

CONSULTA Nº 57/2019

PROCEDIMENTO Nº IDEA: 003.0.124303/2008

SUMÁRIO

1. Do objeto da consulta	01
2. Da prescribibilidade da ação de ressarcimento ao erário	02
3. Do suposto crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP)	28
4. Conclusão	30

1 – Do objeto da consulta

Trata-se de consulta efetuada pela Promotora de Justiça Mônica Barroso Costa, lotada no GEPAM.

A consulta tem por objetivo colher orientação técnico-jurídica no sentido de avaliar possíveis irregularidades relacionadas ao objeto de investigação dos autos IDEA nº 003.0.124303/2008. O questionamento ministerial foi elaborado nos seguintes termos, os quais cingem a resposta a ser elaborada pelo CAOPAM:

(...)

Tendo em vista a complexidade do assunto a ser investigado, os indicativos de grandes valores envolvidos, podendo ter causado significativo prejuízo ao erário, bem como a indicação da possível prática de delitos, solicito auxílio técnico a ilustre Coordenação do CAOPAM, visando identificar nos fatos objetos dessa investigação, se há questão prejudicial que desautorize a continuidade da investigação e, caso negativo, indicar quais as

irregularidades a serem apuradas, sugerindo as diligências a serem adotadas.

Com o propósito de fornecer os subsídios solicitados, e respeitada a independência funcional do órgão de execução, o **CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE PROTEÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA – CAOPAM**, com amparo no art. 17, da Resolução nº 006/2009, do Colégio de Procuradores de Justiça, bem como no art. 3º, V, IX, XIII do Ato Normativo nº 027/2014, da Procuradoria-Geral de Justiça, apresenta a seguinte análise técnico-jurídica.

2 – Da prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário

A Constituição Federal de 1988 disciplina, no art. 37, § 5º, a regra geral da prescritibilidade das ações/pretenções judiciais em face dos agentes públicos (servidores ou não) que praticarem ilícitos contra a Administração Pública. No entanto, o mesmo dispositivo contempla a hipótese excepcional de *imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário*. Vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

(sublinhamos)

Interpretando o texto constitucional do art. 37, § 5º, a doutrina majoritária

reconhecia a imprescritibilidade de *qualquer* ação de ressarcimento ao erário, ou seja, comumente considerava-se que, por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, a imprescritibilidade estava associada à pretensão de reparação do dano, qualquer que fosse a causa ou a ação que a veiculasse. Nesse ponto, explica EMERSON GARCIA¹:

Reprisando o que já fora anteriormente dito, sempre foi voz corrente que o art. 37, § 5º, da Constituição dispunha 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 competiria estabelecer os prazos de prescrição para os ilícitos praticados, “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Haveria, portanto, uma evidente dicotomia de tratamento em relação à punição e à recomposição. Em razão da amplitude desse entendimento, que reconhecia a imprescritibilidade de qualquer ação de ressarcimento ao erário, não poucas vezes começaram a insurgir-se contra a sua efetiva compatibilidade com o ideal de pacificação social.

No mesmo sentido, ao interpretar a prescrição da Lei de Improbidade Administrativa à luz do art. 37, § 5º, do texto constitucional, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO² aduz que:

Anote-se que, como se trata de pretensão punitiva, o citado prazo extintivo qualifica-se efetivamente como de prescrição. O tema, por sua complexidade, está a merecer algumas reflexões. De início, deve-se registrar que a prescrição não atinge o direito das pessoas públicas (erário) de reivindicar o ressarcimento de danos que lhe foram causados por seus agentes. A ação, nessa hipótese, é imprescritível, como enuncia o art. 37, § 5º, da CF. Conquanto a imprescritibilidade seja objeto de intensas críticas, em função da

¹ *Improbidade Administrativa*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 753.

² *Manual de Direito Administrativo*, 26ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 1105-1106.

permanente instabilidade das relações jurídicas, justifica-se sua adoção quando se trata de recompor o erário, relevante componente do patrimônio público e tesouro da própria sociedade. Ainda que se tenha consumado a prescrição da pretensão punitiva concernente às demais sanções, a demanda pode prosseguir em relação à pretensão de ressarcimento dos danos ao erário, em face de sua imprescritibilidade.

Apesar da dicção constitucional, há interpretação no sentido da prescritibilidade da pretensão, sob o argumento de supressão do direito de defesa relativamente ao autor do dano, eis que teria ele que guardar documentação probatória por tempo além do razoável. Com a vênua devida, não abonamos essa linha de pensamento. Se o agente lesou o erário, que espelha a face patrimonial da sociedade, é justamente a ele que devem ser atribuídos os ônus probatórios, inclusive a guarda indefinida dos respectivos elementos. Não fosse assim, e estaria esvaziado o princípio constitucional da proteção ao patrimônio público.

