

CONSULTA Nº 66/2019

PROCEDIMENTO IDEA Nº 699.1.28659/2007

SUMÁRIO

1. Do objeto da consulta	01
2. Das irregularidades detectadas no convênio celebrado entre o Município de Itaberaba e o Banco Matone	02
3. Das outras possíveis irregularidades	06
4. Da tipificação das irregularidades possivelmente cometidas	08
5. Da prescrição dos atos de improbidade administrativa	10
6. Da prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário	12
7. Conclusão	22

1 – Do objeto da consulta

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Thiago Pretti Pedreira, titular da 4ª Promotoria de Justiça de Itaberaba.

O órgão de execução formulou consulta ao CAOPAM visando obter orientação acerca das providências mais adequadas para que seja dado encaminhamento resolutivo ao inquérito civil destinado a apurar suposta irregularidade decorrente da celebração de contrato entre o Banco Matone e o Município de Itaberaba, objetivando a concessão de empréstimos consignados a servidores públicos municipais. O questionamento foi formulado nos seguintes termos:

Cumprimentando-o cordialmente, sirvo-me do presente para encaminhar-lhe o Inquérito Civil IDEA nº 699.1.28659/2007, bem como solicitar a análise e

emissão de parecer jurídico quanto à possibilidade de se quantificar eventual dano ao erário, caso este tenha ocorrido, bem como a responsabilização dos envolvidos.

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 – Das irregularidades detectadas no convênio celebrado entre o Município de Itaberaba e o Banco Matone

O Município de Itaberaba celebrou, no dia 26 de junho de 2006, convênio com o Banco Matone, cujo objeto foi o seguinte (fl. 20):

1. DO OBJETO

1.1. O presente Convênio tem por objeto proporcionar aos BENEFICIADOS a possibilidade de obterem empréstimo pessoal junto ao CONVENIADO nas condições por este oferecidas, efetivando-se as amortizações mediante consignações em folha de pagamento.

Desse ajuste, extraem-se, dentre outras, as seguintes obrigações impostas ao ente municipal (fl. 20):

2. DAS OBRIGAÇÕES DO CONVENIENTE

2.1. O CONVENIENTE obriga-se a:

a) Efetuar mensalmente o desconto dos valores mensais das amortizações dos contratos de empréstimos realizados com os BENEFICIADOS na folha de pagamento, desde que autorizados expressamente e averbados no Setor de

Pessoal de cada Secretaria Municipal até o último dia útil do mês anterior, sendo tal autorização irrevogável e irretroatável, funcionando como depositário de tal valor até a data do efetivo repasse;

b) Repassar mensalmente ao CONVENIADO o valor das prestações consignadas, realizadas na forma do item “a” acima, até o dia 12 (doze) ao mês subsequente ao do desconto, na forma do documento anexo (Anexo I), que faz parte integrante deste Convênio, na folha de pagamento dos BENEFICIADOS, depositando-o na conta corrente nº 99999.0000-6, da agência 0001 (Matriz/Porto Alegre), banco 0212 (Banco Matone S/A).

As cláusulas acima estampadas repetem a mecânica usual dos contratos de empréstimo consignado celebrados entre instituições financeiras e servidores públicos: para que os valores possam ser efetivamente descontados da folha de pagamento e encaminhados para a instituição financeira, é necessário que essa última celebre ajuste formal com o ente público no qual os servidores encontram-se lotados, pois é a ele que cabe reter o montante consignado e repassá-lo ao agente bancário que concedeu o empréstimo ao servidor. Esse ajuste deve se dar, efetivamente, mediante *convênio*, e não por *contrato administrativo*, haja vista que não se trata da contratação de um bem, serviço ou obra pelo Poder Público, mediante contraprestação financeira a ser paga pelo ente governamental. Por isso, o amparo normativo reside no art. 116 da Lei Federal nº 8.666/93, que estabelece:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

A celebração desse negócio jurídico não demanda a realização de procedimento licitatório, posto que não se trata da outorga de uma vantagem financeira pela Administração Pública a um dentre vários potenciais interessados. Ao contrário disso, a celebração de ajustes como o ora examinado não é *excludente*, posto que sua formalização com uma instituição financeira não impede que novos ajustes idênticos sejam firmados com novos operadores econômicos, nem é, a princípio, *onerosa*, haja vista que o ente público se coloca, apenas, na posição de operacionalizar administrativamente transferências que não envolvem seus próprios

recursos, mas valores de remuneração pertencentes, privadamente, aos seus servidores.

