



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FASE PRELIMINAR. SENTENÇA QUE NÃO RECEBE A INICIAL SOB O ENTENDIMENTO DE INEXISTIR IMPROBIDADE. REFORMA. PRELIMINARES. REJEIÇÃO.

1. PRELIMINARES

1.1 – Não merece acolhida preliminar de intempestividade da apelação se a Escrivã lançou certidão explicando a ocorrência.

1.2 – Não merece acolhida preliminar de desentranhamento de peças anexadas à apelação, uma vez que: (a) as partes tiveram oportunidade de se manifestar; e (b) a dilação probatória não se encerrou, haja vista estar-se apenas na fase preliminar da ação de improbidade.

1.3 – Não merece acolhida preliminar de nulidade da sentença, pois eventual equívoco na fundamentação caracteriza erro *in judicando*, não *in procedendo*.

2. MÉRITO

2.1 – Equívoco da sentença que, para concluir pela inexistência de improbidade, compensou as vantagens do BANRISUL num Convênio com a FAMURS, tendo por objeto a folha de pagamento dos servidores municipais, com os prejuízos sofridos pelo Banco em outro Convênio com o ISAM (Instituto de Assistência à Saúde dos Servidores Municipais), tendo por objeto o direito exclusivo de mídia, de movimentações financeiras e de contas-correntes.

2.2 – Repasse de R\$ 13.000.000,00 ao ISAM de forma imediata e à vista, sem qualquer garantia e muito antes de sua autorização para funcionar pela Agência Nacional de Saúde (ANS). Instituto que fracassou, praticamente não funcionou e encerrou as atividades com R\$ 3.000.000,00 de débito. Operação temerária. Indícios suficientes de existência de improbidade administrativa, autorizadores do recebimento da petição inicial (Lei 8.429/92, art. 17, § 9º).

3. DISPOSITIVO



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Apelação provida.

APELAÇÃO CÍVEL

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-
57.2016.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MINISTÉRIO PÚBLICO

APELANTE

FLÁVIO LUIZ LAMMEL

APELADO

ISAM – INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA À
SAÚDE DOS SERVIDORES MUNICIPAIS

APELADO

FERNANDO GUERREIRO DE LEMOS

APELADO

BANRISUL

INTERESSADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em rejeitar as preliminares e prover a apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. JOÃO BARCELOS DE SOUZA JÚNIOR E DES. NEWTON LUÍS MEDEIROS FABRÍCIO.**

Porto Alegre, 15 de março de 2017.

DES. IRINEU MARIANI,

Relator.

RELATÓRIO

DES. IRINEU MARIANI (RELATOR)

Inicialmente, adoto o relatório da sentença (fls. 1088-90):

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com base no IC nº 25/2012, ajuizou em face de



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

FERNANDO GUERREIRO DE LEMOS, FLAVIO LUIZ LAMMEL e ISAM – INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS SERVIDORES MUNICIPAIS, todos qualificados nos autos, a presente ação civil pública fundada na Lei nº 8.429/1992.

Arguiu de nulo o Convênio de Cooperação Técnica Financeira celebrado em 9-8-2008 entre o BANRISUL, integrante da administração indireta, e o instituto ISAM, associação privada, pelo qual o primeiro repassou ao segundo, sem qualquer garantia e antes de que aquele Instituto estivesse autorizado a funcionar, a importância de R\$ 13.000.000,00. Reputou tal ato ofensivo a preceitos legais, especialmente ao art. 116 da Lei de Licitações, bem como eivado do propósito de atender interesses políticos e objeto de conluio entre os réus em prejuízo do Banco.

Argumentou que o Convênio foi celebrado diretamente entre os gestores dos conveniantes, sem passar pelo crivo do corpo técnico, e ao arrepio dos princípios regentes da Administração Pública.

Sustentou que o ISAM se beneficiou financeiramente do Convênio em detrimento do patrimônio público e descumpriu suas cláusulas.

Defendeu a necessidade de resarcimento ao erário, pelos prejuízos causados ao BANRISUL.

Tipificou a conduta dos réus como atos de improbidade capitulados no art. 10, *caput*, e inc. XI (FERNANDO e FLAVIO), art. 9º, *caput*, e inc. XI (ISAM).

Alternativa e sucessivamente, vindicou o enquadramento no art. 11, *caput*, e incisos I e II, da mesma



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Lei.

Postulou, em medida liminar a ser confirmada a final, a indisponibilidade dos depósitos e aplicações financeiras em relação ao ISAM, com vista à reparação ao erário.

Pediu a declaração de nulidade do Convênio referido, a condenação dos demandados nas sanções do art. 12, e seus incisos, da Lei referida; alternativa e sucessivamente, pediu a condenação solidária dos mesmos a devolver o valor pago devidamente corrigido e acrescido de juros da mora.

Requeru provas e a notificação dos demandados para a defesa preliminar.

Requeru a citação do BANRISUL – BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, na forma do art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92.

Acostou documentação (fls. 22-189).

Este juízo determinou a notificação dos requeridos (fl. 191) e postergou o exame da liminar para após a defesa prévia.

Notificados, apresentaram os requeridos **manifestação escrita** e documentos.

FLAVIO LUIZ LAMMEL (fls. 202-244) questionou prefacialmente a origem da denúncia e arguiu a prescrição quinquenal. No mérito, discorreu sobre os fatos e repeliu a pecha de improbidade. Narrou que, no contexto da época, a FAMURS criou o ISAM com o objetivo de amparar os Municípios, e que o Convênio estabelecido com o BANRISUL se deu no ambiente de impasse no cenário



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

político gaúcho de 2007, dele resultando vantagem recíproca. Aduziu ter havido negociação com vista a, por um lado, evitar que aquele Banco perdesse a folha de pagamentos de diversos Municípios e, por outro lado, a proporcionar que pequenos Municípios do Estado conseguissem instituições bancárias para o pagamento da folha salarial de seus servidores. Argumentou que o negócio jurídico vergastado trata-se de uma transação comercial, um negócio bancário necessário para a vida financeira do BANRISUL à época, o que lhe rendeu valores significativos e teve importância social. Questionou a aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 a Convênios; subsidiariamente, aventou a impossibilidade da discussão do mérito da negociação, pela discricionariedade do ato administrativo. Negou a existência de atos de improbidade, pois ausente enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação à moralidade; advogou a ausência de elemento volitivo e de qualquer violação aos princípios da administração pública. Requeru tramitação sigilosa e a rejeição da petição inicial por manifesta improcedência. Acostou documentação (fls. 248-363).

ISAM – INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS SERVIDORES MUNICIPAIS apresentou **manifestação escrita** nas fls. 370-383, acompanhada de documentos (fls. 370-720). Prefacialmente, suscitou a ilegitimidade passiva, por se constituir em pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos e não agente público. Argumentou que o Convênio ocorreu no contexto de negociação, intermediada



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

pela FAMURS, para salvar as perdas crescentes do BANRISUL com a venda das folhas pelos Municípios e foi altamente vantajosa ao Banco, ao mesmo tempo em que favorecia os Municípios. Discorreu sobre as cláusulas contratuais e a auditoria feita pelo TCE/RS. Sustentou que a inicial peca por inconsistência. Repudiou as imputações que lhe foram feitas pelo autor. Aduziu terem sido feitos estudos técnicos para o Convênio. Negou a violação ao art. 116 da Lei de Licitações, por se cuidar de operação comercial bancária. Disse ter executado integralmente o Convênio e repeliu a imputação de improbidade. Requeru a extinção da ação, por inaplicabilidade da lei de improbidade ao caso.