Esse era o entendimento que também predominava no âmbito do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União. A título de exemplificação, transcrevemos:

"(...) 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 10.10.2008, fixou entendimento no sentido da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de dano ao erário" (AI 848.482 AgR, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 27.11.2012, DJ 21.02.2013).
(sublinhamos)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE. AÇÃO PRESCRITA QUANTO AOS PEDIDOS CONDENATÓRIOS (ART. 23, II, DA LEI N.º 8.429/92). PROSEGUIMENTO DA DEMANDA QUANTO AO PLEITO RESSARCITÓRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. O ressarcimento do dano ao

erário, posto imprescritível, deve ser tutelado quando veiculada referida pretensão na inicial da demanda, nos próprios autos da ação de improbidade administrativa ainda que considerado prescrito o pedido relativo às demais sanções previstas na Lei de Improbidade. 2. O Ministério Público ostenta legitimidade ad causam para a propositura de ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade, ainda que praticados antes da vigência da Constituição Federal de 1988, em razão das disposições encartadas na Lei 7.347/85. Precedentes do STJ: REsp 839650/MG, SEGUNDA TURMA, DJe 27/11/2008; REsp 226.912/MG, SEXTA TURMA, DJ 12/05/2003; REsp 886.524/SP, SEGUNDA TURMA, DJ 13/11/2007; REsp 151811/MG, SEGUNDA TURMA, DJ 12/02/2001. 3. A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei 8.429/92 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1038103/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; REsp 1067561/AM, SEGUNDA TURMA, DJ de 27/02/2009; REsp 801846/AM, PRIMEIRA TURMA, DJ de 12/02/2009; REsp 902.166/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; e REsp 1107833/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 18/09/2009. 4. Consectariamente, uma vez autorizada a cumulação de pedidos condenatório e ressarcitório em sede de ação por improbidade administrativa, a rejeição de um dos pedidos, in casu, o condenatório, porquanto considerada prescrita a demanda (art. 23, I, da Lei n.º 8.429/92), não obsta o prosseguimento da demanda quanto ao pedido ressarcitório em razão de sua imprescritibilidade. 5. Recurso especial do Ministério Público Federal provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública por ato de improbidade no que se refere ao pleito de ressarcimento de danos ao erário, posto imprescritível. PRIMEIRA TURMA - RECURSO ESPECIAL Nº 1.089.492 - RO (2008/0197713-9) - RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX - DJe: 18/11/2010.

Súmula nº 282 do TCU: as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

No entanto, com fundamento no princípio da segurança jurídica, forte corrente

doutrinária posicionava-se a favor da prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário. Nesse aspecto, tem-se o ensinamento de MARÇAL JUSTEN FILHO³:

Celso Antônio Bandeira de Mello afirmava, no passado, que esse dispositivo produziria a imprescritibilidade das "ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário". Essa orientação foi revista na 27.^a edição de sua obra e o novo entendimento merece integral adesão.

Reputa-se que a imprescritibilidade não pode ser albergada, sob pena de gerar efeitos incompatíveis com a própria Constituição, que prestigia a segurança jurídica. Não se pode admitir que o Estado manteria o direito de ação de modo eterno.

No entanto, parte da doutrina e da jurisprudência acolhem a tese da imprescritibilidade de ações fundadas em dano ao erário. Mas existem situações muito distintas que podem ser consideradas e que até o presente não foram claramente solucionadas pela jurisprudência. Assim, suponha-se o caso de um dano ao erário cuja pronúncia pressuponha o reconhecimento de invalidade de um ato administrativo. Decorridos mais de cinco anos da consumação do ato, opera-se a decadência do direito de promover a sua invalidação.

Por seu turno, quando do julgamento do recurso extraordinário nº 669.069/MG, ao ser novamente instado a interpretar o alcance do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento diverso daquele até então consolidado na corte, para reconhecer que: *"é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil"*. Vejamos a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA

³ *Curso de direito administrativo*, 5ª ed. em e-book, baseada na 13ª ed. impressa, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2018, disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101051/anchor/a-157101051>

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. (RE 669069, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016).
(sublinhamos)

Opostos embargos de declaração no recurso extraordinário n. 669.069/MG para definição do sentido da expressão “ilícitos civis”, bem como do termo inicial da prescrição, o tribunal assim se manifestou através do voto do Min. Relator Teori Zavascki:

(...)

2. O primeiro ponto a ser enfrentado diz respeito à abrangência da tese fixada, bem como à exata definição dos atos que poderiam ser considerados ilícitos civis, para fins de reprodução do entendimento firmado em sede de repercussão geral. No julgamento, proferi voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, afirmando a tese de que “a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”.

Contudo, fiquei vencido quanto à tese firmada, uma vez que o posicionamento majoritário desta Corte, encabeçado pelo Min. Roberto Barroso, foi no sentido de que a orientação a ser fixada, para fins de repercussão geral, deveria ser mais restrita e adstrita ao caso concreto, que consistia em ação de ressarcimento ajuizada pela União em razão de danos sofridos em decorrência de acidente de trânsito. Assentou-se, assim, a tese de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

3. Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito.

O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio. Por isso mesmo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”; e (b) Tema 899 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Desse modo, se dúvidas ainda houvesse, é evidente que as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa, assim como aquelas fundadas em decisões das Cortes de Contas, não foram abrangidas pela tese fixada no julgado embargado.

4. Por outro lado, o embargante alega ser necessária a fixação do termo inicial do prazo prescricional da pretensão de ressarcimento ao erário decorrente de ilícito civil. No entanto, a questão constitucional julgada pelo acórdão embargado limitou-se ao debate acerca da abrangência da pretensão ressarcitória decorrente de ilícito de natureza civil pela regra da imprescritibilidade do art. 37, § 5º, da Carta Magna. O que cabia ao STF definir era a prescritibilidade ou não das pretensões de ressarcimento ao erário decorrentes de ilícitos civis. Firmado o entendimento de que tal pretensão é prescritível, as controvérsias atinentes ao transcurso do prazo prescricional, inclusive a seu termo inicial, são adstritas à seara infraconstitucional, solucionáveis tão somente à luz da interpretação da legislação ordinária pertinente. Nesse sentido, relativamente a discussões análogas, vejam-se: ARE 761.345-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 14/11/2014; ARE 761.293-AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 14/8/2014; ARE 686.724-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 21/2/2014; ARE 749.479-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 12/8/2013; ARE 725.496-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 22/4/2013.