Em que pese isso, o segundo aspecto, referente à *não onerosidade para os cofres públicos*, acabou por ser violado no convênio firmado entre o Município de Itaberaba e o Banco Matone. Com efeito: a mesma cláusula segunda, acima transcrita, apresenta, em seus §§ 3º e 4º, expedientes que ultrapassam a mera gestão administrativa a ser desempenhada pela Prefeitura Municipal de Itaberaba, colocando-a na posição de corresponsável pelo empréstimo contraído, individualmente, por cada servidor (fl. 21):

§ 3º O CONVENIENTE responderá objetivamente perante o CONVENIADO pelos valores que, por sua falha ou culpa, deixarem de ser retidos ou repassados.

§ 4º As obrigações constantes dos itens “a” e “b” desse item 2.1 caracterizam-se como direito líquido e certo do CONVENIADO, bastando para a sua comprovação a exibição do Contrato de Empréstimo mediante Pagamento por Consignação em Folha firmado com os BENEFICIADOS, com sua assinatura e a do Averbador.

Assim, embora o acordo não imponha, *a priori*, contraprestação econômica ao ente público, esse pagamento é *potencialmente* estabelecido, ao se colocar a Administração Pública como responsável solidária pelos empréstimos pessoais contraídos pelos seus servidores.

Essa cláusula contratual é certamente descabida, posto que não existe *interesse público subjacente* que permita ao Poder Público colocar-se como garantidor ou corresponsável de dívidas assumidas por privados. Quando não por outro motivo, ressalta aqui a clara violação ao princípio da *legalidade administrativa*, insculpido no art. 37, “caput”, da Constituição Federal. Isso porque, consoante assentado entendimento jurisprudencial, a Administração Pública apenas pode fazer aquilo que a lei lhe autorize, não podendo adotar qualquer encaminhamento, sem que exista amparo legal expresso. Nesse sentido, ensina Marçal Justen Filho:

O princípio da liberdade, que norteia a vida privada, conduz à afirmação de que tudo o que não estiver disciplinado pelo direito está abrangido na esfera de autonomia. Portanto, a ausência de disciplina jurídica é interpretada como liberação para o exercício das escolhas subjetivas. Isso se traduz no postulado de que tudo o que não for proibido nem obrigatório por meio de lei será reputado como permitido.

Já o exercício de competências estatais e de poderes excepcionais não se funda em alguma qualidade inerente ao Estado ou a algum atributo do governante. Toda a organização estatal, a atividade administrativa em sua integralidade e a instituição de funções administrativas são produzidas pelo direito. Logo, a ausência de disciplina jurídica tem de ser interpretada como inexistência de poder jurídico. Daí se afirmar que, nas relações de direito público, tudo o que não for autorizado por meio de lei será reputado como proibido.

Na situação em tela, é certo que não existe respaldo normativo para que o ente municipal coloque-se na posição de pagar dívidas contraídas por *particulares em interesse particular*.

Além disso, a cláusula do convênio estabelece mecanismo francamente inconstitucional de quitação do débito de terceiro por parte do Poder Público. De fato, o dispositivo do ajuste celebrado entre o Município de Itaberaba e o Banco Matone estabelece que, uma vez inadimplida a prestação pelo mutuário, a instituição financeira investe-se no direito “líquido e certo” de cobrar o montante vencido, mediante simples “exibição do contrato de empréstimo”. É certo que essa forma de pagamento colide frontalmente com o regime de precatórios estabelecido na Constituição Federal, do qual se extrai o seguinte:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de

pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Instituiu-se, portanto, clara burla ao sistema de precatórios, inquinando, nesse ponto, a validade do convênio.

3 – Das outras possíveis irregularidades

É certo que, além dessas irregularidades concretamente identificadas, surge a possibilidade de ocorrência de outras ilicitudes. Isso porque, à época, o Ministério Público do Estado da Bahia detectou a celebração de convênios entre o Banco Matone e diversos municípios desse estado, tendo sido detectadas graves ilegalidades em alguns desses ajustes. Por essa razão, o então Procurador-Geral de Justiça expediu a Recomendação nº 004/2008, orientando todos os órgãos de execução com atribuição na defesa do patrimônio público, a instaurarem procedimentos objetivando averiguarem a existência e a regularidade de eventuais contratos entre o Banco Matone e a municipalidade. Extrai-se dessa recomendação as seguintes passagens (fl. 268):

CONSIDERANDO que os Prefeitos estariam se valendo desses convênios para obter os mencionados empréstimos, não apenas em seu favor, mas também de pessoas do seu meio social, político e familiar, ainda eu desvinculadas das Administrações Municipais;

CONSIDERANDO que os expressivos valores contratados e repassados pela referida instituição financeira a esse grupo seletivo se lastreariam em informações falsas sobre a majoração de remunerações e subsídios, assim como no fornecimento de contra-cheques fictícios em nome dos não-servidores;

CONSIDERANDO que os Municípios, por seus Gestores, teriam se obrigado a efetuar descontos em folhas de pagamento e repassá-los ao Banco

conveniado, a título de quitação dos sobreditos empréstimos, procedimento insuscetível de execução, diante da falta de suporte remuneratório e da aventada inexistência de vínculos de alguns mutuários com o ente público convenente;

CONSIDERANDO que, nos termos estipulados por esses convênios, os Municípios responderiam objetivamente, perante o Banco Matone S/A, pelos valores que deixassem de ser retidos ou repassados à guisa de pagamento dos empréstimos;

Dos *considerandos* acima, o último foi tratado no tópico anterior, constituindo situação efetivamente verificada nos presentes autos, posto estar documentalmente demonstrado que o Município de Itaberaba assumiu a responsabilidade objetiva de arcar com os valores não adimplidos pelos mutuários. Com relação às outras irregularidades, consignadas nos *considerandos* anteriores, não se logrou arregimentar elementos de convicção.

Com efeito: foram ouvidas diversas testemunhas, as quais relataram que contraíram empréstimo junto à instituição financeira enquanto atuavam como servidores públicos municipais. Sumariamente, assim se posicionaram as testemunhas:

- a) DINÁ MAIA DE OLIVEIRA (fl. 64) disse que, depois do empréstimo, continuou recebendo o mesmo valor de vencimentos, sem qualquer desconto.
- b) JOSÉ ANTÔNIO DE SANTANA (fl. 153) disse que a Prefeitura vinha descontando regularmente as parcelas.
- c) MELQUISEDEQUE DEUSEDITE NEVES NETO (fl. 160) disse que exercia o cargo em comissão de Secretário de Governo e, logo após tomar o empréstimo foi exonerado. Por isso, disse que não teve nenhum valor descontado em folha, e que prosseguiu pagando o empréstimo mediante

boleto bancário ou depósito.

- d) Também YOLANDA OLIVEIRA SANTANA (fl. 162), que foi Secretária de Saúde, aduziu que, após ser desligada do cargo, prosseguiu pagando por meio de boleto bancário ou depósito.
- e) ADENOR LIMA DE OLIVEIRA (fl. 170) disse que os descontos estavam sendo feitos regularmente.
- f) RÔMULO AUGUSTO SILVA SANTANA (fl. 172) também afirmou que os descontos estavam sendo feitos regularmente.

Destaque-se que não foi coligido nenhum indício de que esses, ou quaisquer outros servidores, tenham obtido empréstimos com base em contra-cheques falsificados. Da mesma forma, não existe nenhum indício de que terceiros teriam se passado por servidores públicos para contraírem empréstimo.