FERNANDO GUERREIRO DE LEMOS ofereceu **manifestação por escrito** nas fls. 721-753, acompanhada de documentos (fls. 754-858). Prefacialmente, suscitou a incompetência absoluta da Justiça Estadual, por ser o requerido Juiz Militar de Segunda Instância e, portanto, ter direito prerrogativa de foro; aduziu também, consequentemente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; invocou a prescrição, com força no art. 287, inc. II, da Lei nº 6.404/76. Defendeu, no mérito, o ato impugnado, discorrendo sobre o contexto da sua efetivação e as vantagens obtidas. Argumentou que o Convênio foi celebrado com o intento de garantir os legítimos interesses da instituição financeira. Reputou descabida a demanda. Negou prejuízo ao erário e violação de princípios da administração. Entendeu



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

inaplicável o art. 116 da Lei de Licitações ao convênio debatido. Requereu, assim, a declaração da incompetência absoluta da Justiça Estadual, ou, a ilegitimidade do Ministério Público estadual, ou a prescrição, ou, subsidiariamente, o acolhimento das preliminares e a rejeição, de plano, da ação, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92.

Citado, o BANRISUL compareceu ao feito nas fls. 864-885, para defender o ato e recusar a inclusão no pólo passivo da demanda, tendo trazido documentos (fls. 889-1.072). Afirmou que o ato se qualifica como negócio e foi firmado dentro das competências estatutárias da Diretoria, após passar pelo crivo do corpo técnico e sem causar qualquer prejuízo, antes vantagem ao Banco. Aduziu que as demonstrações financeiras do banco foram aprovadas pelo Conselho de Administração e pelos acionistas. Defendeu a correção dos atos impugnados à luz dos princípios da administração.

O Ministério Público, ciente das manifestações escritas, reiterou os termos da inicial e o pedido de medida liminar (fls. 1.073-1.074).

Na sequência, afastou as preliminares de incompetência da Justiça Estadual, de ilegitimidadeativa do Ministério Público, de ilegitimidade passiva do ISAM – Instituto de Assistência à Saúde dos Servidores Municipais e de prescrição e, no mais, rejeitou a inicial.



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Apela o autor defendendo que a inicial deve ser recebida, uma vez que há indícios suficientes do cometimento de improbidade e na fase preliminar vigora o princípio *in dubio pro societate*. Ainda, não é objeto da ação o Convênio BANRISUL/FAMURS, tendo por objeto a folha de pagamento dos servidores municipais do RS, mas Convênio BANRISUL/ISAM, com a anuência a FAMURS, tendo por objeto o direito exclusivo de mídia, de movimentações financeiras e de contas-correntes (fls. 1098-103).

Contrarrazões (fls. 1116-32, 1140-45, 1148-61, 1164-86), com preliminares de intempestividade da apelação e desentranhamento de peças juntadas pelo autor (fls. 1118-24).

Parecer pela nulidade da sentença e, no mérito, pelo provimento da apelação (fls. 1160-8).

É o relatório.

VOTOS

DES. IRINEU MARIANI (RELATOR)

Há diversos aspectos, os quais examino conforme segue.



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

I – PRELIMINARES CONTRARRECURSAIS. Há duas: (1)

intempestividade da apelação; e (2) desentranhamento de peças juntadas pelo autor.

1. INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO. O apelado Flávio Luiz Lammel argui a intempestividade da apelação porque, conforme a Certidão da fl. 1097v., houve intimação pessoal do autor em 24-4-2015, e ela só ingressou em 9-7-2015, não podendo ser considerada, relativamente ao mês, a sobreposição do nº 6 sobre o nº 4, passando **para junho** o que na realidade aconteceu **em abril**.

Embora visível na Certidão da fl. 1097v. que no campo destinado ao mês foi grafado o nº 6 sobre o nº 4, passando para **junho** o que seria **abril**, a situação foi esclarecida na Certidão da fl. 1133 da Escrivã Designada no sentido de que, inicialmente constou "*17/04/2015, data em que o processo foi informado com vista para o MP*", mas a ciência só aconteceu "*em 24/06/2015*" quando houve "*retirada dos autos em carga*".

Portanto, foi a própria Escrivã que modificou a Certidão da fl. 1097v. para adequá-la à realidade, isto é, efetiva ciência do Promotor de Justiça



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

em **24-6-2015**, conforme inclusive consta em carimbo lançado pelo Promotor com a inclusão grafada "*RECEBIDO Em 24/06/15*" e assinatura.

Se, por um lado, não foi correto o proceder da Escrivã, pois deveria ter lançado outra certidão, tornando sem efeito a anterior, por outro, isso não pode prejudicar a parte.

Afasto a preliminar.

2. DESENTRANHAMENTO DE PEÇAS JUNTADAS PELO AUTOR.

O mesmo apelado alega que os documentos juntados pelo autor na apelação "*merecem ser desentranhados, pois já existentes quando do encerramento da fase instrutória preliminar*" (fl. 1121, final).

Primeiro, os documentos dizem respeito ao **encerramento das atividades** pelo requerido ISAM – Instituto de Saúde e Assistência dos Servidores Municipais com um débito de R\$ 3.000.000,00 (fls. 1104-14).

Segundo, não se exaure a instrução na fase preliminar, que por sua vez se exaure em **juízo de admissibilidade**, portanto, o processo como tal se inaugura após o recebimento da inicial, a partir de quando o até então chamado **requerido** (Lei 8.429/92, art. 17, § 8º) passa a ser denominado **réu** com prazo para **contestação**.



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

II – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA ARGUIDA PELA

PROCURADORIA DE JUSTIÇA. Alega a nulidade da sentença porque se baseou em premissa equivocada, qual seja o Convênio de Cooperação Técnica e Financeira entre o BANRISUL e a Federação das Associações de Município do RS – FAMURS, quando objeto da ação é o Convênio de Cooperação Técnica e Financeira entre o BANRISUL e o ISAM – Instituto de Assistência à Saúde dos Servidores Municipais (fls. 1163-4).

Efetivamente, a demanda não envolve o Convênio BANRISUL/FAMURS, mas o BANRISUL/ISAM, com a anuência da FAMURS, quer dizer, a alegada improbidade envolve este Convênio, e não aquele, haja vista o pedido de condenação por prejuízo ao erário se restringir aos R\$ 13.000.000,00 (fls. 20-1, item *b.1* e seguintes).

Essa preliminar diz respeito à fundamentação da sentença, e a partir dela a conclusão de inexistência de improbidade.

Por decorrência, eventual erro *in judicando*, não *in procedendo*. Se está equivocada, cabe ao Tribunal reformá-la, não anulá-la.

Assim, como preliminar, vai afastada.