(sublinhamos)

Naquele momento, ainda se considerava como imprescritível a ação de ressarcimento ao erário decorrente de atos praticados por agentes públicos, por envolver relação de direito público (nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.472.944/SP), contudo, foi no âmbito do Recurso Extraordinário 852.475 em sede de repercussão geral, no ano de 2018 (publicação em 2019), que o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese restritiva: “*são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*”. Transcrevemos a ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. (RE 852475, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-

058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019).

(sublinhamos)

Diante disso, pode-se dizer que, atualmente, a posição predominante é a da prescritibilidade para as ações de ressarcimento de dano ao erário, excepcionando-se, contudo, por força do art. 37, § 5º, do texto constitucional, as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de *atos dolosos* tipificados na lei de improbidade (conforme interpretação conferida pelo STF no RE 852.475).

Pois bem. Feitas essas considerações preliminares, passa-se à análise da prescrição envolvendo o fato investigado no Inquérito Civil nº 003.0.124303/2008.

Versa o procedimento ministerial sobre irregularidades identificadas pela Auditoria Geral do Estado, por meio da auditoria nº 12/2007 nos contratos de prestação de serviços médicos em diversas especialidades nas unidades hospitalares da rede própria estadual, celebrados com a Cooperativa de Médicos (Coopamed), CNPJ nº 00.360.704/0001/75, em vigor nos exercícios financeiros de 2006 e 2007, tendo por gestores a SUARP e SUPLAN, ambas superintendências vinculadas a Secretaria de Saúde do Estado (SESAB).

Naquela auditoria, foram apontadas conclusivamente as seguintes irregularidades na *execução* dos contratos celebrados entre a Secretaria de Saúde do Estado (SESAB) e a Coopamed (fl. 34): (i) pagamentos indevidos de plantões médicos; (ii) sobrepreço cobrado pela cooperativa; (iii) denúncia de fraude em registro de plantões; (i) controle inadequado da frequência dos médicos.

Da análise dos documentos acostados, vislumbra-se que os auditores do Estado não concluíram pela responsabilização de agentes públicos da SESAB pelas irregularidades na execução do contrato (sequer houve individualização de conduta de agente público ou mesmo identificação de nomes dos responsáveis pela gestão ou fiscalização “in loco” dos contratos da Coopamed). Contudo, *de forma genérica*, a

auditoria indica que houve flagrante omissão do Estado na fiscalização dos serviços médicos prestados pela Coopamed. Nesse sentido, dá-se destaque ao apontado no relatório de auditoria (fl. 07):

Apesar de todos esses antecedentes a Coopamed foi seguidamente contratada pela Sesab desde outubro/1999 até maio/2006. De acordo com a nota acima, pelo menos desde junho/2002 já havia sentença condenatória declarando inidônea essa contratação, o que foi solenemente desconsiderado pela então Administração da Sesab.

Além disso, a auditoria individualizou a conduta da cooperativa Coopamed, ao identificar que esta se valia dos seguintes expedientes ilícitos: cobrança indevida de sobrepreço a título de taxa administrativa, cobrança de plantões supostamente fictícios, por ultrapassarem carga horária humanamente possível ou pela ausência de médicos em plantões, realização de pagamentos pela Coopamed sem as devidas retenções de IRRF e contribuições do INSS, ausência de repasse de valores de plantões aos médicos. Nesse passo, a fiscalização também individualizou as condutas dos médicos cooperativados (inclusive com a apresentação de nomes) relacionadas às seguintes irregularidades: registro de horas trabalhadas supostamente superiores às efetivamente cumpridas, com registro de plantões sucessivos e ininterruptos, e recebimento de valores sem prestação do serviço.

A partir desses fatos, surgem algumas questões para análise do órgão de execução na condução da investigação.

Primeiramente, faz-se imperioso observar que não há nos autos informações precisas sobre a data final da relação contratual da SESAB com a Coopamed. Da análise dos documentos, pode-se *supor* que possivelmente o vínculo contratual se encerrou no exercício financeiro de 2007 (vez que a auditoria de 2008 restringiu-se à análise dos anos de 2006 e 2007), contudo essa informação carece de resposta segura. Veja-se que esse dado é de suma importância para a definição da

ocorrência de prescrição, vez que as irregularidades podem ter se protraído no tempo (subtraindo, assim, o período de contagem do prazo prescricional).

Nesse sentido, sugere-se ao órgão de execução que expeça ofício à SESAB para: (i) informarem a data em que se encerrou o vínculo contratual entre a SESAB e a Coopamed, fornecendo a respectiva documentação comprobatória, a exemplo de termo de rescisão ou outro adequado para tanto; (ii) informarem quem eram os servidores públicos da SESAB, SUPLAN e SUARP, na época dos fatos (anos de 2006 e 2007), responsáveis por gerir e fiscalizar os contratos de prestação de serviços médicos da Coopamed, bem como quem eram os servidores públicos que coordenavam a SESAB, SUPLAN e SUARP na época dos fatos (anos de 2006 e 2007), fornecendo os respectivos documentos comprobatórios (portarias de designação para fiscalizar contrato) e atestando se servidores efetivos ou ocupantes de cargos comissionados (portarias de designação e exoneração).

Uma vez obtidos esses esclarecimentos, o órgão de execução poderá definir a ocorrência ou não da prescrição de ação de ressarcimento ao erário.

Com efeito, exsurge dos autos três significativos dados: (i) conduta omissiva do Estado, o qual, ao não efetuar a fiscalização efetiva do ajuste, acabou por causar prejuízo ao erário; (ii) conduta da pessoa jurídica cooperativa Coopamed, a qual, dolosamente, causou prejuízo ao erário, ao não cumprir as prestações convencionadas; (iii) condutas dos médicos cooperativados que causaram prejuízos ao erário, ao não cumprirem as obrigações que lhes cabiam, na prestação direta de assistência à saúde da população.

De forma geral, o poder-dever de fiscalização da execução do contrato pela Administração Pública encontra guarida nos arts. 151, 153 e 154, da Lei Estadual nº 9.433/05. Vejamos:

Art. 151. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo

com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução, total ou parcial.

(...)

Art. 153 - O recebimento de material, a fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato ficarão a cargo de comissão de servidores permanentes do quadro da Administração, sob a supervisão geral do órgão central de controle, acompanhamento e avaliação financeira de contratos e convênios, órgão este com quadro de pessoal obrigatoriamente recrutado por concurso público.

Parágrafo único - Nas contratações de grande vulto ou de alta complexidade técnica e mediante despacho fundamentado da autoridade competente, a fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato poderão ser realizados por pessoa física ou jurídica especializada, contratada para esse fim, sem reduzir nem excluir a responsabilidade do contratado no cumprimento de seus encargos.

Art. 154_- Cabe à fiscalização acompanhar e verificar a perfeita execução do contrato, em todas as suas fases, até o recebimento do objeto, competindo-lhe, primordialmente, sob pena de responsabilidade:

I_- anotar, em registro próprio, as ocorrências relativas à execução do contrato, determinando as providências necessárias à correção das falhas ou defeitos observados;

II_- transmitir ao contratado instruções e comunicar alterações de prazos, cronogramas de execução e especificações do projeto, quando for o caso;

III_- dar imediata ciência a seus superiores e ao órgão Central de Controle, Acompanhamento e Avaliação Financeira de contratos e convênios, dos incidentes e ocorrências da execução que possam acarretar a imposição de sanções ou a rescisão contratual;

IV_- adotar, junto a terceiros, as providências necessárias para a regularidade da execução do contrato;

V_- promover, com a presença do contratado, as medições das obras e a verificação dos serviços e fornecimentos já efetuados, emitindo a

competente habilitação para o recebimento de pagamentos;

VI_- esclarecer prontamente as dúvidas do contratado, solicitando ao setor competente da Administração, se necessário, parecer de especialistas.

VII_- cumprir as diretrizes traçadas pelo órgão central de controle, acompanhamento e avaliação financeira de contratos e convênios;

VIII_- fiscalizar a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações assumidas, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, bem como o regular cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Sem embargo da previsão legal expressa, doutrina administrativista acredita que os dispositivos legais possuem melhor enquadramento diante da fiscalização de obras e serviços de engenharia, o que, guardadas as devidas proporções, não afasta sua aplicação aos casos de fiscalização de prestação de serviços, a exemplo de fornecimento de mão de obra. Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO⁴:

Haverá casos nos quais será dispensável a aplicação tão estrita do texto legal. A regra será atendida quando a atividade de fiscalização puder realizar-se satisfatoriamente no momento da entrega da prestação. Em muitos casos, a fiscalização é inviável e o dispositivo não tem qualquer aplicação. Assim, por exemplo, não haveria sentido em designar um agente para acompanhar a elaboração de um trabalho jurídico do advogado contratado pela Administração. A fiscalização poderia desenvolver-se sob outras modalidades, tais como a exigência de relatórios mensais etc. Enfim, o dispositivo apresenta relevância e aplicabilidade especialmente às hipóteses de obras e serviços de engenharia.

No caso dos autos, a análise da conduta omissiva do Estado (imputada *genericamente* aos representantes da SESAB e das superintendências SUARP e SUPLAN) é aferida no momento que a ausência de efetiva fiscalização da prestação dos serviços médicos da Coopamed causa a inexecução parcial do serviço e fraude

⁴ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1247.

ao sistema, situações que contribuíram para o prejuízo ao erário.

Veja-se que, diante da ausência de individualização da conduta dos agentes públicos (e, portanto, da demonstração de eventual *animus* de causar prejuízo ao erário), não há como imputar condutas dolosas aos mesmos. Por essa razão, a omissão desses agentes públicos cinge-se ao elemento subjetivo culposo, vez que, possivelmente, agiram de maneira negligente com a coisa pública. Vejamos o art. 10, I, da Lei Federal nº 8.429/1992:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

Contudo, ainda que *possível* a caracterização da conduta culposa, as informações até o momento coligidas não permitem que essa imputação seja feita, posto que não existe qualquer dado que indique concretamente possível falha fiscalizatória, nem quem teria sido responsável por ela. Como se trata de responsabilidade subjetiva, é preciso demonstrar como os gestores e/ou servidores de cada entidade (SESAB, SUPLAN e SUARP) contribuíram para a ausência de fiscalização. Certo é que tal prova é de difícil produção, notadamente por causa do decurso do tempo (possivelmente mais de 11 anos da prática dos atos).

De qualquer maneira, certo é que a responsabilização por ato culposo encontra óbice diante do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, firmado nos autos do RE 852.475 em sede de repercussão geral, que, conforme dito anteriormente, “*são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na*

prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

Os pontos abordados até o presente momento podem ser assim sintetizados:

- (a) Existem sólidos indícios da prática de atos lesivos ao erário por parte da Coopamed e dos médicos a ela vinculados.
- (b) Para que esses ilícitos possam ser considerados ato de improbidade administrativa, é necessário que se configure a participação de agente público. Isso porque as sanções da Lei Federal nº 8.429/92 são direcionadas contra agentes públicos (art. 1º), estendendo-se apenas aos particulares que, de alguma forma, concorram com os atos ímprobos praticados pelos agentes públicos (art. 3º).
- (c) Se não restar configurada a possível prática de ato de improbidade administrativa, a Coopamed e os médicos a ela vinculados não podem ser responsabilizados por ato de improbidade administrativa, mas apenas pelo ilícito cível causador de dano ao erário, o qual é prescritível.
- (d) Por outro lado, ainda que existissem indícios da prática de ato de improbidade por agente público, o contexto sob apuração indica o possível cometimento de conduta ímproba na modalidade culposa (negligência na fiscalização do contrato administrativo), sendo certo que atos de improbidade de natureza culposa estão sujeitos à prescrição.

Dessa forma, levando-se em consideração que, embora ausentes nesse momento, eventuais provas que se poderia buscar seriam no sentido da configuração de conduta culposa de agentes públicos que causou prejuízo ao erário, já teria se operado a prescrição.

Note-se que a diligência para conhecimento de quem eram os servidores que exerciam a função de fiscalização dos contratos da cooperativa e os responsáveis

pela SESAB, SUPLAN e SUARP e o período que permaneceram nos cargos comissionados, e ainda se eram efetivos, revela-se imprescindível, pois o prazo da prescrição do ato culposo de improbidade administrativa será contado à luz do art. 23 da Lei Federal nº 8.429/1992. Vejamos:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Nesse sentido, destaca-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO. CONCURSO DE AGENTES. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. TERMO INICIAL. ART. 23, I, DA LEI N. 8.429/1992. TÉRMINO DO MANDATO. CONTAGEM INDIVIDUALIZADA.

1. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que o prazo de prescrição na ação de improbidade é quinquenal, nos termos do que dispõe o art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992.

2. Mencionado dispositivo é claro no sentido de que o início do prazo prescricional ocorre com o término do exercício do mandato ou cargo em comissão, sendo tal prazo computado individualmente, mesmo na hipótese de concurso de agentes, haja vista a própria natureza subjetiva da pretensão sancionatória e do instituto em tela. Precedentes.

3. Acórdão recorrido que se coaduna com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

4. A divergência jurisprudencial apontada não foi comprovada nos moldes exigidos nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 2º, do Regimento Interno do STJ, uma vez que o recorrente apenas transcreveu as ementas dos julgados que entendeu favoráveis à sua tese, sem realizar o necessário cotejo analítico entre a fundamentação contida nos precedentes invocados como paradigmas e no aresto impugnado.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.

(REsp 1230550/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018)

(sublinhamos)

Outrossim, é imperioso destacar que, em se tratando de servidor efetivo em exercício de cargo em comissão (exercício cumulativo), a contagem do prazo prescricional observará o vínculo efetivo do servidor com a Administração Pública. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 23, I, DA LEI 8429/92. MANDATO ELETIVO. AFASTAMENTO PARA EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. CONTINUIDADE DO VÍNCULO PARA FINS DE CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. ARTS. 9º 10 E 11 DA LEI 8429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO EXPRESSAMENTE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. VERIFICAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A Segunda Turma desta colenda Corte já se pronunciou no sentido de que, caso sejam exercidos cumulativamente, cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, deve prevalecer o primeiro para fins de contagem da prescrição, em razão do vínculo mantido pelo agente com a Administração Pública.

2. A Corte a quo, com base no conjunto fático e probatório constante dos

autos, reconheceu que os recorrentes atuaram de forma dolosa, enriquecendo ilicitamente em prejuízo de recursos públicos, causando lesão ao erário e violando os princípios da administração pública. Assim, é manifesto que a reversão do entendimento exposto no acórdão exige o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. A análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1500988/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 19/02/2015)

(sublinhamos)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO. LEI N. 8.429/92, ART. 23, I E II. CARGO EFETIVO. CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO COMISSIONADA. EXERCÍCIO CONCOMITANTE OU NÃO. PREVALÊNCIA DO VÍNCULO EFETIVO, EM DETRIMENTO DO TEMPORÁRIO, PARA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Duas situações são bem definidas no tocante à contagem do prazo prescricional para ajuizamento de ação de improbidade administrativa: se o ato ímprobo for imputado a agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de cinco anos, com termo a quo no primeiro dia após a cessação do vínculo; em outro passo, sendo o agente público detentor de cargo efetivo ou emprego, havendo previsão para falta disciplinar punível com demissão, o prazo prescricional é o determinado na lei específica. Inteligência do art. 23 da Lei n. 8.429/92.

2. Não cuida a Lei de Improbidade, no entanto, da hipótese de o mesmo agente praticar ato ímprobo no exercício cumulativo de cargo efetivo e de cargo comissionado.

3. Por meio de interpretação teleológica da norma, verifica-se que a individualização do lapso prescricional é associada à natureza do vínculo

**jurídico mantido pelo agente público com o sujeito passivo em potencial.
Doutrina.**

4. Partindo dessa premissa, o art. 23, I, associa o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário. Ao mesmo tempo, o art. 23, II, no caso de vínculo definitivo – como o exercício de cargo de provimento efetivo ou emprego –, não considera, para fins de aferição do prazo prescricional, o exercício de funções intermédias – como as comissionadas – desempenhadas pelo agente, sendo determinante apenas o exercício de cargo efetivo.

5. Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário.

6. Recurso especial provido, para reformar o acórdão do Tribunal de origem em que se julgaram os embargos infringentes (fl. 617) e restabelecer o acórdão que decidiu as apelações (fl. 497).

(REsp 1060529/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 18/09/2009)

Superada a análise da responsabilidade dos agentes públicos, analisaremos a responsabilidade dos médicos cooperativados quando inexistente a participação do servidor público no ilícito, tema sobre o qual tecemos breves considerações acima. Não se pode olvidar, contudo, que em relação a conduta da pessoa jurídica cooperativa COOPAMED que causou prejuízo ao erário, é bem provável que, pelo decurso do tempo, a entidade não esteja mais em funcionamento. Dessa forma, o ajuizamento de ação reparatória contra a pessoa jurídica pode se tornar inócuo, o que não afasta a investigação da responsabilidade do seu ex-gestor à época dos fatos, senhor Paulo César Queiróz, conjuntamente com os demais médicos (isso, é claro, se não positivada a prescrição, conforme exposto parágrafos acima).

No tocante à conduta dos médicos cooperativados analisada à luz da Lei Federal nº 8.429/1992 para ressarcimento ao erário, tem-se que: (i) a

responsabilização dos particulares que se beneficiaram do ato ímprobo só encontra guarida se comprovada a participação dos agentes públicos no ato; (ii) a contagem do prazo prescricional do ato do particular dar-se-á de igual forma ao do agente público que tenha concorrido para o ato.

Nessa linha de raciocínio, é entendimento pacífico que a conduta ímproba do presidente da cooperativa Coopamed, senhor Paulo César Queiróz Rocha, e dos médicos cooperados só existirá se identificada a conduta ímproba dos agentes públicos, vez que a lei de improbidade administrativa é direcionada para punir aqueles que compõem a Administração Pública (ainda que prestadores de serviços públicos delegados). Nesse sentido, é o posicionamento do STJ:

É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. (Acórdãos: AgRg no AREsp 574500/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Julgado em 02/06/2015, DJE 10/06/2015; REsp 1282445/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 24/04/2014, DJE 21/10/2014; REsp 1409940/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 04/09/2014, DJE 22/09/2014; REsp 1171017/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 25/02/2014, DJE 06/03/2014; REsp 896044/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 16/09/2010, DJE 19/04/2011; REsp 1181300/PA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, Julgado em 14/09/2010, DJE 24/09/2010).

(sublinhamos)

Para a contagem do prazo prescricional da ação de improbidade em face do particular que tenha concorrido ou se beneficiado com o ato de improbidade do agente público, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento que a contagem do prazo dar-se-á de forma idêntica à do agente público. Vejamos:

O termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a

particulares que se beneficiam de ato ímprobo é idêntico ao do agente público que praticou a ilicitude. (Acórdãos: AgRg no REsp 1510589/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 26/05/2015,DJE 10/06/2015; REsp 1433552/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Julgado em 25/11/2014,DJE 05/12/2014; REsp 1405346/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 15/05/2014, DJE 19/08/2014; AgRg no REsp 1159035/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, Julgado em 21/11/2013,DJE 29/11/2013; REsp 1156519/RO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, Julgado em 18/06/2013,DJE 28/06/2013; EDcl no AgRg no REsp 1066838/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 07/04/2011,DJE 26/04/2011).

Assim, sem prejuízo da delimitação do período de término do vínculo e da identificação dos agentes públicos envolvidos e respectivos cargos (conforme diligências apontadas anteriormente), não exurgindo dos autos provas da conduta culposa dos agentes públicos, pela ausência de fiscalização da prestação dos serviços médicos, não há que se falar de dever de ressarcimento dos particulares com base na Lei Federal nº 8.429/1992.

Dessa forma, a comprovação da participação culposa dos agentes públicos (caso não esteja prescrita) é medida que se impõe para aferir a responsabilização dos particulares à luz da lei de improbidade administrativa.

Noutro giro, sendo hipótese de não aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, a ação de ressarcimento ao erário pela prática de ilícito pelo particular, no âmbito da execução de contrato administrativo, deve ser analisada à luz do Código Civil. Nesse passo, vejamos o art. 70 da Lei Federal nº 8.666/1993:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução

do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Comentando o alcance do referido artigo, o autor MARÇAL JUSTEN FILHO⁵ ensina que:

O particular responde civilmente pelos danos que acarretar à Administração ou a terceiros. O regime jurídico aplicável, porém, exige esclarecimento. De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios do direito privado. Em qualquer caso, não basta o dano para surgir o dever de indenizar. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorresse dolo ou culpa não surge o dever de indenizar. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração. Não se aplicam, porém, no relacionamento entre o contratado e terceiros, relativamente à execução de serviços públicos.
(sublinhamos)

Além disso, considerando o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do RE 669.069/MG, tem-se que: *“é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”*.

Diante da posição doutrinária e da ausência de entendimento consolidado do STF, pode-se concluir que o caso dos autos refere-se a responsabilidade contratual dos particulares pela inexecução parcial do contrato administrativo, ensejando dano ao erário, cuja pretensão é, a princípio, prescritível, a não ser que decorra de ato de improbidade doloso. Sendo assim, caso venha a ser afastada a possibilidade de caracterização de improbidade administrativa (por exemplo, por não se identificar negligência na atividade fiscalizatória do Estado), a reparação pelo ilícito contratual

⁵ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1251.

encontra guarida nos arts. 389, 391, 392 e 475 do Código Civil, a título de perdas e danos. Vejamos:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

(...)

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

(...)

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

(sublinhamos)

Com base na responsabilização civil, caberá ao órgão de execução demonstrar que houve a *culpa dos profissionais* em face do não cumprimento total das obrigações contratuais (violação às obrigações contratuais), o *dano ao erário* e a *relação de causalidade* entre o dano e o inadimplemento contratual. Sobre a responsabilidade contratual, ensina o civilista SERGIO CAVALIERI FILHO⁶:

As obrigações assumidas no contrato – não é demais repetir – devem ser fielmente executadas. A regra fundamental é que o devedor está obrigado a efetuar a prestação devida de um modo completo, no tempo e lugar determinados na obrigação. Haverá responsabilidade contratual sempre que a

⁶ Programa de responsabilidade civil, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 278.

inexecução do contrato decorrer de fato imputável ao devedor. Logo, a responsabilidade contratual é também um dever sucessivo decorrente da violação de um dever primário estabelecido no contrato.

Essa é a precisa lição de Aguiar Dias, já citada anteriormente. “Se o contrato é uma fonte de obrigações, a sua inexecução também o é. Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimenta o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova, que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo consequente à inexecução da obrigação assumida. Essa verdade se afirmará com mais vigor se observarmos que a primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum das partes, ao passo que a obrigação que a substitui por efeito de inexecução do contrato, isto é, a obrigação de reparar o prejuízo, advém, muito ao contrário, contra a vontade do devedor: esse não quis a obrigação nova, estabelecida com a inexecução da obrigação que contratualmente consentira. Em suma: a obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução. Assim sendo, a responsabilidade contratual é também fonte de obrigações, como a responsabilidade delitual. Nos dois casos, tem lugar uma obrigação; em ambos, essa obrigação produz efeito”. (Da responsabilidade civil, 5ª ed., v. I/149, Forense).

Acerca do elemento subjetivo, SERGIO CAVALIERI FILHO⁷ leciona que:

Na culpa contratual há a violação de um dever positivo de adimplir (...). Na responsabilidade contratual, a culpa, de regra, é presumida; inverte-se, então, o ônus da prova, cabendo ao credor demonstrar, apenas, que a obrigação não foi cumprida; o devedor terá que provar que não agiu com culpa, ou, então, que ocorreu alguma causa excludente do próprio nexa causal. Na realidade, entretanto, essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida

⁷ Programa de responsabilidade civil, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 276-277.

no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada.

(...)

(sublinhamos)

Avançando no tema, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento que, aos casos de responsabilização contratual *entre particulares*, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos previsto no art. 205 do Código Civil, salvo se existir previsão legal expressa de prazo diferenciado (EREsp 1.281.594, julgado em 23/05/2019).

Contudo, no tocante à prescrição em face da Fazenda Pública, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico que prevalece o Decreto Federal nº 20.910/1932 em detrimento das disposições do Código Civil, por ser lei especial (REsp 1251993/PR). Nesse passo, entende o STJ que, em razão do princípio da isonomia, o prazo prescricional quinquenal contra a Fazenda Pública deve ser o mesmo para as ações movidas pela Fazenda Pública em face do particular. Vejamos a ementa do julgado do STJ no AgRg no AREsp 768.400:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULO. REPARAÇÃO CIVIL. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/32. QUINQUENAL. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO CIVIL. DEVER DE INDENIZAR E NEXO CAUSAL. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. PRECEDENTES. 1. Cuida-se originalmente de ação ressarcitória, proposta pelo Distrito Federal, com o intuito de ser ressarcido na quantia de R\$ 22.868,66, decorrentes de acidente de trânsito, envolvendo veículo oficial e ônibus da parte agravante. 2. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Incidência, por analogia, o disposto na Súmula 284/STF. 3. Verifica-se que a Corte de origem não se pronunciou,

ainda que implicitamente, acerca dos arts. 467 ao 469, 471, I e II, e 472 do Código de Processo Civil. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Assim, incide no caso o enunciado da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça. **4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a prescrição contra a Fazenda Pública é quinquenal, mesmo em ações indenizatórias, uma vez que é regida pelo Decreto 20.910/32, norma especial que prevalece sobre lei geral. De fato, a Primeira Seção desta Corte de Justiça, na assentada do dia 12/12/2012, no julgamento do REsp 1.251.993/PR (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 19/12/2012), submetido à sistemática dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento segundo o qual é quinquenal o prazo prescricional para propositura de ação de cobrança contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, afastada a aplicação do Código Civil.** **5. O STJ tem entendimento jurisprudencial no sentido de que o prazo prescricional da Fazenda Pública deve ser o mesmo prazo previsto no Decreto 20.910/32, em razão do princípio da isonomia. Precedentes.** **6. O Tribunal de origem, soberano na análise das matérias fáticas-probatórias, concluiu que ficou demonstrado o nexo de causalidade e o dever de indenizar. Portanto, modificar o acórdão recorrido, como pretende o recorrente, no sentido de afastar a responsabilidade e o nexo de causalidade, caracterizado pelo Tribunal a quo, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ.** **7. De acordo com jurisprudência desta Corte, os juros moratórios, em caso de responsabilidade extracontratual, devem incidir a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula 54/STJ. Precedentes. Agravo regimental improvido. AgRg no AGRavo EM RECURSO ESPECIAL Nº 768.400 - DF (2015/0211733-3) RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS - DJe: 16/11/2015.**

(sublinhamos)

Dessa forma, com base no entendimento do STJ, o prazo prescricional quinquenal nas ações de ressarcimento ao erário em face dos particulares deve ser

aplicado conforme o art. 1º do Decreto Federal nº 20.910/1932, tendo por termo inicial a data do ato ou fato ao qual se originaram. Vejamos:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Dessa forma, sendo o caso dos autos de responsabilização civil dos particulares envolvidos na inexecução contratual, e, datando a ocorrência dos fatos nos anos de 2006 e 2007 (sem olvidar que a Administração Pública apenas teve conhecimento dos atos no ano de 2008), pode-se concluir que a ação civil de ressarcimento ao erário, que poderia ser movida em face da Coopamed e dos seus médicos, encontra-se prescrita.

3 – Do suposto crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP)

O relatório conclusivo da Auditoria nº 12/2007 aponta que a cooperativa Coopamed realizou pagamentos aos médicos cooperativados sem as devidas retenções de IRRF e contribuições do INSS, fato que ensejou a seguinte recomendação à SESAB (fl. 33):

b) Comunicar à Receita Federal a realização de pagamentos pela Coopamed sem as devidas retenções de IRRF e das contribuições para o INSS.

No tocante à responsabilização civil, a Lei Federal nº 8.666/1993 institui a responsabilidade *solidária* da Administração Pública se verificada a ausência de

recolhimento de contribuição previdenciária pelo contratado nas obrigações pertinentes ao objeto do contrato. Vejamos:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

(sublinhamos)

Para MARÇAL JUSTEN FILHO⁸:

A situação da responsabilidade previdenciária é similar, ainda que não exatamente idêntica, eis que incidem ao caso os princípios e regras de Direito Tributário. De todo o modo, incumbe à Administração exigir a comprovação por parte do contratado acerca do adimplemento das obrigações previdenciárias pertinentes ao objeto contratado. Ou seja, não se trata de verificar se o sujeito se encontra em situação totalmente regular no âmbito previdenciário. A questão se põe no tocante aos débitos fiscais previdenciários gerados pela execução do contrato com a Administração Pública.

No tocante à seara criminal, é possível que, *em tese*, tenha ocorrido a prática do crime de apropriação indébita previdenciária, tipificado no art. 168-A do Código Penal. Vejamos:

⁸ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1259.

Apropriação indébita previdenciária

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

No tocante ao crime do art. 168-A do CP, e, verificada a ocorrência da conduta delituosa nos anos de 2006 e 2007, tem-se que a respectiva ação penal pública prescreve no ano de 2019 (ou, mesmo, já se encontra prescrita). Conforme o art. 109, III, do Código Penal:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

4 – Conclusão

Diante do exposto, em resposta à consulta efetuada, o CAOPAM manifesta entendimento no sentido de que:

a) Conforme posição atual do Supremo Tribunal Federal, assentada por meio do recurso extraordinário nº 852.475, em sede de repercussão geral, “*são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*”.

b) Da análise dos autos, não é possível identificar o termo final da relação

contratual entre a cooperativa Coopamed e a SESAB, sendo essa informação imprescindível para a contagem do prazo prescricional.

c) Da análise dos autos, não é possível identificar se os agentes públicos vinculados à SESAB, SUPLAN e SUARP concorreram para o dano erário causado pela Coopamed no âmbito da relação contratual, porquanto ausente qualquer individualização de conduta de servidores na auditoria da SESAB.

d) À luz do relatório de auditoria, a irregularidade eventualmente imputável aos agentes públicos encarregados de acompanharem a execução contratual consistiria na falha na fiscalização do contrato com a Coopamed, fato que, em tese, enseja a incidência do art. 10, I, da Lei Federal nº 8.429/1992, *na modalidade culposa*.

e) O prazo prescricional dos atos de improbidade administrativa é estipulado no art. 23, I e II, da Lei Federal nº 8.429/92, e seu marco inicial depende da natureza do vínculo entretido pelo agente público com a Administração. Diante disso, faz-se necessário investigar o tipo de vínculo dos servidores da SESAB, SUPLAN e SUARP, aos quais competia a fiscalização do contrato, para definir o termo inicial de contagem do prazo prescricional.

f) Caso tenha se verificado a prescrição, em tese, da responsabilização pelo ato de improbidade culposo, está prescrita, também, a pretensão relativa à ação de ressarcimento ao erário tanto contra os agentes públicos, quanto contra a Coopamed e os médicos que enriqueceram ilícitamente.

g) Ainda que, por conta da ausência de prova de prática de ato ilícito *por agente público*, ou da prescrição de eventual ato de improbidade por ele praticado, reste desconfigurada a responsabilização por improbidade administrativa, remanesce, em tese, a possibilidade de ajuizamento de ação civil de ressarcimento em face dos particulares pelo fato de inexecução parcial do contrato que causou

dano ao erário. Ocorre que essa ação também é prescritível e, nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico que considera prazo prescricional quinquenal para as ações de ressarcimento ao erário em face dos particulares (STJ no AgRg no AREsp 768.400).

h) No tocante ao suposto crime do art. 168-A do Código Penal (apropriação indébita previdenciária), por ausência de retenções de contribuições do INSS nos pagamentos efetuados pela cooperativa aos médicos cooperativados, a prescrição é contada conforme o art. 109, III do CP, estando, em tese, possivelmente prescritas as sanções tipificadas pela lei penal.

Colocamo-nos à disposição para fornecer outros subsídios que se revelem necessários.

Salvador-Bahia, 23 de setembro de 2019.

Luciano Taques Ghignone
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPAM