimado a tutelá-lo, como, também, pode ser feita a qualquer tempo.**

[...]

Assim, deve-se dispensar ao art. 23 da Lei de Improbidade interpretação conforme à Constituição, sendo ele inaplicável às hipóteses de ressarcimento dano. (Destques acrescidos – GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 712-714.)

Na mesma linha, Waldo Fazzio Júnior, ao analisar o art. 37, § 5º, da Constituição, leciona:

Parece claro que a Constituição Federal não deseja que o prazo prescricional atinente às ações de ressarcimento de danos oriundos de atos ilícitos praticados por agentes públicos seja o mesmo pertinente aos demais ilícitos administrativos.

Fosse esta a intenção constituinte, bastaria não impor qualquer ressalva. No entanto, ressalva.

Também parece certo que não pretende seja o prazo prescricional estabelecido no Código Civil, para aqueles casos em que a lei não fixa prazo menor. Da mesma forma que remete os demais casos às leis administrativas, poderia enviar a matéria à regulamentação geral do diploma civil. No entanto, não o faz.

Ainda parece lógico que, se almejasse a fixação de qualquer outro prazo, poderia fazê-lo, ao invés de, exclusivamente, consignar a ressalva.

Não parece adequado interpretar o texto do art. 37, § 5º, de outra forma, como não sendo essa a *mens legis*: a imprescritibilidade das ações de reparação de danos. [...]

A prescrição somente alcança a ação de improbidade que visa à imposição de sanções civis [...].

A orientação predominante, realmente, tem sido no sentido de que não ocorrerá prescrição para se postular o ressarcimento do dano, aliás, impropriamente lido como sanção. [...]

O agente público que, mediante ato de improbidade administrativa, carrear danos ao erário não se livrará da ação de ressarcimento, com apoio na prescrição.

Nem se argumente com o princípio da segurança jurídica, aliás, expressamente reconhecido na parte inicial do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. O constituinte, ao excepcionar a imprescritibilidade do ressarcimento de danos causados ao patrimônio público econômico, não deixou de homenagear a segurança jurídica da sociedade, perpetuando o dever de restituir a quem violou a moralidade administrativa e a ética pública.

Aliás, a declaração da prescrição das sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa não impede o prosseguimento da demanda quanto à pretensão de ressarcimento dos danos causados ao erário. (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015, p. 478–480.)

Ainda esclarecedora é a lição de George Sarmento, nos seguintes termos:

Essas regras não valem para as ações civis públicas que visam à aplicação de sanções indenizatórias. É que o § 5º do art. 37 da Constituição Federal confiou ao legislador ordinário a missão de estabelecer os prazos prescricionais para os atos ilícitos que importem prejuízos ao erário, ressaltando as respectivas ações de ressarcimento. Isso significa que a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano e a multa civil são sanções que podem ser reclamadas a qualquer tempo.

A prescrição quinquenal são abriga a perda do cargo público, a suspensão dos direitos políticos, a proibição de contratar com o poder público e de receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios.

A imprescritibilidade das ações de ressarcimento permite ao Ministério Público ou ao órgão estatal interessado propor ação civil pública visando ao ressarcimentos dos danos morais e materiais sofridos pelo erário mesmo depois de expirado o período prescricional. Nesse caso, o objeto da ação civil pública será essencialmente indenizatório [...]. (SARMENTO, Jorge. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 212-213.)

Ainda na defesa da imprescritibilidade da ação de reparação de danos decorrentes de ato de improbidade: Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 695), Alexandre Rosa e Affonso Ghizzo (*Improbidade administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal: conexões necessárias*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 293), Marcelo Figueiredo (*Probidade administrativa: comentário à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. São Paulo:

Saraiva, 2007, p. 293) e Francisco Octávio de Almeida Prado (*Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 211).

Quanto ao ponto, são irretocáveis a jurisprudência e a doutrina mencionadas.

O Poder Constituinte, ao estabelecer a hipótese de imprescritibilidade do § 5º do art. 37, não fez ressalvas sobre o tipo de ações de ressarcimento alcançadas por essa regra. Não cabe, portanto, ao legislador nem ao intérprete fazê-lo. Não há razões para, realizando distinção não prevista, ou melhor, vedada, afirmar que as ações de improbidade administrativa que visam à reparação dos danos causados ao erário pelo agente ímprobo são alcançadas pela prescrição.

Entendimento em sentido contrário, tal qual o adotado no acórdão recorrido, violaria diretamente a Carta Magna, além de implicar mitigação ao princípio da moralidade administrativa e desproteção do patrimônio público, bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, em especial pelo dispositivo constitucional invocado, que se preocupa, acertadamente, com a efetiva tutela dos cofres públicos e, por via de consequência, da população.

A proteção do patrimônio público em face das tentativas de colonização por interesses privados é consagrada no comando de imprescritibilidade advindo do dispositivo, que protege o erário de forma independente e autônoma.

A máxima tutela dos cofres públicos em sede constitucional contra o ilícito, seja qual for sua natureza e independentemente do número de instâncias e esferas em que possa ser investigado, é corolário da compreensão do erário como ponto sensível para o qual convergem não apenas valores estritamente econômicos, mas, por incontáveis vezes, interesses de natureza transindividual.

A Procuradoria-Geral da República já se manifestou, no mencionado RE 669.069, no sentido de ser a imprescritibilidade do ressarcimento de danos ao erário opção expressa do Constituinte para maximizar a proteção do patrimônio público⁵.

Somada à proteção do patrimônio público está a proteção da probidade administrativa, corolário da moralidade, que é o fator determinante para estabelecer a necessária distinção entre a prescritibilidade das ações de reparação de danos ao erário decorrentes de **ilícito civil**, objeto do RE 669.069, daquelas em que o dano advém

5 Consta da ementa do parecer ofertado pelo *Parquet*: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 666. AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO, AINDA QUE O PREJUÍZO NÃO DECORRA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. PRESCRIÇÃO. A imprescritibilidade do ressarcimento de danos ao erário é opção do constituinte para maximizar a proteção do patrimônio público. Previsão constitucional expressa. Impossibilidade de mitigação do preceito. Exegese consentânea com os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Precedentes. Parecer pelo provimento do recurso extraordinário, para que se reconheça a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário e se julgue procedente o pedido de ressarcimento da União no evento lesivo sob exame, corrigido monetariamente e acrescido dos juros legais”.

da prática de **suposto ato de improbidade administrativa**, situação apreciada no presente feito.

É a moralidade administrativa que, de fato, impede a equiparação do dano civil ao dano decorrente da prática de improbidade administrativa.

A defesa da probidade é interesse difuso, pois configura interesse indivisível de toda a sociedade, não fruível individualmente, bem jurídico social que exige a máxima proteção possível.

Diferentemente do que, em geral, ocorre nos casos de ilícito civil, a exemplo do acidente automobilístico tratado no RE 669.069, na prática de atos de improbidade administrativa são violados não apenas as normas de serviço interno e o direito de um indivíduo determinado, mas o dever geral de probidade e o direito de toda a sociedade à higidez da administração pública, ou seja, o bem comum. Não é o direito de João, de Maria ou apenas de José, mas da sociedade como um todo.

De qualquer forma, as discussões travadas no julgamento do RE 669.069 são importantes para o aprimoramento do debate subjacente ao deslinde do presente apelo extraordinário, na medida em que, tal qual os já citados precedentes das duas turmas da Corte Suprema e as decisões monocráticas dos ministros que a compõem, também sinalizam a ideia de que a imprescritibilidade alcança as

ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de supostos atos de improbidade administrativa.

A discussão travada nas sessões plenárias de julgamento do RE 669.069 foi guiada, inicialmente, pelo voto do Ministro Relator Teori Zavascki, que, no mérito, afirmou que o espectro do art. 37, § 5º, da Constituição abrangeria ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e de ilícitos penais. Eis os termos do voto:

3. Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma da imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de **ilícitos tipificados como de improbidade administrativa** e como ilícitos penais. (Destaques acrescidos.)

Na sequência houve confinamento da tese a ser replicada aos lindes do voto do Ministro Roberto Barroso. E assim ocorreu somente para fins de delimitação do exame da repercussão geral e de

fixação da tese no caso apresentado, que, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa, ficou restrita à prescritibilidade ou imprescritibilidade dos ilícitos de natureza civil.

Ou seja, não se extrai daquela delimitação entendimento de que o dispositivo constitucional não abarcaria as ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa.

Tal conclusão é alcançada pela simples leitura das afirmações do Ministro Roberto Barroso:

Eu gostaria de adiantar, desde logo, que eu estou de acordo com o voto do Ministro Teori Zavascki naquilo em que decidiu a demanda posta. Portanto, acho que, nas ações de reparação de dano por ilícito civil, a prescritibilidade se impõe, e, no caso concreto, se impõe de acordo com os critérios que Sua Excelência apontou. De modo que não tenho nenhuma dúvida em acompanhá-lo na solução desta lide específica. Sua Excelência, no entanto, foi um pouco além, preocupado em sistematizar o tema, e, talvez, nós não estejamos ainda em condições de sistematizar o tema. Dentre outras razões, porque a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade, ou mesmo em matéria de crime, ela não foi objeto – eu diria – de um contraditório neste processo. Ou seja, nós não fomos expostos aos diferentes argumentos, alguns deles suscitados, agora, pelo Ministro Toffoli e pelo Ministro Gilmar Mendes. E eu não gostaria de ter um pronunciamento do Plenário sobre esta questão importante e delicada da imprescritibilidade, sem um contraditório em que nós pudéssemos considerar todos os argumentos. [...]

De modo que eu acompanho o Ministro Teori na conclusão e proponho uma ligeira alteração da tese da repercussão ge-

ral para dizer: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

A questão, aliás, foi antevista pelo próprio Ministro Relator, ao destacar, no centro dos debates que:

[...] mesmo essa tese, agora colocada pelo Ministro Barroso, restritiva, também exige alguma reflexão. O que é ilícito civil? [...] A improbidade administrativa não é ilícito civil? É não penal, portanto a improbidade administrativa ficaria prescritível. Se nós quiséssemos ser minimalistas, nós deveríamos dizer que é prescritível a ação de ressarcimento contra o erário relativa a acidente de trânsito.

Como se vê, tudo indica que os ministros da Suprema Corte tenham “adiantado” a ideia de que o alcance da regra da imprescritibilidade advinda do art. 37, § 5º, da Carta Magna atingiria as ações de ressarcimento de danos decorrentes de suposto ato de improbidade administrativa.

Aliás, antes mesmo daquele julgamento, o Supremo Tribunal Federal vinha reiteradamente reconhecendo que o princípio da moralidade administrativa se revela como valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental a reger as atividades do Poder Público, que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado⁶.

6 RCL 23.131, Relator Ministro LUIZ FUX, *DJe* 27 jun. 2016; ARE 976.873, Relator Ministro CELSO DE MELLO, *DJe* 22 jun. 2016.

Esse o contexto, há de se concluir que “o desrespeito ao princípio da moralidade administrativa faz instaurar situações de inconstitucionalidade”⁷ e não se deve admitir que inconstitucionalidades desse jaez se convalidem com o transcurso do tempo, sobretudo quando a razão para tal for inércia da administração.

Na verdade, nem se trata propriamente de um prêmio à administração pública inerte.

Abre-se, aqui, um pequeno parêntese para lembrar que o Ministério Público, um dos legitimados para propositura da ação civil pública, não é onisciente e pode ocorrer, por exemplo, que, somente na superveniência de alternância no comando de entidade lesada pela prática de ato de improbidade, venha a ter a informação e o conhecimento necessários para a responsável propositura de ação de ressarcimento. Em hipóteses tais, a depender do tempo fluído, nada restaria a fazer para proteger o interesse público, caso escoado o prazo prescricional que se reconhecesse existente.

A imprescritibilidade representa, antes, garantia da coletividade à restituição do que lhe foi subtraído pelo ato de improbidade, a partir de violações de princípios constitucionais caros à população como um todo e do dever de lealdade para com as instituições⁸.

7 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 962.

8 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética,

Exatamente por isso, no tocante à improbidade administrativa, a tutela conjunta dos interesses é reclamada pela ordem constitucional. Não há como dissociar a tutela dos interesses defendidos da regulamentação da ação de improbidade, inobstante a circunstância de cada uma das lesões advindas do comportamento ímprobo gerar consequências distintas (sanções punitivas e reparação de danos).

O dano ao patrimônio público é o resultado, dando o Poder Constituinte preponderância não a ele, mas à forma como é gerado (por improbidade)⁹. Daí a possibilidade, ou melhor, necessidade, de permitir que se dê prosseguimento à ação de improbidade a fim de que, mesmo prescritas as demais sanções, seja alcançada a reparação do dano ao erário, de natureza imprescritível.

3.2 Ponderação de valores: Patrimônio público e moralidade administrativa versus segurança jurídica do agente ímprobo em face da ação ressarcitória do Estado – Segurança jurídica do indivíduo versus segurança jurídica da coletividade

O caso parece apresentar um conflito entre a máxima preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, de um lado, e a preservação da segurança jurídica do agente ímprobo em face da ação ressarcitória do Estado, do outro.

2014, p. 475.

⁹ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011, p. 333.

Ocorre que, na ponderação entre os dois valores, no momento da elaboração do texto constitucional, o Poder Constituinte fez sua opção, não extinguindo um ou outro interesse, mas determinando a fixação de prazos prescricionais para punição de ilícitos e ressaltando as respectivas ações de ressarcimento.

A segurança jurídica, sob a perspectiva do indivíduo, foi indubitavelmente prestigiada com a determinação de se estabelecerem, por meio de lei, prazos prescricionais para as sanções em sentido estrito decorrentes da prática de ato de improbidade; enquanto o patrimônio e a moralidade foram prestigiados quando se afirmou que, no atinente ao ressarcimento, as ações em face do agente ímprobo não prescreveriam.

Ademais, é possível sustentar que o conflito é meramente aparente, porquanto o Constituinte, ao excepcionar a imprescritibilidade do ressarcimento de danos causados ao patrimônio público econômico, “perpetuando o dever de restituir a quem violou a moralidade administrativa e a ética pública”¹⁰, não deixou de homenagear a segurança jurídica; titularizada, contudo, pela sociedade, não pelo particular. Fez, assim, prevalecer o interesse público em face do interesse particular do agente ímprobo.

Na ponderação entre a segurança jurídica do indivíduo, que teria, depois do escoamento de prazo prescricional, de devolver o

10 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015, p. 480.

que não lhe pertence ao Estado, e a segurança jurídica da coletividade, de poder, a todo momento, recuperar o que lhe foi subtraído de maneira indevida pelo agente ímprobo, o Poder Constituinte fez prevalecer a segunda.

3.3 Impossibilidade de condicionar a imprescritibilidade da ação de reparação a prévio reconhecimento do ato causador do dano como improbidade administrativa

É preciso refletir sobre o amplo alcance de atos albergados, na vigência da Constituição de 1988, como improbidade administrativa. Esses atos podem ser identificados no cotejo com os princípios que encabeçam o art. 37 da Carta Magna e dão contornos indiscutivelmente cruciais para o funcionamento da democracia.

Referem-se à improbidade administrativa “as formas típicas específicas de ferimento ao bem jurídico ‘moralidade administrativa’” que trazem prejuízos materiais ou morais à administração pública. Toda ação “desvestida de honestidade, de bom caráter, de boas intenções, de honradez, de justiça e de retidão”¹¹, que tenha aptidão para vulnerar a gestão da coisa pública é ato de improbidade e, nessa qualidade, passível de enquadramento na disciplina da

11 GOMES, José Jairo. Apontamentos sobre a improbidade administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Improbidade administrativa*: 10 anos da Lei n. 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 239 e 245.

imprescritibilidade de que cogita o § 5º do art. 37 da Constituição. Portanto, o âmbito de incidência da improbidade administrativa não tem limitações do ponto de vista das diretrizes que imantam a ordem constitucional brasileira.

As figuras legais classificadas como improbidade administrativa estão em expansão, e, hoje, podem ser identificadas não apenas na Lei 8.429/1992, mas também no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e na Lei das Eleições (Lei 9.504/1997).

Há aguda preocupação com os potenciais efeitos sistêmicos do julgamento do presente recurso, em especial com a possibilidade, ainda que descabida, de fixação de tese, pela Suprema Corte, na sistemática da repercussão geral, no sentido da prescritibilidade das ações de reparação de danos decorrentes de ato de improbidade, dado o risco que tal entendimento representa para o patrimônio público.

Conduzidos sob a regra constitucionalmente fixada e o entendimento até então predominante na doutrina e jurisprudência – no sentido da imprescritibilidade –, estão em jogo diversos procedimentos preparatórios e ações ressarcitórias que decorrem de atos que podem ser tipificados como improbidade administrativa.

Destarte, pensa-se, com extrema apreensão, por exemplo, na miríade de situações em que há dano ao erário e, por questões

probatórias, a improbidade que vem em sua origem ou o ilícito penal que o acompanha não podem ser declarados.

Essas inquietações afloraram especialmente com o debate da tese do Ministro Toffoli, defendida no RE 669.069 – que é passível de ressurgência nos debates a serem travados no julgamento do presente recurso –, de duas etapas para o reconhecimento da imprescritibilidade do ressarcimento por ato de improbidade. Uma etapa precedente, de conhecimento e declaração da improbidade; outra, sucessiva, de execução do julgado em prol do ressarcimento de danos. Colhe-se do aresto:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, sem antecipar voto, mas apenas para lançar algumas reflexões para a Corte, até compreendermos bem o voto do eminente Ministro Teori. Então, Sua Excelência está entendendo que, nas ações de improbidade, não há prescrição, e, aí, nós temos o art. 23 da Lei nº 8.429, que estabelece prazos de prescrição para a ação de improbidade: [...].

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Pois não.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Aqui estamos tratando de ação de ressarcimento de dano; não das demais sanções de atos de improbidade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Da execução, então. Não se trata da ação em que se identifica o agente causador do dano. Isso é importante ficar claro.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Não. Está muito claro. Até vamos deixar mais claro ainda. Nós estamos falando aqui...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Porque, da maneira que eu li, eu entendi que a própria ação de improbidade seria imprescritível. Então, é por isso que eu estou...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Não é isso, não. A ação de improbidade, obviamente, tem um prazo. Aliás, num precedente do STJ, a que me referi no meu voto, se discutia exatamente isto: o prazo prescricional de ação civil pública e de ação de improbidade, de um modo geral. Para ação de improbidade, a lei prevê uma série de sanções diferentes, algumas sanções civis, outras tipicamente de natureza punitiva e pessoal, como é o caso da suspensão dos direitos políticos, da proibição de contratar com a Administração Pública, da perda do cargo público. Tudo isso é prescritível. O que é imprescritível – aliás, decorre do próprio § 5º – é a ação de ressarcimento de danos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Mas, então, eu faço uma pergunta a Vossa Excelência: Vamos supor que o cidadão deixou o cargo em comissão, ou a função de confiança; passaram-se dez anos e não foi proposta ação de improbidade, ou seja, não se identificou aquele agente como causador do dano. Após dez anos, a União pode propor uma ação de ressarcimento ou o Ministério Público?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Na linha do meu voto, sim.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu não consigo entender essa lógica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? De início, o sistema revela a incidência da prescrição contra ações patrimoniais. Por que teria o § 5º do artigo 37 – a parte final do parágrafo – o alcance de revelar imprescritíveis as ações patrimoniais de regresso do Poder Público contra o servidor, surgindo a incongruência apontada por Vossa Excelência? A ação de improbidade está submetida aos cinco anos, considerada a projeção, presente o término do exercício da função ou do próprio mandato. Bem, Presidente, creio que, em

primeiro lugar, deveríamos ficar restritos às balizas objetivas do processo. Não estamos diante de um conflito de interesses a envolver uma ação do Poder Público contra um servidor, considerado o direito de regresso, mas, sim, uma ação indenizatória, portanto, patrimonial, tendo em conta acidente automobilístico.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Pela ordem, Senhor Presidente, eu não vou votar, mas apenas fazer algum destaque aqui. A repercussão geral que nós adstringimos a esse recurso versa exatamente sobre o alcance do artigo 37, § 5º. No Superior Tribunal de Justiça, fazia-se o paralelismo entre ação popular e ação civil pública. Ação popular prescreve em cinco anos. Então, por que razão a ação civil pública também não prescreve em cinco anos? E, na evolução da jurisprudência, entendeu-se que essa Constituição de 1988 trouxe uma proteção especial à moralidade administrativa, à defesa do patrimônio público, principalmente, por essa colocação topográfica, como destacou o Ministro Carlos Velloso, principalmente contra atos de improbidade praticados por servidores. E os servidores não são só os servidores públicos. A Lei de Improbidade equipara a servidor público quem é particular, que contrata com o Poder Público, e tem delegações etc. e tal. Então, a interpretação que veio se empreendendo no Superior Tribunal de Justiça foi essa a que se referiu o Ministro Teori Zavascki: nem tanto, nem tão pouco; nem os excessos, nem a deficiência, mas a virtude da mediania. Quer dizer, se há um ato de improbidade que causa lesão ao erário, essa ação, teoricamente, por uma interpretação teleológica do dispositivo, seria imprescritível, porque, o que diz a lei? A lei fará a previsão da punição dos ilícitos e da prescrição – está prescrito, está extinta a punibilidade –, mas o dano ao erário precisa ser ressarcido, porque há uma superproteção constitucional do erário na Constituição Federal. Foi assim que se construiu.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, Ministro, caminhar para um direito de ação eterno no campo patrimonial?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não, eu não tenho dúvida. As ações condenatórias são prescritíveis, mas...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Nem o crime vai ficar dessa forma.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Passando, inclusive, de geração para geração, quem sabe?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: O espólio vai responder?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Eu estou destacando como foi a evolução da jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas o ressalvado aqui talvez não esteja a descrever dois momentos, que o ministro Toffoli acabou por apontar, a eventual verificação...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Primeiro se identifica o responsável, aí existe o prazo de prescrição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E ressalvada a ação de ressarcimento, se possível, se exequível, quer dizer, isso não levaria necessariamente à imprescritibilidade, mas é a distinção entre dois momentos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E o termo inicial do quinquênio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não é para levar à imprescritibilidade, até porque, em casos mais graves, por exemplo, até de sonegação fiscal, vamos imaginar ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Cinco anos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Pois é. Nós nos deparamos com essa possibilidade. Então, me parece que o que se faz aqui é um desdobramento, tendo em vista ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Para a Administração declarar, no campo administrativo, insubsistentes os próprios atos – cinco anos. Vejam: nem mesmo na

época do regime de exceção chegou-se a tanto. Será que, considerada a Carta que se disse cidadã, que trouxe ares democráticos, tem-se esse poder insuplantável do Estado, de deixar que permaneça sobre a cabeça daquele obrigado a ressarcir uma verdadeira espada de Dâmo-cles?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Eu queria apenas, também para ajudar na reflexão, sem adiantar meu ponto de vista, trazer à colação o artigo 5º, inciso XLV, da Carta Magna, que trata justamente dos direitos fundamentais dos cidadãos. E aí há uma indicação no sentido da tese proposta pelo eminente Ministro Luiz Fux, no sentido de afirmar que os danos contra o patrimônio público são tão graves que, se não são imprescritíveis, beiram a imprescritibilidade, porque diz o inciso XLV o seguinte: “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”. Ou seja, até os bisnetos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – É, só faltava o sujeito por direito de *saisine* adquirir por herança um resultado de um...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas isto é apenas a questão da herança.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Sim, mas veja, é a pena, é o ressarcimento de danos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Isso já está no Código Civil.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sem que se conclua pela imprescritibilidade. O Poder Público cruza os braços e permanece com uma ação exercitável, no campo patrimonial, a qualquer momento (fls. 301/306).

[...]

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – De modo que eu tenho muitas dúvidas sobre a afirmação taxativa da

imprescritibilidade. Para ser sincero, nunca tinha refletido sobre esse argumento, que foi trazido pelo Ministro Toffoli, da questão das duas fases, em que, na primeira, se define a existência ou não da improbidade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Do agente responsável.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Do agente responsável.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Para isso, há prescrição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – E que, depois, a ação de ressarcimento de danos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Essa é imprescritível.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – É.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Tanto que o termo usado, na redação final, é “as respectivas ações de ressarcimento”, ou seja, como se fosse ação de execução. Identificou-se quem é o agente responsável. Para entrar com essa ação, existe prazo. Depois de identificado, há o trânsito em julgado, se vai atrás do ressarcimento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E sem a ciência, sem o conhecimento, não corre prazo prescricional. A prescrição é uma verdadeira sanção quanto à inércia. A inércia pressupõe o conhecimento e a ausência de atitude visando a responsabilizar quem de direito.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Então, Presidente, mesmo a tese de duas fases do Ministro Toffoli, eu teria dúvida quanto à imprescritibilidade da segunda fase. Eu teria dúvida quanto à imprescritibilidade em geral. De modo, Presidente, que, voltando a louvar o voto do Ministro Teori, eu acho que, primeiro, supera uma jurisprudência que eu acho que não era boa, e rearruma a matéria. Mas eu acho que talvez a questão que envolva a improbidade, nós devamos deixar para algum lugar do futuro. De modo que, aderindo à conclusão do voto de Sua Excelência quanto ao desfecho do caso, eu imaginaria uma tese de repercussão geral um pouco mais modesta, que me disponho a fazer uma re-

flexão durante os debates, mas algo que dissesse assim: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil” (fls. 308/310).

[...]

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Algum sentido tem que ter. Senhor Presidente, faço essa observação para reafirmar o meu voto no sentido de que há necessidade de se estabelecer essa discriminação de alguma forma, a não ser que se diga que a Constituição não diz nada.

O que prescreve ou não prescreve são as ações ou as pretensões. De modo que podemos ter pretensões que prescrevem e pretensões que não prescrevem decorrentes do mesmo fato. Podemos ter prescrições quanto a sanções civis e não termos prescrições quanto às sanções penais, e vice-versa. Aqui, temos um caso típico de regime de prescrição diferentes para sanções diferentes, decorrentes do mesmo ilícito. Se o ilícito é de improbidade e ele comporta uma série de sanções, a lei pode estabelecer prazo prescricional diferente para sanções diferentes, assim como pode dizer que uma sanção é imprescritível. No meu entender, é isso que se comporta aqui no art. 37, § 5º. Quer dizer, quando se fala num ato de improbidade administrativa ou num ato criminoso, do qual decorreu um dano patrimonial, independentemente de ser punível por outro modo, penal ou civilmente, essa pretensão é imprescritível. Então, o que se deve caracterizar como prescrição, ou não, não são duas etapas da ação, são etapas diferentes, são pretensões diferentes. Com essas observações, mantenho o meu voto. (Destaques acrescentados – RE 669.069, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, Plenário, *DJe* 27 abr. 2016.)

A assertiva lançada pelo Ministro Toffoli chegou a ser contestada, acertadamente, pelo Ministro Relator, para quem não há diferentes etapas, mas distintas pretensões na persecução do ato de

improbidade administrativa e do seu eventual ressarcimento – o que é mais consentâneo com a noção de que as exigências legais para a reparação de danos, especialmente sentidas no campo instrutório, são menores do que as exigências para a declaração da ocorrência de conduta ímproba ou ilícita penalmente.

A própria literalidade da redação proposta para o Tema 897, no julgamento que reconheceu a repercussão geral da controvérsia no presente RE, parece revelar a preocupação com a questão. É o que se conclui do cuidado do Plenário Virtual ao incluir, na redação do tema, o termo “suposto”, para referir-se ao ato causador do dano a ser ressarcido e hábil a gerar reconhecimento da imprescritibilidade.

É crucial, portanto, deixar clara a prescindibilidade de prévia declaração do ato como ímprobo para que se aceite a imprescritibilidade da ação de ressarcimento. Assim, prevenir-se-á a inutilidade do reconhecimento da imprescritibilidade, em determinadas situações, como as aqui já expostas, bem como ulterior aplicação inadequada do decidido pelo Supremo Tribunal Federal a casos que tangenciem a matéria.

3.4 Delimitação dos agentes causadores de dano decorrente de ato de improbidade administrativa

Outra restrição que não se justifica, apesar de não ter sido levantada pela Suprema Corte no momento da fixação da tese de repercussão geral, é aquela referente ao agente que praticou ato de improbidade a ensejar a reparação de danos.

Diante dos efeitos de um julgamento sob a sistemática da repercussão geral a ressalva se faz necessária, sob pena de não ficar claro, no julgamento deste recurso extraordinário, que a ação de ressarcimento será imprescritível independentemente do agente causador do dano, seja ele **servidor público ou não**, porquanto a regra da imprescritibilidade existe para proteção do patrimônio público em face de todos, não apenas dos agentes públicos.

Tal conclusão é alcançada pela própria literalidade do § 5º do art. 37, expresso em afirmar que “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”.

Na mesma linha, o entendimento perfilhado nos mencionados AI 631.144 e RE 574.867, conforme se extrai do seguinte trecho da decisão monocrática proferida neste último, que faz alusão ao também citado MS 26.210:

Ademais, não se justifica a interpretação restritiva pretendida pela impetrante, segundo a qual apenas os agentes públicos estariam abarcados pela citada norma constitucional, uma vez que, conforme bem apontado pela Procuradoria-Geral

da República, tal entendimento importaria em injustificável quebra do princípio da isonomia. Com efeito, não fosse a taxatividade do dispositivo em questão, o ressarcimento de prejuízos ao erário, a salvo da prescrição, somente ocorreria na hipótese de ser o responsável agente público, liberando da obrigação os demais cidadãos. Tal conclusão, à evidência, sobre mostrar-se iníqua, certamente não foi desejada pelo legislador constituinte (MS 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 10.10.2008). (RE 574.867, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJe 9 jun. 2010.)

Também o voto do Ministro Edson Fachin, no julgamento do RE 669.069, afirma que “o art. 37, § 5º, é cristalino ao estabelecer a prescrição dos atos ilícitos como regra, independentemente da qualidade do agente, quer seja ou não ele agente estatal (servidor público)”. Sustenta, acertadamente, que o texto constitucional, ao se referir ao termo “agente” de forma lata, genérica, pretendeu não fossem aqueles que praticam atos danosos isentos da ação de ressarcimento, “independentemente da sua qualidade de agente, independentemente da natureza do ilícito que tenham praticado”.

4. Conclusão

Verifica-se, assim, que a conclusão de serem imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de prévia declaração do ato como ímprobo e de quem os pratique, agentes públicos ou não, é a que confere máxima efetividade ao art. 37, § 5º, da Consti-

tuição e eleva, por conseguinte, ao patamar juridicamente adequado o princípio constitucional de resguardo do interesse social.

Ante o exposto, o parecer da Procuradoria-Geral da República é pelo **provimento parcial** do recurso extraordinário, para que seja reconhecida a imprescritibilidade da ação de improbidade administrativa proposta pelo recorrente, na parte relativa ao ressarcimento ao erário.

Por fim, considerados a sistemática da repercussão geral e os efeitos do presente julgamento em relação aos demais casos que tratam ou venham a tratar do Tema 897, propõe-se a fixação da seguinte tese:

São imprescritíveis as ações de ressarcimento do erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de prévia declaração do ato como ímprobo e do agente que o pratique, servidor público ou não.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

JCCR/WCS/BIAA