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

III – QUESTÕES PRELIMINARES ARGUIDAS PELOS

REQUERIDOS NAS DEFESAS PRÉVIAS. Alegaram: **(a)** incompetência da Justiça Estadual arguida por Fernando Guerreiro de Lemos pelo fato de ser Juiz Militar de 2^a Instância, logo, há prerrogativa de foro; **(b)** ilegitimidade do Ministério Público Estadual, decorrência da prerrogativa de foro; **(c)** ilegitimidade passiva arguida por ISAM – Instituto de Assistência à Saúde dos Servidores Municipais; e **(d)** prescrição arguida por Flávio Luiz Lammel e Fernando Guerreiro de Lemos.

Relativamente a essas questões, convém pelo **princípio da eventualidade** afirmar o acerto da sentença do eminente Dr. Roberto José Ludwig, motivo por que peço vênia para adotá-la (fls. 1090-91 e v.):

1. DA COMPETÊNCIA

Não prospera a prefacial de incompetência absoluta da Justiça Estadual e deste juízo, uma vez que, independentemente da circunstância de que o sistema de justiça está organizado em graus, a exceção ao princípio do juiz natural em favor do demandado FERNANDO somente se justificaria no caso de existência de norma constitucional expressa de prerrogativa de foro.

Porém, tal não ocorre, uma vez que, como assentado pela jurisprudência pacífica das Cortes Superiores,¹ a

¹ STF - EMENTA *Agravio regimental no agravo de instrumento. Prequestionamento. Ausência. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Improbidade administrativa. Prerrogativa de*



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

prerrogativa de função não se estende à ação de improbidade, que possui natureza civil, embora o elemento sancionatório comum.

2. DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O pressuposto da arguição de ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual consiste na incompetência do juízo, levantada pelo requerido FERNANDO e acima refutada. Assim, cai por terra, igualmente, esta arguição.

Não há dúvida de que, em se cogitando de ação de improbidade administrativa, é legitimado por força de lei o Ministério Público; e cuidando-se da análise de ato da administração estadual, tem atribuição o órgão ministerial

foro. Deputado estadual. Inexistência. Precedentes. 1. Os dispositivos constitucionais tidos como violados não foram examinados pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 da Corte. 2. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente motivada (AI nº 791.292-QO-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes). 3. **Inexiste foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.** 4. Agravo regimental não provido.(AI 786438 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19-11-2014 PUBLIC 20-11-2014) STJ - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTEMPESTIVO. ALEGADA NULIDADE NA CITAÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público contra o ora agravante, em razão do suposto envolvimento em irregularidades na utilização de recursos federais - Convênio 450/2000 e licitação Convite 005/2001. 2. (...) 5. Esta Corte Especial pacificou entendimento no sentido de que o foro por prerrogativa de função não se estende ao processamento das Ações de Improbidade Administrativa. 6. Reafirmo que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 7. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 553.972/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015) Sobre o caráter pacífico desse entendimento, veja também REsp 1407862/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 19/12/2014.



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

estadual.

3. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

Os demandados apresentam legitimidade passiva para a causa, uma vez que nela se descrevem e a eles se imputam condutas em tese sindicáveis em ação civil pública. Os próprios termos do convênio, onde constam seus nomes, bastam para essa legitimação em tese.

Não prospera o argumento do réu ISAM – INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS SERVIDORES MUNICIPAIS de que, tratando-se de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, e não de agente público, careceria de legitimidade passiva para a causa.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), por meio do disposto no art. 1º, e na norma de extensão do art. 3º, confere viabilidade para a demanda dirigida tanto contra agentes público – em sentido amplo² – como contra terceiros que, não tendo tal condição, de alguma forma contribuíram para o ato impugnado ou dele se beneficiaram.³

-
- 2 ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – BANCO DO BRASIL – **SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA** – LEI 8.429/92. 1. Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abarcados no conceito de agente público, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 8.429/1992. Precedentes do STJ. 2. Recurso especial provido. (REsp 1138523/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 04/03/2010)
- 3 LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992.
Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. (...)



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Em tese, uma vez imputado ao requerido ISAM o proveito no ato ímpreto, possui legitimidade passiva para a causa, assim como os demais requeridos.

4. DA EXCEÇÃO DE PRESCRIÇÃO

Invoca-se a prefacial de prescrição da pretensão anulatória ao argumento de que, não sendo os demandados agentes públicos, não se lhes aplica o prazo de 5 (cinco) anos contados do "término do exercício de mandato" previsto no art. 23 da LIA.⁴

Ao invés disso, FLAVIO sustenta seja observado como marco de início da contagem a data do fato; FERNANDO, por seu turno, defende que seja considerado o prazo do art. 287, inc. II, da Lei nº 6.404/76, em razão da natureza da atividade exercida no banco.

Não colhem tais teses.

A jurisprudência tranquila do STJ aplica ao demandado que não seja agente público o mesmo prazo deste, em atenção à regulamentação especial e às finalidades específicas da tutela perseguida na ação de improbidade.⁵

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

4 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.

5 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARTICULAR BENEFICIÁRIO DO ATO ÍMPRETO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. SIMETRIA COM PRAZO DO



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Permito-me apenas deixar clara a imprescritibilidade do resarcimento ao erário (CF, art. 37, § 5º).

IV – PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE.* Diz o § 7º do art.

17 que o juiz ordenará a **notificação** do **requerido** para que, no prazo de 15 dias, ofereça **manifestação por escrito**. E diz o § 8º que o juiz rejeitará a ação,

AGENTE PÚBLICO. PRECEDENTES. 1. Esta Corte Superior entende que o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares que se beneficiam de ato ímparo é idêntico ao do agente público que praticou a ilicitude, a teor do disposto no art. 23, I e II, da Lei n. 8.429/92. Precedentes. 2. Ademais, ainda que a título de obiter dictum, cumpre reafirmar que esta Corte alberga o entendimento de imprescritibilidade da pretensão de condenação por dano ao erário e o respectivo resarcimento, formulada em ação civil pública, ante o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição da República. Recurso especial improvido. (REsp 1433552/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014) RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PORATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL PARA PROPOSITURA DA AÇÃO CONTRA PARTICULAR QUE TENHA AGIDO EM CONLUIO COM AGENTE PÚBLICO. TERMO A QUO. ART. 23, I e II, DA LEI N° 8.429/1992. (...) 2 - A compreensão firmada no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, nas ações de improbidade administrativa, para o fim de fixação do termo inicial do curso da prescrição, aplicam-se ao particular que age em conluio com agente público as disposições do art. 23, I e II, da Lei nº 8.429/1992. 3 - O objetivo da regra estabelecida na LIA para contagem do prazo prescricional é justamente impedir que os protagonistas de atos de improbidade administrativa - quer agentes públicos, quer particulares em parceria com agentes públicos - explorem indevidamente o prestígio, o poder e as facilidades decorrentes de função ou cargo públicos para dificultar ou mesmo impossibilitar as investigações. (...) 7 - Recurso especial a que se nega provimento.(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)



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

se convencido da "*inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.*" E o § 9º estabelece que, recebida a petição, será **citado** o réu para apresentar **contestação**.

Está claro: na fase preliminar, antes do recebimento da inicial, não há processo, motivo por que se fala em **notificação**, em **requerido** e em **manifestação**; depois, fala-se em **citação**, em **réu** e em **contestação**.

Daí se extrai que as matérias arguíveis pelo **notificado** na fase preliminar são exclusivamente – *numerus clausus* – as declinadas no § 8º como objeto de exame na decisão que recebe ou rejeita a inicial, é dizer: **(a)** inexistência do ato de improbidade; **(b)** improcedência da ação, entenda-se, superando a imprecisão técnica, improcedência do pedido; e **(c)** inadequação da via eleita, entenda-se, da ação.

Quanto à inexistência **do ato** de improbidade, não se deve confundir com inexistência **de improbidade**. No caso *sub judice*, o **ato** é o Convênio BANRISUL/ISAM, e não há dúvida a respeito da sua existência.

Quanto à **inadequação da via eleita**, não se questiona a propriedade da ação ajuizada.

Quanto à **improcedência da ação**, o que mais adequadamente se deve entender como improcedência **do pedido**, não há dúvida de que reclama



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

incursão a respeito do **mérito**, mas com parcimônia, é dizer, no limite suficiente para evitar a chamada **lide temerária**.

E evita-se lide temerária quando há **improcedência manifesta**. Isso já era admitido de forma incipiente no art. 285-A do CPC/1973, passando às hipóteses do art. 332 do CPC/2015, por exemplo, quando a matéria já foi objeto de deliberação pelo sistema de repercussão geral.

O problema nas ações de improbidade é que está a ocorrer deturpação da fase preliminar, pois os requeridos em geral querem discutir a lide, desde logo, em toda a profundidade, como se em pleno processo e em juízo definitivo, chegando-se ao ponto de, como arguido nas contrarrazões, querer-se impedir a juntada de prova, como se a dilação probatória **do processo** já estivesse encerrada, quando na realidade nem mesmo iniciou.

Por isso, relativamente à **inexistência do ato** e à **improcedência do pedido**, vigora na fase preliminar o princípio *in dúvida pro sociedade*. Não se recebe a inicial apenas quando houver **juízo de certeza** da **inexistência do ato** ou **da improbidade**, quer dizer, somente quando a prova indiciária "*for manifestamente infundada*" (STJ, 2ª Turma, AgIn 730230-AgRg, Rel. Min. Herman Benjamin, em 4-9-2007, DJU de 7-2-2008), tornando inútil ou ociosa a dilação



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

probatória. É o mesmo princípio que vigora no processo-crime de competência do Tribunal do Júri: na dúvida, pronuncia-se o réu.

V – ANÁLISE DO CASO *SUB JUDICE*. O ilustrado juízo *a quo* não recebeu a inicial sob o fundamento da inexistência **de improbidade**. Exarou, pois, juízo de **improcedência do pedido**.

Embora com a necessária temperança, é dizer, no limite de indícios suficientes ao recebimento da inicial, o juízo de improcedência no 1º Grau impõe análise circunstanciada, diferente do que temos feito em decisões nesta fase.

Nesse sentido, adianto que a essência está em dois **convênios**, um BANRISUL/FAMURS e outro BANRISUL/ISAM com a anuência da FAMURS, na realidade **contratos**, pois o convênio pressupõe celebração entre **entidades públicas**, e tal não foi o caso, mas para fins de análise vamos seguir a denominação dada pelas partes.

1. CONVÊNIO BANRISUL/FAMURS. Não é objeto de questionamento, mas preparou o caminho ao Convênio BANRISUL/ISAM questionado na inicial.

Em **13-11-2007**, o BANRISUL, por seu Presidente, requerido Fernando Guerreiro de Lemos, e a FAMURS, por seu Presidente, Flávio Luiz



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Lammel, firmaram *CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA*, cuja finalidade foi, em síntese, estabelecer o BANRISUL responsável pelo recebimento e gerenciamento operacional e financeiro dos depósitos das **folhas de pagamentos dos servidores dos Municípios do RS.**

No ITEM VI da Cláusula 1ª constou "colaborar técnica e financeiramente na criação, montagem e execução do Plano Estadual de Saúde dos Servidores Municipais, conforme disposição a ser estabelecida em instrumento convenial próprio" (fl. 103v.).

Portanto, **participação financeira** do BANRISUL no Plano Estadual de Saúde dos Servidores Municipais a ser estabelecida em **instrumento próprio**.

Na Cláusula 2ª, ITEM III (parte das obrigações da FAMURS) constou: "criar estrutura legal e operacional, através de um Instituto privado, e colocar em funcionamento o Plano de Saúde dos Servidores Municipais, em prazo máximo de 120 dias a contar da assinatura deste termo" (fl. 104).

Em contrapartida, na mesma Cláusula (parte das obrigações do BANRISUL), constou (fl. 104):

I – repassar de forma individualizada à conta dos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul recursos financeiros segundo critérios pré-estabelecidos pela entidade representativa dos Municípios e pelo BANRISUL,



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

no montante total estimado de **R\$ 226.000.000,00** (...), de acordo com relação anexada ao presente;

Como se vê, dinheiro destinado **aos Municípios**. Nada a ver com a

colaboração financeira do BANRISUL ao Plano de Saúde dos Servidores Municipais referida no ITEM VI da Cláusula 1^a.

Prossigo na transcrição:

II – repassar de forma individualizada à **conta dos municípios** do Estado do Rio Grande do Sul, recursos financeiros no montante estimado de **R\$ 37.000.000,00** (...) relativos ao previsto no item **III**, da Cláusula I, segundo critérios definidos pelo Banrisul e FAMURS;

O ITEM III da Cláusula 1^a diz: "*estabelecer o Banrisul como agente financeiro conveniado dos municípios que já firmaram compromisso de recebimento e gerenciamento operacional e financeiro dos depósitos das folhas de pagamentos dos seus servidores para disponibilização de crédito mediante consignação em folha de pagamento, com exclusividade ou preferência, vedada a participação de terceiro agente financeiro*" (fl. 103).

Novamente, dinheiro **aos Municípios**. Nada a ver com a **colaboração financeira** do BANRISUL ao Plano de Saúde dos Servidores Municipais.

Prossigo na transcrição:



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

III – repassar à conta dos respectivos Municípios, o montante individual decorrente do depósito nos itens I e II supra, em duas parcelas iguais, sendo a primeira no 10º (...) dia contado da assinatura do respectivo termo, e a segunda no 30º (...) dia contado da assinatura do respectivo termo entre o Banrisul e o Município.

Os mencionados ITENS I e III se referem aos **R\$ 226.000.000,00** e **R\$ 37.000.000,00** destinados **aos Municípios**.

Prossigo na transcrição:

IV – garantir a gestão financeira dos recursos dos Fundos Previdenciários Municipais;

V – disponibilizar aos municípios acesso pela utilização do PREGÃO *ON LINE* BANRISUL;

VI – desenvolver esforços com vista à instalação de pontos de atendimento do BANRISUL em todos os Municípios do Rio Grande do Sul, conforme estabelecido no item VIII da cláusula primeira.

Resumindo, nesse dito Convênio: **(a)** foi estabelecido genericamente que haveria **colaboração financeira** do BANRISUL ao Plano de Saúde aos Municipários, além dos valores aos Municípios (R\$ 226.000.000,00 e R\$ 37.000.000,00); e **(b)** como não foi estabelecido o valor da colaboração financeira, entende-se que isso foi remetido ao anunciado "*instrumento convenial próprio*".



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

2. CONVÊNIO BANRISUL/ISAM. Este é o anunciado "*instrumento convenial próprio*", objeto do questionamento pelo Ministério Público.

Com efeito, em **22-2-2008** foi fundado o INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS – ISAM (fls. 31-2), e em **9-6-2008**, em cumprimento ao ITEM VI da Cláusula 1ª do Convênio BANRISUL/FAMURIS – portanto, meio ano depois, muito além do prazo de 120 dias –, foi celebrado o dito *CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA* entre o BANRISUL, por seu Presidente, requerido Fernando Guerreiro de Lemos, e o ISAM, por seu Presidente, requerido Flávio Luiz Lammel, figurando como interveniente anuente a FAMURS, por seu Presidente, o mesmo requerido Flávio Luiz Lammel (fls. 101-2).

Eis a Cláusula 1ª, que definiu os **compromissos recíprocos**:

I – estabelecer o Banrisul da movimentação financeira das contas-correntes, pagamentos de salários, prestadores de serviços, médicos, clínicas e hospitais conveniados, contas a pagar e aplicações financeiras do Instituto e do Plano de Saúde dos Servidores Municipais, excetuando-se os casos em que haja previsão legal para manutenção dos recursos em outras instituições financeiras;

II – estabelecer o Banrisul como parceiro do Instituto e respectivo Plano de Saúde, assegurando ao Banco o



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

direito exclusivo de associar a sua própria marca a toda mídia, eventos, impressos e qualquer outro material de divulgação do Instituto;

III – assegurar ao Banco, em caráter de exclusividade, a concessão de canal de consignação de empréstimo e crédito imobiliário aos servidores do Instituto;

IV – assegurar ao Banco prioridade na disponibilização de serviços relativos à emissão e administração de Cartão Combustível Banrisul para utilização pelo Instituto, cuja contratação deverá dar-se por meio da assinatura de instrumento próprio com o Banrisul Serviços Ltda., empresa do Grupo BANRISUL, responsável pela administração de cartões.

V – assegurar ao Banco prioridade na disponibilização de serviços relativos à emissão de Cartão Refeisul Alimentação/Refeição, a ser utilizado pelos funcionários do Instituto, para pagamento de auxílio alimentação/cesta básica, benefícios esses concedidos pelo Instituto, cuja contratação deverá dar-se por meio da assinatura de instrumento próprio com a Banrisul Serviços Ltda., empresa do Grupo BANRISUL, responsável pela administração de cartões.

Por sua vez, a Cláusula 2ª, que definiu as **obrigações das partes:**

Caberá ao INSTITUTO:

I – executar um plano de ação com todos os Municípios do Rio Grande do Sul visando concretizar os compromissos assumidos na cláusula primeira do presente



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

termo, mediante a adesão de cada associado do INSTITUTO ao Plano de Saúde;

II – criar os mecanismos e condições necessárias e indispensáveis para a realização do presente termo, acordos e contratos decorrentes dos compromissos assumidos por este convênio, inclusive a criação de estrutura necessária ao cumprimento do termo e dos planos;

III – criar estrutura legal e operacional, através de um Instituto privado, e colocar em funcionamento o Plano de Saúde dos Servidores Municipais, em prazo máximo de 120 dias a contar da assinatura deste termo, observada a legislação pertinente e condicionada à aprovação prévia da Agência Nacional de Saúde ANS;

Abro parêntesis para dizer que o ITEM III causa perplexidade, pois o ISAM ainda não seria o Plano de Saúde versado no ITEM III da Cláusula 2ª do Convênio BANRISUL/FAMURS, por sua vez autorizador da contribuição financeira do BANRISUL prevista no ITEM VI da Cláusula 1ª.

Pode-se até dizer que se trata de mero excesso, mas revela falta de zelo das partes.

Há considerar, também, que a Agência Nacional da Saúde – ANS ainda não havia autorizado o ISAM a funcionar, o que só aconteceu em **7-12-2010** (fl. 361, 2º Vol.), vale dizer, **dois anos e meio após?**

Prossigo na transcrição das obrigações do INSTITUTO:



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

IV – coordenar a implantação do Plano no âmbito estadual, com centralização das ações no Instituto, em como na criação de unidades de execução através das Associações de Municípios em todo o Estado do Rio Grande do Sul;

V – assegurar ao Banrisul, o direito, em caráter de exclusividade, de instalar ponto de atendimento nas dependências do Instituto e realizar ações de divulgação e venda de produtos e serviços aos associados e demais beneficiários do Instituto.

Agora, as obrigações do BANRISUL:

Caberá ao BANRISUL:

I – repassar **R\$ 13.000.000,00** (...) à conta do INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS SERVIDORES MUNICIPAIS, pelo pagamento dos direitos adquiridos por meio deste instrumento;

II – o repasse deverá ser efetuado em **prazo máximo de três dias** úteis após a assinatura do presente termo, na conta-corrente nº 0100-06.03333.0-1.

Portanto, repasse de **R\$ 13.000.000,00** ao ISAM, que segundo a inicial ocorreu em 9-6-2008 (fl. 5), isto é, mesmo dia da assinatura do Convênio – diga-se de passagem –, autônomo em relação ao do BANRISUL/FAMURS e valor independente daqueles aos Municípios, isso conforme o próprio BANRISUL no Inquérito Civil (fl. 98): "*O convênio de cooperação técnica e financeira firmado entre BANRISUL e FAMURS na data de 13 de novembro de 1997 (sic), tem*



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

relação direta e exclusiva com as folhas de pagamentos dos servidores dos municípios do Rio Grande do Sul, consignações, centralização da arrecadação e contas a pagar, movimentação financeira das contas-correntes, aplicações financeiras dos entes políticos, em nada se relacionando com o repasse de verbas direta ou indiretamente ao ISAM' (grifos apostos).

Ressalvo o equívoco no registro de que o Convênio é de "13 de novembro de 1997", pois na realidade ocorreu em **13-11-2007**.

No mais, os requeridos Fernando, pelo BANRISUL, e Flávio, pelo IAM e a FAMURS, tinham plena consciência de que o Instituto dependia de prévia aprovação da Agência Nacional de Saúde, haja vista no final do mesmo item III já acima comentado constar expressamente "*observada a legislação pertinente e condicionada à aprovação prévia da Agência Nacional de Saúde ANS*".

Ainda, pela Cláusula 3ª foi estabelecida a vigência do Convênio por cinco anos "*contados da efetiva implementação do Plano de Saúde*" (fl. 102), portanto, obrigações para o IAM, somente partir da efetiva implementação, jamais antes da sua aprovação pela ANS, porém, curiosamente, com o BANRISUL depositando desde logo em sua conta R\$ 13.000.000,00.



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Então, eminentes colegas, evidencio alguns itens, pelos quais tem-se indícios suficientes de improbidade, não se podendo excluir qualquer modalidade, conforme a inicial, especialmente a prevista no art. 10 da Lei 8.429/92 (prejuízo ao erário), que inclusive admite a forma culposa, lembrando que o BANRISUL é uma economia mista, logo, abrangido pela referida Lei (STJ, REsp 1138523-DF, 2^a Turma, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, em 23-2-2010, DJe de 4-3-2010).

2.1 – OPERAÇÃO TEMERÁRIA. As coisas ficaram estranha e verdadeiramente desequilibradas contra o BANRISUL, desembolsando desde logo R\$ 13.000.000,00: **(a)** sem qualquer garantia; **(b)** sem prévio estudo da viabilidade técnica do IAM, pois o existente é do Convênio BANRISUL/FAMURS envolvendo as folhas de pagamentos; **(c)** sem prévia aprovação do ISAM pela ANS; **(d)** sem perspectiva de retorno nos termos da Cláusula 1^a, pois tudo dependia da efetiva entrada em operação, por sua vez dependente da aprovação pela ANS.

Os indicativos são, como diz o apelante, de um Convênio "*feito às cegas, sem nenhum estudo técnico a respeito de sua viabilidade. Tanto é verdade que o Instituto criado integralmente com a verba do Banrisul funcionou*



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

por brevíssimo tempo, uma vez que as adesões dos municípios iniciaram em 2011 e o Instituto fechou suas portas em 2014, com dívida superior a R\$ 3.000.000,00' (fl. 1100).

2.2 – ELEVAÇÃO DE DEZ PARA TREZE MILHÕES SEM

JUSTIFICATIVA. Não se sabe como o BANRISUL, a FAMURS e o ISAM chegaram aos R\$ 13.000.000,00. Aliás, consta no Relatório do Processo de Inspeção Especial nº 0865-02.00/12-3 do TCE, instaurado contra o BANRISUL, datado de **31-8-2012**, que esse valor seria de **R\$ 10.000.000,00**, e foi elevado para **R\$ 13.000.000,00** "sem qualquer justificativa expressa" (fl. 187v.). Há informações genéricas de que os **R\$ 3.000.000,00** a mais que o inicialmente combinado seriam para um centro de eventos, mas disso não há prova; e, ademais, revela inexistência de preocupação com a equivalência de tal valor com os supostos benefícios ao Banco.

De qualquer sorte, veja-se a diferença de conduta em relação aos R\$ 226.000.000,00 aos Municípios pelas folhas de pagamento dos funcionários, foi realizado minucioso estudo técnico, chegando-se em **simulações de compras** e de **expectativas de adesões** a R\$ 227.590.954,90 (fl. 127).



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

2.3 – DESTINAÇÃO DOS TREZE MILHÕES. Não se sabe onde exatamente foram parar esses R\$ 13.000.000,00, ou como o ISAM em tão pouco tempo, inclusive estando inativo, gastou tanto.

Com a devida vênia, o cheiro é de que esse dito Convênio não passou de artifício ao saque de dinheiro do BANRISUL.

2.4 – LIBERAÇÃO IMEDIATA E À VISTA E TOTAL FRACASSO

DO ISAM. Admitindo-se, em tese, que o Instituto precisava de aporte ao custeio de despesas de estruturação para entrar em atividade, recomendava o dever de cautela mínima, máxime considerando a inexistência de garantia, liberação do valor na medida do cumprimento de um cronograma de metas.

Ademais, o Instituto fracassou, praticamente não funcionou, consoante registro do Ministério Público do Tribunal de Contas, bem sintetizado na seguinte passagem, com base em dados da Agência Nacional de Saúde, "*o índice de desempenho da saúde suplementar' do ISAM está no pior nível (zero a 0,2) na escala que vai de 0 a 1 e que o total de consumidores em outubro/2011 era de apenas 201 usuários*" (fl. 89, grifos apostos).

Com a devida vênia, os indicativos são de que só aconteceu isso porque o BANRISUL é um banco estatal, permeável a **fatores políticos**, como



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

dito na inicial, quer dizer, por interesses pessoais especialmente de Fernando Guerreiro de Lemos, pelo lado do BANRISUL, e Flávio Luiz Lammel, **cumulativamente**, pela FAMURS e pelo ISAM. Seguramente, não aconteceria, como diz a Procuradoria no Parecer, no BRADESCO ou no ITAÚ.

2.5 – PROCESSO DE INSPEÇÃO ESPECIAL NO TCE. Em mais uma etapa do já acima referido Processo de Inspeção Especial nº 0865-02.00/12-3 do TCE contra o BANRISUL (não há prova de que já foi julgado), consta a seguinte passagem na Instrução nº 296, de **5-12-2014**, da Auditoria Externa da Corte de Contas (fls. 1107v.-8 e v.):

As demais inconformidades, também sujeitas à imposição de multa e de responsabilidade de todos os Gestores que administraram a Entidade no período examinado – falta de controle no cumprimento dos termos de ambas as avenças e prestação de contas dos valores empregados nas operações –, devem, da mesma forma, ser mantidos. Isso porque não se justifica a excessiva demora entre a assinatura dos ajustes e o efetivo funcionamento do ISAM, que passou a operar apenas em dezembro de 2010, de modo inexpressivo, pois em outubro de 2011 contava ainda com apenas 201 usuários.

Tampouco é aceitável a omissão dos Gestores quanto à fiscalização do montante de R\$ 13.000.000,00



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

repassado ao ISAM, destinado ao seu efetivo funcionamento, sobretudo se considerado que, na prática, não foi atingido o resultado esperado, pois o Instituto, gestado desde 2007, e tendo passado a operar apenas em 2010, acabou por encerrar suas atividades em fevereiro de 2014, haja vista dificuldades financeiras que culminaram em uma dívida de R\$ 3 milhões.

Por fim, quanto à promoção do MPC, no sentido de imposição de débito ao Sr. Fernando Guerreiro de Lemos, entende-se que deve ser acolhido, **tendo em vista a ocorrência de dano ao erário**, no caso presente (grifos apostos).

É que, embora o contrato firmado com o ISAM seja decorrência do contrato inicialmente firmado com a FAMURS, possui objeto próprio, conforme explicitado na Cláusula Primeira (fls. 9 e 10): (*Omissis*).

Eis o comentário, após a transcrição da Cláusula:

Como se vê, através do contrato firmado com o ISAM, almejava o Banco, em linhas gerais, a aquisição da condição de agente financeiro exclusivo, responsável por toda a movimentação financeira do Instituto e de seus servidores, além da associação da marca Banrisul a toda mídia, eventos, impressos e demais formas de divulgação do Instituto. Já através do contrato firmado anteriormente com a FAMURS, visava o banco à aquisição da condição de agente financeiro responsável centralização das folhas de pagamento, e seus desdobramentos, bem como



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

arrecadação de tributos e taxas de todos os Municípios do Estado.

(*Omissis*).

Logo, independentemente do inquestionável retorno positivo obtido através do primeiro negócio, firmado com a FAMURS, é de ser considerada a independência do segundo contrato, firmado com o ISAM, cujo resultado, como amplamente demonstrado nos autos, foi fortemente negativo, pois o Instituto, além de ter demorado para iniciar suas atividades, sempre operou de modo incipiente, com poucos usuários, tendo encerrado suas operações em fevereiro de 2014, devido a dificuldades financeiras, com uma dívida de R\$ 3 milhões.

Por conseguinte, entende-se que o Gestor, após a firmação do contrato, ter dispensado o montante negociado de forma parcelada e iniciado os pagamentos somente depois que o Instituto estivesse efetivamente apto e funcionamento, com o devido registro na Agência Nacional de Saúde (ANS), o que ocorreu apenas em 20-3-2009.

Desse modo, como bem ponderado pelo MPC, a ausência de regramento formal com critérios claros e objetivos para a definição e concessão do alto valor investido, representou afronta aos princípios norteadores da Administração Pública, constantes no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, além de ter importado claro prejuízo aos cofres públicos.



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

2.6 – NÃO ACIONAMENTO DA CLÁUSULA 5ª. Eis o que dispunha essa Cláusula do Convênio BANRISUL/ISAM (fl. 102): *"Se por ato do INSTITUTO este convênio perder seu objeto ou tornar-se de impossível cumprimento pelo BANCO, salvo em situações de caso fortuito ou força maior, o INSTITUTO deverá restituir ao BANRISUL o valor pago na forma do disposto na cláusula segunda, atualizado pela variação acumulada do Índice Geral de Preços de Mercado – IGP/M, ou no caso de extinção deste, por outro índice que preserve a atualização monetária, acrescido de multa no montante correspondente a 10% do referido valor, tudo isso relativamente ao montante correspondente ao período vincendo do ajuste."*

É estranho que o BANRISUL venha, como instituição prejudicada, defender o tal Convênio; e, diante do manifesto inadimplemento pelo Instituto, não tenha acionado essa Cláusula, buscando a restituição.

Essa inércia também atua no sentido de que esse dito Convênio só existiu por fatores e interesses políticos, quero dizer, apartado de critérios técnicos, por ser banco Estatal, inércia essa que, seguramente, repetindo o que já disse, também não aconteceria no BRADESCO ou no ITAÚ.



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

2.7 – DESCABIMENTO DA COMPENSAÇÃO DO PREJUÍZO.

Consta que o Convênio BANRISUL/FAMURS tendo por objeto as folhas de pagamento dos municipários ensejou ao Banco um retorno que até 2011 já era de **R\$ 441.165.304,51**, portanto, quase R\$ 280.000.000,00 acima do total repassado aos Municípios, projetando-se mais R\$ 174.000.000,00 até completar os cinco anos do contrato.

Vem daí a tese geral dos requeridos de que, na realidade, ambos os convênios fizeram parte de **um pacote**, e que, por isso, deve-se levar em conta a vantagem decorrente do Convênio BANRISUL/FAMURS, apagando-se – por assim dizer – o prejuízo do Convênio BANRISUL/ISAM, e nesse sentido andou a respeitável sentença.

No entanto, essa compensação de prejuízo não se ostenta cabível, pois, como vimos, além da sua autonomia, objeto desse Convênio era outro, outro o retorno ao BANRISUL e os treze milhões sem qualquer relação com aqueles valores repassados aos Municípios. Não é demais repetir o que disse o BANRISUL no Inquérito de que o Convênio com a FAMURS tinha "*relação direta e exclusiva*" com as folhas de pagamento dos servidores dos municípios, "*em*



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

nada se relacionando com o repasse de verbas direta ou indiretamente ao ISAM'
(fl. 98).

VI – DISPOSITIVO. Nesses termos, rejeito as preliminares contrarrecursais (intempestividade da apelação e desentranhamento de peças), rejeito a preliminar de nulidade da sentença arguida pela Procuradoria de Justiça e, no mérito, provejo a apelação, a fim de receber a inicial (Lei 8.429/92, art. 17, § 9º), devendo a ação prosseguir, conforme a *démarche* legal.

DES. JOÃO BARCELOS DE SOUZA JÚNIOR

Estou em acompanhar o voto do Eminente Relator, porém entendo importante fazer algumas considerações, inclusive para o fim de agregar-se decisão mais extensiva quanto ao tema da prescrição.

No que diz respeito à preliminar ofertada pelo Ministério Público, como bem colocado pelo Relator, o fato da sentença ter eventualmente confundido a análise do convênio com o ISAM (Instituto de Assistência à Saúde dos Servidores Municipais) com outro, ou ter entendido que o resultado das ações dos apelados tem de ser visto de forma global e não apenas



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

individualmente, não é causa de nulidade da sentença, mas de sua reforma, pois o entendimento esposado, uma vez fundamentado, sugere respeito ao que foi decidido, ainda que venha ser reformada.

Nessa linha, declarar a nulidade de uma sentença que foi fundamentada para obrigar o julgador a proferir outra com o entendimento de mérito diverso, e que não o seu, ofende ao inarredável princípio da independência no exercício de suas funções, ainda que ele venha concluir pela improcedência como anteriormente.

Quanto à preliminar do apelado Fernando Guerreiro Lemos no que pertine à prerrogativa de função por ser Juiz do Tribunal Militar do Estado do Rio Grande do Sul e, via de consequência, ser a Justiça Estadual incompetente para proceder ao seu processamento e julgamento, como bem apontou o senhor Relator, tal não se aplica às ações de improbidade administrativa.

Como já dito pelo Ministro Humberto Martins em vários julgados junto ao STJ: "É firme a jurisprudência no sentido de que o foro por prerrogativa de função não se estende ao processamento das ações de improbidade administrativa".



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Assim, não se pode confundir a prerrogativa de função que determina a competência nos casos de crimes comuns e, em alguns cargos constitucionalmente previstos os crimes de responsabilidade para autoridades, com a competência para uma ação de cunho civil que prevê a responsabilização por atos de improbidade administrativa.

Nesse aspecto, bom esclarecer que o chamado "crime de responsabilidade", adstrito a alguns cargos constitucionalmente previstos, como o de Presidente da República, nada mais é do que atos de improbidade administrativa, não importando se também enquadráveis como crimes comuns, haja vista a independência das esferas.

E muito pior para quem é 'agente político', pois o STF tem reafirmado o entendimento de que Agentes Políticos estão sujeitos a uma "dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos" (Lei 1.079/50 – Crime de Responsabilidade) e (Lei 8.429/92 – Improbidade Administrativa).

Resumindo, ainda que o apelado Fernando Lemos fosse agente político, e não o é, pois assim somente são considerados os detentores de cargos eletivos e eleitos por mandatos transitórios, estaria sujeito à ação de improbidade administrativa perante a Justiça Competente de Primeiro Grau



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

(Estadual ou Federal de acordo com o ato praticado – de interesse da União ou não), já que a prerrogativa de função diz respeito única e exclusivamente aos crimes, ainda que se esteja falando de crimes de natureza diversa e com origem nas repercussões civis, ou seja, ainda que crimes de responsabilidade.

Logo, uma vez dada como certa a competência da Justiça Estadual, pois não tem prerrogativa de função para tal e, ainda, certo que o dano foi contra o erário Estadual, não há se falar em ilegitimidade do Ministério Público Estadual, por conclusão lógica.

Quanto à alegada prescrição, arguida pelos apelados Fernando Lemos e Flávio Lammel, tenho que a imprescritibilidade das ações de improbidade administrativa no que diz respeito ao dano causado ao erário é matéria praticamente sacramentada, objeto de jurisprudência pacífica dos tribunais superiores. Citem-se, exemplificativamente, os seguintes julgados: STF, 2^a T., RE 608.831 AgR/SP, rel. min. Eros Grau, julg. 8/6/2010, DJ 24/6/2010; STF, RE 574.867/MG, decisão monocrática de 21/5/2010, rel. min. Cármel Lúcia, DJ 8/6/2010; STF, RE 629.241/PB, decisão monocrática de 9/9/2010, rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 9/9/2010; STF, RE 606.224/SE, decisão monocrática de 18/2/2010, rel. min. Carlos Britto, Dje de 18/2/2010; STJ, 2^a T., REsp 991.102/MG,



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

rel. min. Eliana Calmon, julg. 8/9/2009; STJ, 2^a T., RMS 30.510/RJ, rel. min. Eliana Calmon, julg. 10/2/2010; STJ, 2^a T., EDcl no REsp 1.159.147/MG, rel. min. Mauro Campbell Marques, julg. 24/8/2010; STJ, 2^a T., REsp 718.321/SP, rel. min. Mauro Campbell Marques, julg. 10/11/2009; STJ, 1^a T., REsp 909.446/RN, rel. min. Luiz Fux, julg. 22/4/2010; STJ, 2^a T., REsp 894.539/PI, rel. min. Herman Benjamin, julg. 20/8/2009; e STJ, 1^a T., Resp 403.153, rel. min. José Delgado, julg. 9/9/2003.

E não se confunda a situação da improbidade administrativa com dano ao erário com a matéria enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069, onde foi firmada a tese de repercussão no sentido de que "é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil".

Tal tese de repercussão geral não se aplica às improbidades administrativas, bastando ler-se os votos, com as discussões travadas onde ficou mais do que claro que não se tratava dos ilícitos civis com danos ao erário previstos no artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal, ou seja, aqueles praticados com a participação de agentes públicos. Ademais, cabe lembrar, tal tese foi firmada em um processo cuja origem era um ilícito praticado em acidente de trânsito.



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

O STF publicou, em 17 de junho de 2016, o julgamento de embargos de declaração no citado recurso extraordinário nos quais houve explicitação, pelo relator, ministro Teori Zavascki, do conteúdo da expressão ilícito civil: "Nos debates travados durante o julgamento do RE, ficou clara a opção do tribunal de considerar como ilícito civil o de natureza semelhante ao do caso concreto em exame, que tratou de danos decorrentes de acidente de trânsito. O ministro observou que não são considerados, para efeito de aplicação da tese, os ilícitos decorrentes de infração ao direito público, como os de natureza penal e os de improbidade, por exemplo".

E tanto não há mais dúvida de que a tese conclusiva no Recurso Extraordinário nº 669.069 não se aplica à improbidade administrativa, que hoje existe em tramitação no STF o Tema 897 - Prescritibilidade da pretensão de resarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa, ainda marcado como de Relatoria do falecido Ministro Teori Zavascki, tendo como último movimento processual os autos conclusos em 20/01/2017, sendo majoritária a expectativa de que se confirme a jurisprudência consolidada no STJ – por ser comum tal entendimento no STJ é que se afirma a referida tendência de entendimento -.



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Dessa forma, conluso que o ressarcimento do dano ao erário, por si, justifica o seguimento da ação de improbidade administrativa, mesmo que viesse a se concluir pela prescritibilidade da aplicação das demais penalidades, ressalvada a eventual mudança de entendimento a ser imposta pelo STF com o futuro julgamento do Tema 897.

No mérito também concordo com o eminentíssimo e culto Relator. Não se trata nesse momento processual, em verdade pré-processual, de se fazer juízo de mérito condenatório ou absolutório, já que este se faz com acurado exame de provas, valorando-as, pesando-as para se chegar à conclusão final. Isso se faz quando as provas propostas já foram produzidas ou convalidadas em juízo, dentro do processo. Neste momento processual o que se tem em valorar é sob a ótica do *in dubio pro societate*, pois as provas trazidas pelo órgão acusador devem ser vistas apenas como indícios e, como tais, não podem ser valoradas de forma definitiva, tanto porque unilaterais como porque sem ter sido observado o direito de ampla defesa processual. Logo, indícios suficientes bastam para que a sociedade tenha o direito de julgar aqueles atos que desconfia, fundamentadamente, serem ímpertos.



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

E é o que ocorre nos presentes autos, há motivos mais do que justos de desconfiar, de concluir que existem indícios de atos administrativos ilícitos, não só pelo vultoso prejuízo, mas pela forma como este se deu: com o repasse de valores a uma instituição que sequer estava legalmente autorizada a funcionar.

Se o BANRISUL obteve grande sucesso econômico com um convênio firmado com a FAMURS, esse é de ser reconhecido pela sociedade como benéfico a ela, mas não serve de crédito para produzir efeitos danosos em outro convênio desprovido de legalidade, que é o que parece.

Nesse sentido, andou mal a decisão de Primeiro Grau, pois praticou verdadeira equação matemática para afastar aquilo que o Ministério Público está alegando, ou seja, que um dos convênios, o praticado com a ISAM, foi funesto e desprovido de legalidade e transparência, jogando pela janela dinheiro público.

Assim, foram repassados pelo BANRISUL a soma de consideráveis R\$ 13.000.000,00 para o Instituto de Assistência à Saúde dos Servidores Municipais (ISAM), mas sem ser observado a questão básica de que este sequer tinha autorização de funcionamento perante a Agência Nacional de Saúde (ANS).



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Não bastasse a forma como se deu o repasse, sem observar requisito legal, sérias dúvidas exsurgem a partir daí, pois dentro desse contexto de ilegalidade muito bem explicado tem de ficar o destino dos R\$ 13.000,00 iniciais e como se deu o prejuízo de cerca de R\$ 3.000.000,00.

Isso tudo não é pouco e a sociedade tem o direito de ver esclarecido.

Em breve contextualização, tais detalhes são indícios mais do que suficientes para o recebimento da inicial e processamento até julgamento final.

Assim, acompanho integralmente o Relator, mas quanto à prescrição tenho que deva ser estendida a decisão no que pertine ao reconhecimento da imprescritibilidade do resarcimento ao erário, ressalvado eventual julgamento em sentido contrário do Tema 897 do STF.

É o voto senhor Presidente.

DES. NEWTON LUÍS MEDEIROS FABRÍCIO - De acordo com o(a) Relator(a).



IM

Nº 70068031848 (Nº CNJ: 0013378-57.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

DES. IRINEU MARIANI - Presidente - Apelação Cível nº 70068031848, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES CONTRARRECURSAIS E A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA E, NO MÉRITO, PROVERAM A APELAÇÃO."

Julgador(a) de 1º Grau: ROBERTO JOSE LUDWIG