4 – Da tipificação das irregularidades possivelmente cometidas

Caso tenha ocorrido algum tipo de fraude na contratação dos empréstimos (seja por falsificação de contra-cheques, seja pela falsa inclusão de pessoas como servidoras públicas), a conduta dos agentes públicos envolvidos pode subsumir-se à figura típica prevista no art. 11, I, da Lei Federal nº 8.429/92, que estabelece:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Note-se que essas condutas não caracterizam *dano ao erário* (previsto no art. 10 da Lei Federal nº 8.429/92), posto que o empréstimo é concedido pelo agente bancário, e não pelo Poder Público. Em outras palavras, se fraude houve, ela foi praticada contra a instituição financeira, haja vista que a relação de mútuo obrigava, a princípio, o servidor público, como tomador do empréstimo, e a instituição financeira, como concedente. Da mesma forma, não se caracteriza *enriquecimento ilícito* (previsto no art. 9º da Lei Federal nº 8.429/92), haja vista que o eventual benefício financeiro obtido por conta da falsificação da documentação consistiu na obtenção do valor do empréstimo, pelos servidores ou terceiros, *junto ao Banco Matone, e não junto à Prefeitura Municipal*. Como o que a referida lei coíbe é, apenas, o enriquecimento ilícito *à custa dos cofres públicos*, resulta afastada, igualmente, a caracterização desse ilícito, *pelo só fato de ter ocorrido fraude no preenchimento dos requisitos para a concessão do empréstimo*.

A situação muda de figura, caso o Município de Itaberaba tenha, por força da cláusula 2.1, §§ 3º e 4º, pago algum valor ao Banco Matone. De fato: nesse caso, o ajuste entre o Banco Matone e o Município de Itaberaba, somado aos contratos de mútuos celebrados por particulares (servidores públicos ou não) com a citada instituição financeira, podem ter resultado em prejuízo aos cofres públicos, desde que, por força dos inadimplementos, o ente público tenha quitado os débitos de terceiros.

Note-se que a situação tratada no parágrafo acima pode ser tratada sob a ótica da improbidade administrativa ou do puro e simples dano ao erário (art. 37, § 5º, da Constituição Federal). Isso porque, para a caracterização da improbidade administrativa, não basta a verificação objetiva de que o Poder Público local tenha custeado indevidamente despesas privadas. É imprescindível, além disso, demonstrar que agentes públicos agiram voluntariamente (por dolo ou culpa) para que esse resultado ocorresse. Sem essa comprovação, não é possível formular a imputação por improbidade administrativa. Quanto à responsabilização pelo dano ao erário, o tema será abordado com maior vagar no tópico 6, abaixo.

5 – Da prescrição dos atos de improbidade administrativa

Conforme exposto acima, o ajuste firmado entre o Município de Itaberaba e o Banco Matone ocorreu no ano de 2006. Após a formalização do convênio, a instituição financeira passou a celebrar contratos de empréstimo consignado com servidores públicos municipais, o que, à luz da documentação carreada aos autos, ocorreu até o ano de 2008.

A delimitação dos marcos temporais é relevante, para que se possa averiguar a possível ocorrência da prescrição da ação de responsabilização por improbidade administrativa com esteio na Lei Federal nº 8.429/92.

Nesse contexto, os atos de improbidade eventualmente praticados consistiriam, em tese, na tomada de empréstimos com base em dados falsos, quer decorrentes da indicação de valores remuneratórios não existentes (para ampliar o limite consignável), quer por apresentar como servidores públicos pessoas que não exerciam essa função. As duas irregularidades trazem, ainda, o potencial prejuízo ao erário, tendo em vista a possibilidade de que a Fazenda Municipal fosse obrigada a arcar com os valores não quitados.

Pelo exposto, analisado o caso sob o prisma da improbidade administrativa, os marcos temporais caracterizadores dos atos ímprobos seriam, por um lado, a assinatura do convênio entre o Município e o Banco Matone e, por outro, a assinatura de contratos porventura irregulares entre servidores públicos (ou mesmo terceiros) e a citada instituição financeira. Esses marcos temporais estendem-se, conforme apontado parágrafos acima, entre 2006 e 2008.

Assentado esse ponto, cumpre observar os prazos prescricionais enunciados no art. 23, I e II, da Lei Federal nº 7.347/85:

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.

De pronto, cabe observar que o então Prefeito Municipal, senhor WASHINGTON LUIZ DEUSDEDITH NEVES, deixou o cargo em 31 de dezembro de 2008, sendo eleito como Prefeito Municipal para o quadriênio seguinte o senhor JOÃO ALMEIDA MASCARENHAS FILHO. Tem-se, portanto, que o gestor antes mencionado, que foi o subscritor do contrato com o Banco Matone, deixou o cargo há mais de doze anos, operando-se a prescrição das sanções por ato de improbidade administrativa.

A mesma conclusão se aplica aos servidores que contraíram os empréstimos. Dentre esses, alguns eram ocupantes de cargos em comissão, sendo que, segundo informação prestada pela Prefeitura Municipal por meio do ofício SEMAD nº 291/2016, todos, à exceção de JOSÉ ANTONIO DA SILVA, deixaram os cargos em 31 de dezembro de 2008. Com relação aos primeiros, transcorreu o prazo prescricional enunciado no art. 23, I, da Lei de Improbidade Administrativa, sendo desnecessária qualquer observação com relação ao mérito dos contratos por eles celebrados. Por sua vez, no que toca ao senhor JOSÉ ANTÔNIO DA SILVA, a documentação carreada aos autos não indica nenhuma irregularidade formal no contrato de empréstimo por ele formulado: por um lado, ele era, realmente, servidor público; por outro, não há indicativo de que a documentação comprobatória do valor de sua remuneração tenha sido falseada, de forma a permitir o empréstimo de importância superior ao que seria cabível.

É certo que alguns dos servidores que contraíram empréstimo não eram comissionados, e sim ocupantes de cargos efetivos. Isso porque a Lei Municipal nº 799/94 (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Itaberaba) prevê que o

prazo prescricional máximo para as infrações disciplinares é de cinco anos, conforme segue:

Art. 193 A ação disciplinar prescreverá:

I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão ou de função de confiança;

Nesses termos, decorreu, igualmente, o prazo prescricional estabelecido no art. 23, II, da Lei Federal nº 8.429/92.

6 – Da prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário

Embora prescrita a pretensão punitiva relativamente à aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa, remanesce a possibilidade abstrata de ajuizamento de ação objetivando o ressarcimento ao erário. Antes de avaliarmos os elementos existentes a esse respeito no inquérito civil nº 699.1.28659/07, é conveniente discorrermos sobre o posicionamento jurídico atualmente vigente acerca do ressarcimento ao erário.

A Constituição Federal de 1988 disciplina, no art. 37, § 5º, a regra geral da prescritibilidade das ações/pretensões 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

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.

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 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 vênia 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 prescribibilidade 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 CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega

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>

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 prescribibilidade 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 prescribibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 – “Prescribibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”; e (b) Tema 899 – “Prescribibilidade 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 imprescribibilidade do art. 37, § 5º, da Carta Magna. O que cabia ao STF definir era a prescribibilidade 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). Transportado esse entendimento para a situação sob apreciação, tem-se que seria necessário: (a) demonstrar que existiu prejuízo ao erário, e (b) demonstrar que esse prejuízo foi praticado dolosamente.

Ocorre que não foi carreado aos autos nenhum indicativo de que tenha existido prejuízo ao erário. Perceba-se que a dinâmica estabelecida em decorrência do convênio e dos subsequentes contratos de empréstimos fazia pairar sobre o erário municipal a *potencial* cobrança de valores, em decorrência do inadimplemento dos mutuários. No entanto, não existe nenhum elemento que permita afirmar, ou mesmo supor, que o Município de Itaberaba tenha destinado qualquer soma para o Banco Matone, com o propósito de quitar os valores emprestados pelos servidores públicos.

Anteriormente, discorremos sobre a sistemática decorrente das relações jurídicas entabuladas no caso em análise. É certo que supostas posturas incorretas de agentes públicos, fornecendo falsos comprovantes de renda ou indicando como servidores públicos pessoas que não o eram, caracteriza infração a deveres administrativos, configuradora de ato de improbidade administrativa relativo à violação de princípios (art. 11, I, da Lei Federal nº 8.429/92). Todavia, o ponto central para saber se ocorreu dano ao erário é saber se saiu algum valor, qualquer que seja, dos cofres municipais. Se o Município de Itaberaba não teve nenhum gasto financeiro decorrente disso, simplesmente não há dano ao erário.

Por essa razão, esse ponto precisa ser devidamente esclarecido. Com efeito: tendo sucumbido, pela prescrição, o apenamento por eventuais atos de improbidade, a única causa justificadora do prosseguimento do presente apuratório é a identificação de algum dano ao erário, bem como o posterior esforço para verificar se foi praticado *dolosamente*.

Nesse campo, é oportuno apontar que foi ajuizada a ação de quebra de sigilo bancário nº 0004118-81.2008.8.05.0112 (fls. 873/882). Ocorre que os pedidos formulados nessa ação não auxiliam a elucidar o ponto acima referido, haja vista que se destinam a obter, exclusivamente, informações acerca das relações entre o Banco Matone e os mutuários, e não entre aquele e o Município de Itaberaba.

Em vista disso, sugere-se ao órgão de execução que requirite ao Município que informe se foi efetuado algum pagamento ao Banco Matone, desde o ano de 2006 até a presente data e, em caso afirmativo, esclareça quantos foram, quando ocorreram, qual a sua causa e quem foi o agente público que o determinou.

Em caso de resposta positiva, sugere-se que sejam interrogadas tanto as pessoas envolvidas nesse pagamento, quanto o ex-Prefeito, que assinou o convênio com a cláusula ilegal, para que seja possível definir eventual responsabilidade dolosa.

Por outro lado, se o Município de Itaberaba informar que não ocorreu nenhum pagamento ao Banco Matone, fica praticamente afastada a caracterização do dano ao erário, restando, apenas uma última verificação. Isso porque, segundo documentação coligida ao procedimento, foi feita a dação em pagamento da Fazenda Empleitada, no Município de Sento Sé, pelo senhor JOSÉ BATISTA RIBEIRO, em favor do BANCO MATONE (fl. 1008), objetivando quitar os débitos de vários servidores públicos municipais. A operação é incomum, posto não ser usual que terceiro, graciosamente, ofereça bem seu para pagar débitos de terceiros, notadamente quando não tinha nenhuma obrigação nesse sentido.

Entende o CAOPAM que esse ponto deve ser aprofundado, para se apurar se não ocorreu alguma espécie de triangulação, destinada a tangenciar o pagamento direto do Município de Itaberaba para o Banco Matone. Sob essa ótica, surge a necessidade de apurar qual a relação do senhor JOSÉ BATISTA RIBEIRO com o Município de Itaberaba, notadamente se ele era credor ou recebeu alguma importância do ente público. O propósito da diligência é verificar se, porventura, o

Município de Itaberaba não teria pago alguma importância para o senhor JOSÉ BATISTA RIBEIRO, articulando com ele a anterior ou posterior dação do terreno para o Banco Matone.

Nesse campo, se não restar comprovada a triangulação, resulta afastada, também, a caracterização do dano ao erário.

7 – Conclusão

Diante do exposto, em resposta à consulta efetuada, o CAOPAM manifesta o seguinte entendimento:

- a) As sanções por improbidade administrativa encontram-se prescritas.
- b) Resta, apenas, a possibilidade de responsabilização por eventual dano ao erário dolosamente praticado.
- c) Com o propósito de buscar elementos acerca de possível dano ao erário, sugere-se ao órgão de execução que: (a) requirite ao ente municipal que informe se, desde o ano de 2006, até a presente data, foi realizado algum pagamento ao Banco Matone, e (b) qual a razão pela qual o senhor JOSÉ BATISTA RIBEIRO deu em pagamento a Fazenda Empleitada ao Banco Matone, bem como se o nomeado senhor foi credor ou recebeu qualquer importância do Município de Itaberaba, antes ou depois dessa transação, que possa ser interpretada como uma forma de compensá-lo por ter transferido a fazenda à instituição financeira.

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

Salvador, 22 de outubro de 2019.

Luciano Taques Ghignone
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPAM