



COMARCA DE ALVORADA
2ª VARA CÍVEL

Rua Contabilista Vitor Brum, s/n, Parada 48

Processo nº: 003/1.06.0005652-6 (CNJ:.0056521-87.2006.8.21.0003)

Natureza: Ação Civil Pública

Autor: O Ministério Público
Município de Alvorada

Réu: Stela Beatriz Faria Lopes
Andrew Carvalho Pinto
Dilval dos Santos da Rosa

Juiz Prolator: Juiz de Direito - Dr. Roberto Coutinho Borba

Data: 29/08/2012

Vistos etc.

RH, em regime de substituição.

O MINISTÉRIO PÚBLICO ajuizou Ação Civil Pública por Atos de Improbidade Administrativa, com pedido liminar em desfavor de **STELA BEATRIZ FARIAS LOPES, ANDREW CARVALHO PINTO e DILVAL DOS SANTOS DA ROSA**, todos devidamente qualificados nos autos do processo. Para tanto, a Agente Ministerial aduziu que os demandados **STELA**, na condição de Prefeita Municipal de Alvorada, **ANDREW** na qualidade de Secretário



Municipal de Administração, membro do Conselho de Administração do FUNSEMA e indicado pela Prefeita Municipal como representante do Poder Executivo para administração do Fundo e DILVAL, então Presidente do FUNSEMA, teriam perpetrado atos de improbidade administrativa visto que, em 30/06/2004, aplicaram recursos do Fundo de Previdência dos Servidores Municipais de Alvorada - FUNSEMA, no valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), no Banco Santos S/A, instituição privada, não-oficial, sediada no Estado de São Paulo o qual, em novembro de mesmo ano, sofreu intervenção financeira, decretada pelo Banco Central do Brasil, com retenção do capital aplicado, assim como dos rendimentos auferidos. Esclareceu que investigação teve início com a representação apresentada junto a Promotoria de Justiça Especializada pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Alvorada, solicitando a abertura de investigação acerca desses fatos. Posteriormente, foi noticiado pelo Conselheiro do FUNSEMA, o investimento de R\$ 3.041.298,85, proveniente das verbas previdenciárias do FUNSEMA. Instaurado o inquérito civil, foi elaborado parecer contábil por contador do Centro de Apoio Cível e de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público. Foi realizada auditoria pelo Tribunal de Contas do Estado, cujo relatório concluiu que os *“procedimento adotados pela Auditada não se revelaram prudentes, colocando em risco parte dos recursos destinados ao fundo de previdência dos servidores municipais (...)”*. Afirmou, ainda, que tal agir afrontou a legislação vigente, uma vez que, segundo o disposto no art. 164, §3º da Constituição Federal, as



disponibilidades de caixa dos entes públicos devem ser depositadas em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei. Ressaltou ainda, que o Tribunal de Contas do Estado já havia se posicionado sobre a questão da aplicação dos valores públicos em banco não-oficial. Ponderou que o FUNSEMA foi instituído pela Lei Municipal nº 1.189/2001, a qual determina que compete ao Conselho de Administração a apreciação das aplicação dos recursos financeiros dos recursos do FUNSEMA, o qual não ocorreu no presente caso. Destacou, ademais, que o Relatório Fiscal do Regime Próprio de Previdência Social da Prefeitura Municipal de Alvorada apontou a ocorrência das ilegalidades mencionadas na aplicação dos recursos do FUNSEMA pelos demandados. Após a decretação da falência do banco Santos S/A, segundo informado pelo atual Presidente do Conselho de Administração do FUNSEMA, foram efetuados dois repasses ao FUNDO, sendo um no valor de R\$ 96.122,37 (em 06/09/2005) e outro de R\$ 140.757,84 (em 21/12/2005), perfazendo o total de R\$ 236.880,21, sendo que o restante permanece como prejuízo para o Fundo previdenciário municipal. A Agente Ministerial teceu considerações a respeito da violação aos princípios da administração pública: princípio da legalidade e princípio da eficiência, uma vez que os demandados tomaram decisões relativas à aplicação do dinheiro público, deixando de observar a norma constitucional e à lei municipal que regulamento a gestão do fundo. Sustentou ter havido causação de dano ao patrimônio público e da configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, inciso VI, da Lei nº



8.429/92, postulando a responsabilização dos demandados na forma do art. 12, inciso II, da Lei de Improbidade. Formulou pedido liminar no sentido de decretar a indisponibilidade de bens dos demandados até o limite de R\$ 3.000.000,00 visando que estes fiquem proibidos de dispor destes bens e valores. Ao final, requereu a procedência do pedido, a fim de declarar os atos imputados perpetrados pelos demandados, na forma tipificada pelos art. 10. inciso VI , art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92, bem como aplicar as sanções do art. 12, inciso II e II, da mesma Lei. Juntou documentos.

Indeferido pedido liminar, visto não estarem presente os requisitos legais necessários à indisponibilidade dos bens e valores dos demandados, sendo que restou determinada a notificação dos requeridos para a apresentação de defesa preliminar (fls. 353/354v)

O Ministério Público interpôs agravo de instrumento (fl. 355/375).

Provido o Agravo de Instrumento, com determinação de indisponibilidade de bens dos demandados (fl. 448/451).

Em cumprimento a decisão proferida pelo TJRS, foi realizado bloqueio no Sistema BACENJUD, bem como restou determinada a expedição de ofício ao CNJ, a fim de ser cumprida a



ordem de indisponibilidade dos bens dos requeridos e ao DETRAN, para que lançasse restrição judicial nos cadastros de veículos registrados em nome dos demandados (fl. 452).

O demandado Andrew, manifestou-se postulando a liberação dos valores bloqueados, sob alegação de tratar-se de verba de natureza salarial (fls.457/458).

Logo, restou liberado o valor bloqueado o valor (fl. 464).

Aportou aos autos manifestação do requerido Dilval, alegando que os valores bloqueados referem-se a conta poupança com valores decorrentes de seu salário (fls. 472/474).

Em face das alegações, restaram desbloqueados dos valores (fl. 489).

Após notificado, o réu Dilval, apresentou defesa preliminar, alegando preliminarmente ilegitimidade ativa do Ministério Público para propor ação de Improbidade Administrativa, bem como ilegitimidade passiva dos réus. Arguiu, ainda, preliminar de “prejudicial civil” e postulou a suspensão do processo, em face da reclamação no STF nº 2.138-6 e Inquérito nº 2010-QO-SP. No mérito, discorreu sobre o histórico da cidade e dos Bancos gaúchos. Afirmou ainda que o ato praticado obedeceu aos ditames legais.



Postulou pelo não recebimento da inicial. Juntou documentos (fls. 513/816).

Os demandados Stela e Andrew, também apresentaram defesa prévia, alegando preliminarmente carência da ação, visto não estarem presentes os elementos essenciais para propositura da ação, qual seja, a indicação do ato ímprobo praticado por cada uma das partes. Afirmaram não haver qualquer vedação quanto à aplicação de recursos financeiros em instituições não-oficiais. Impugnaram os argumentos transcritos no relatório de Auditoria do Tribunal de Contas do Estado, uma vez que os argumentos foram rejeitados quando do julgamento do exercício em questão perante a Corte de Contas. Outrossim, afirmaram que o Município de Alvorada já havia efetuado operações financeiras com o Banco no ano de 1994. Diante disso requereram a rejeição da ação proposta. Juntaram documentos (fls. 817/949).

Após manifestação do Ministério Público (fls. 950/951), restou afastado pedido de suspensão do feito com base na Reclamação nº 2138 do STF. Da mesma forma restou afastada a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da ação, bem como restou reconhecida a legitimidade passiva dos requeridos para responderem a ação. Logo, restou recebida a inicial, determinando-se a citação dos réus, na forma do art. 17, §9º, da Lei 8.429/92 (fls. 952/953).



Citado, o réu Dilval, apresentou contestação. Preliminarmente postulou o chamamento ao processo do Banco Santos, como litisconsorte passivo. Requereu ainda o chamamento do Sr. Rafael Lima Silva, na época do fatos Secretário Municipal da Fazenda do Município de Alvorada, supostamente quem pagou e gestionou a aplicação junto ao Banco Santos, do Sr. Octacilio Mendes Corrêa, na época Diretor dos Assuntos Jurídicos do Sindicato dos Servidores de Município de Alvorada, do Sr. Arnaldo Costa da Silva, líder da classe dos municipais, indicado para integrar o Conselho do FUNSEMA, todos na condição de litisconsorte passivo obrigatório. Reiterou as preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público e ilegitimidade passiva dos réus. Postulou a suspensão do processo, em face da reclamação no STF nº 2.138-6 e Inquérito nº 2010-QO-SP. No mérito, afirmou serem lícitos os atos praticados. Teceu consideração acerca do surgimento dos banco no Estado. Por fim, requereu o acolhimento das preliminares suscitadas e posterior improcedência do pedido. Juntou documentos (fls. 967/1544).

Os réus Stela e Andrew também contestaram a demanda, alegando preliminarmente ilegitimidade passiva da Prefeita Stela, visto que não partiu dela a prática do ato indicado na inicial. Alegaram, ainda, inépcia da petição inicial, uma vez que não há descrição dos fatos que sustentam a acusação de improbidade. No mérito, levantaram a tese de ausência de justa causa para ação civil pública, pois a inicial não descreve conduta ímproba a ensejar



incidência da Lei 8429/92. Afirmaram terem agido em conformidade com a lei e demais princípios que norteiam a administração pública. Diante disso, requereram o acolhimento das preliminares levantadas, ou caso rejeitadas, seja julgado improcedente o pedido. Juntaram documentos (fls. 1545/1556).

Houve réplica, oportunidade em que o Ministério Público concordou com a inclusão do Banco Santos no pólo passivo (fls. 1558/1562).

Sobreveio pedido da ré Stela, para liberação do veículo restrito (fls. 1563/1567), tendo o Ministério Público manifestado-se contrariamente ao pedido, sendo o pedido deferido após assinatura termo de compromisso (fl. 1582).

Passou-se a análise da preliminares suscitadas pelas partes: primeiramente restaram rejeitadas as alegações prejudiciais decorrentes da reclamação que tramita perante ao STF, a qual já restou apreciada anteriormente. Outrossim, restou afastada a alegação de inépcia da inicial, na medida em que os atos praticados pelos demandados estão bem descritos na exordial. Rejeitou-se também a preliminar de ilegitimidade ativa, já apreciada anteriormente. Oportunamente, reconheceu-se a legitimidade passivas dos demandados, visto terem concorrido para a prática dos atos ora imputados. Ademais, restou rejeitada a pretensão de chamamento ao processo contra o Banco Santos,



inicialmente porque não se enquadra nas hipóteses do art. 77 do CPC. Ademais porque se trata de ação que visa avaliar atos de improbidade administrativa de gestores e agentes públicos. Além disso poderão os prejudicados buscarem os valores junto àquele instituição financeira no foro adequado. Da mesma forma, forma foram afastados os pedidos de formação de litisconsórcio. Enfim, restaram afastadas todas as preliminares suscitadas pelos réus (fls. 1593/1594).

Os requeridos interpuseram agravo retido (fls. 1597/1599 e fls. 1609/1611), tendo o Ministério Público apresentado resposta (fls. 1617/1634), sendo mantida a decisão (fl. 1635).

Manifestaram-se as partes quanto as provas (fls. 1612 e 1615/1616).

Sobreveio decisão indeferindo o pedido de prova pericial postulado pelo Ministério Público, sendo designada audiência de instrução (fl. 1635).

O demandado Dilval interpôs agravo retido (fls. 1637/1652), o qual foi recebido, sendo determinada a apresentação de razões em audiência (fl. 1653).

Realizou-se audiência de instrução, não tendo



comparecido o réu Dilval, face sua impossibilidade, o que restou constatado através de diligência. Restou admitido o Município de Alvorada como litisconsorte ativo nos termos do art. 17, §3º, da Lei 8.429/92 oportunidade em que foram ouvidos os réus, Stela e Andrew, bem como inquiridas 6 (seis) testemunhas (fls.1680/1689).

Foram juntados documentos pelo Município de Alvorada, consistentes em depoimentos colhidos pela Comissão Parlamentar de Inquérito (fls. 1805/1818).

Realizada nova solenidade, oportunidade em que foi ouvido o réu Dilval (fls. 1830/1831).

A ré Stela manifestou-se pelo desentranhamento dos documentos apresentados pelo Município de Alvorada (fls. 1832/1834), o que restou indeferido (fl. 1836).

Irresignada interpôs agravo retido (fls. 1840/1841), o qual restou recebido (fl. 1844), sendo apresentadas contrarrazões pelo Ministério Público (fls. 1845/1848) e pelo Município de Alvorada (fls. 1850/1852).

Declarada encerrada a instrução (fl. 1897).

Sobreveio pedido da ré Stela, para liberação do



veículo restrito (fls. 1901/1903), sendo o pedido indeferido (fl. 1921), após manifestação do Ministério Público (fls. 1919/1920).

Irresignada, interpôs agravo de instrumento (fls. 1932/1943).

As partes apresentaram memoriais (fls. 1910/1917, 1986/1981 e 1992/2017).

O julgamento do feito foi convertido em diligência, com a requisição de documentos ao Tribunal de Contas do Estado.

As partes tiveram ciência dos documentos carreados aos autos.

Autos novamente conclusos para a prolação de sentença.

É O BREVE RELATO.



DECIDO.

I – PRELIMINARES PROCESSUAIS:

Em isagoge, impende prefacial exame das matérias de cunho processual suscitadas pelas partes.

1. Inépcia da Inicial:

Não merece guarida o pedido de reconhecimento da inépcia da peça portal.

Ocorre que, a inicial narrou os fundamentos de fato (causa de pedir próxima) e de direito (causa de pedir remota), bem como a necessidade de propositura da ação civil pública em exame (causa de pedir necessária).

Assinalo que a Agente Ministerial descreveu de forma minuciosa a conduta de cada um dos demandados, permitindo que os mesmos produzissem adequadamente as respectivas defesas.

Da mesma forma, com a exordial aportaram aos



autos documento suficientes ao exame do pedido, sendo de rigor o afastamento da eiva suscitada.

2. Ilegitimidade Ativa:

Outrossim, não há falar em ilegitimidade do Ministério Público para aforamento de demandas congêneres.

A atuação do Agente Ministerial em ações civis públicas para apuração de atos de improbidade administrativa encontra-se positivada nos artigos 17 e 22, da Lei nº 8.429/92.

3. Impossibilidade Jurídica do Pedido:

Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a viabilidade de obtenção, no ordenamento normativo vigente, do pedido vertido pelo autor.

Neste sentido, o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal atribui ao Ministério Público a incumbência de promoção de inquérito civil e ação civil pública, no afã de proteger o



patrimônio público e social, dentre outros direitos difusos e coletivos.

Para tanto, o legislador munuiu o Ministério Público de normas de direito substancial (v.g. Lei 8429/92) e adjetivo (v.g. Lei 7.437/85) para que se viabilizasse o cumprimento do seu mister.

Portanto, resulta evidente a possibilidade jurídica do pedido de declaração de ato de improbidade administrativa, mediante propositura de ação civil pública, não prosperando a arguição de carência de ação.

4. Aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos Prefeitos:

Outrossim, cumpre salientar que perfilho do entendimento de que os ex-prefeitos podem ser responsabilizados por improbidade administrativa com previsão na Lei nº 8.429/92.

No âmbito do direito positivo, cumpre observar o que preceituam os artigos 1º, 2º 3º e 6º da Lei de Improbidade Administrativa, no que pertine à extensão de aplicação dos seus ditames:



“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 cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.



Art. 2º - Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

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. (...)

Art. 6º - No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio. (...)

Sobre a temática, cumpre atentar à lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹, os quais advogam que a

¹In, "Improbidade Administrativa", 4ª edição, pp. 638-639.



responsabilização buscada pelo legislador foi a mais ampla possível. Logo, a incidência das sanções estender-se-ia a todos aqueles que tenham, de alguma forma, perpetrado ou concorrido à concretização da prática ímproba:

“Assim estão sujeitos à incidência reparatório-sancionatória da Lei nº. 8.429/92 todos os agentes públicos que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, emprego ou função (art. 2º), tenham violado o patrimônio público. Também, aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos (terceiros, na dicção do art. 5º) tenham induzido ou concorrido para a prática do ato de improbidade, ou dela tenham auferido qualquer benefício, direto ou indireto (art. 3º). (...) (grifo meu)

(...) A pluralidade de agentes e/ou terceiros que tenham de alguma forma concorrido ou se beneficiado da improbidade leva à ocorrência de litisconsórcio necessário no pólo passivo, na formado art. 47 do CPC, com a possibilidade, inclusive, de aplicação do



art. 7º, III, da Lei nº. 4.717/65 em razão do regime integrado de mútua complementaridade que deve vigorar no campo das ações coletivas. (...)

(...) Por primeiro, a necessidade do litisconsórcio, aqui, decorre da indisponibilidade dos interesses em jogo, não se podendo tolerar o não-chamamento judicial de quem tenha causado lesão ao patrimônio público. Mais especificadamente, a necessidade decorrerá da própria Lei nº. 8.429/82 (litisconsórcio necessário por força da lei) cujos artigos 3º e 6º, da mesma forma que se dá no âmbito da ação popular (art. 6º), conferem uma significativa amplitude conceitual aos sujeitos ativos do ato de improbidade, visando a possibilitar a cabal reparação do dano”. (...)

Apesar do entendimento supra, persiste ensejando controvérsia a aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos atos de improbidade eventualmente cometidos por Prefeito.

Nessa senda, não se desconhece o teor do



juízo da Reclamação nº 2.138-6, pela Suprema Corte, usualmente invocado por prefeitos demandados em ações congêneres como óbice à continuidade da contenda.

Contudo, o entendimento prevalente é no sentido de que tal julgamento não infundiu efeitos “erga omnes”, senão “inter partes”.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Tribunal de Justiça do Estado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. REEXAME NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE INAPLICABILIDADE DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. (...). 2. Preliminar de inaplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos. 2.1 - Os agentes políticos estão sob a égide da Lei 8.429/92. A expressão agente público, constante do art. 37, § 4º, da CF, é gênero do qual são espécie os agentes políticos. Ademais, o art. 1º da Lei 8.429/92 refere agente público de qualquer dos Poderes, isto é, abrange os próprios integrantes. 2.2 - A



decisão do STF na Reclamação nº 2138-6 versou tão-só a respeito da competência para suspender direitos políticos de Ministro de Estado, isso tendo em conta o disposto no art. 102, I, "c", da CF. Não tem, pois, repercussão alguma que não relativamente a processos em que figurem Ministros de Estado e as demais pessoas enumeradas no dispositivo Constitucional. Relativamente a tais, se, no âmbito das infrações penais e dos crimes de responsabilidade, a competência para tanto é privativa do STF, por lógica também o é à suspensão dos direitos políticos prevista na Lei de Improbidade Administrativa. Por isso mesmo é dito que eles não se submetem ao modelo de competência da Lei 8.429/92. (...) (Apelação Cível Nº 70037364650, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 06/04/2011) – grifei.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADOR. JUÍZO COMPETENTE. INCIDÊNCIA DA LEI 8429/92 AFIRMADA. JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO N. 2138/2002 PELO STF. EFEITO



INTER PARTES. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. A Lei 8.429/92, em seu art. 2º, reputa agente público aquele que exerce função pública decorrente do exercício de mandato político, não possuindo o julgamento da Reclamação nº 2.138/2002, pelo STF, o efeito erga omnes pretendido pelo recorrente. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. UNÂNIME (Agravo de Instrumento Nº 70029921806, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, Julgado em 01/07/2009) – grifei.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO E VICE-PREFEITO. MUNICÍPIO DE CHIAPETTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. APLICABILIDADE DA LEI DA IMPROBIDADE. Legitimidade passiva: A legitimidade passiva dos agentes públicos para as ações de improbidade administrativa deve ser vislumbrada em tese. Possibilidade, em tese, de concorrência do Prefeito e do Vice-Prefeito com os atos inquinados de ilegais praticados por procurador do Município de Chiapetta. Necessidade de plena dilação



probatória para verificação, no mérito, da procedência dos pedidos contra eles formulados na inicial. Aplicabilidade da Lei de Improbidade a agentes políticos: **Precedente do STF, consignado na Reclamação n. 2138 do STF, afastando a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa em relação aos agentes políticos, que não possui eficácia vinculativa.** Composição atual do STF a indicar a possibilidade de alteração de posicionamento. Independência das esferas a afastar a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. Vedação apenas de aplicação da pena da perda do cargo, reservada para a hipótese de sentença condenatória em crime de responsabilidade do agente político por ser a única pena prevista por crime de responsabilidade, que exige foro privilegiado. Tendência jurisprudencial do STF em sua atual composição. Precedentes deste Tribunal. **DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.** (Agravo de Instrumento Nº 70028843274, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 28/05/2009) – grifei.



Da mesma forma, o entendimento sufragado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREFEITO. DL Nº 201/1997. LEI Nº 8.429/1992. 1. Ação civil pública ajuizada contra ex-prefeito pela falta de prestação de contas no prazo legal referente a recursos repassados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social. Nesse panorama, constata-se não haver qualquer antinomia entre o DL nº 201/1967 (crimes de responsabilidade), que conduz o prefeito ou vereador a um julgamento político, e a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), que os submete a julgamento pela via judicial pela prática dos mesmos fatos. 2. Note-se não se desconhecer que o STF, ao julgar reclamação, afastou a aplicação da LIA a ministro de Estado, julgamento de efeito entre as partes. Mas lá também ficou claro que apenas as poucas autoridades com foro de prerrogativa elencadas na Carta Magna (arts. 52, I e II; 96, III; 102, I, c; 105, I, a, e 108, I, a, todos da CF/1988), não estão sujeitas a



juízo também na Justiça cível comum pela prática da improbidade administrativa. 3.

Assim, o julgamento, por esses atos de improbidade, das autoridades excluídas da hipótese acima descrita, tal qual o Prefeito, continua sujeito ao juiz cível de primeira instância. Desinflante, dessarte, a condenação do ex-Prefeito na esfera penal, pois, conforme precedente deste Superior Tribunal, isso não lhe assegura o direito de não responder pelos mesmos fatos na esfera civil e administrativa. 4. Por último, vê-se da leitura de precedentes que a falta da notificação constante do art. 17, § 7º, da LIA, não invalida os atos processuais posteriores, a menos que ocorra efetivo prejuízo. No caso, houve citação pessoal do réu, que não apresentou contestação, e entendeu o juiz ser prescindível a referida notificação. Portanto, sua falta não impediu o desenvolvimento regular do processo, pois houve oportunidade de o réu apresentar defesa, a qual não foi aproveitada. 5. Precedentes citados do STF: Rcl 2138-DF, DJe 18-4-08; Rcl 4767-CE, DJ 14-11-06; HC 70671-PI; do STJ: EDcl no REsp. 456649-MG, DJ 20-11-06; REsp. 944555-SC, DJe 20-4-09;



REsp. 680677-RS, DJ 2-2-07; REsp. 619946-RS, DJ 2-8-07, e REsp. 799339-RS, DJ 18-9-06. Afasta-se a preliminar. - REsp. 1034511-CE, Relatora a Min^a Eliana Calmon, julgado em 1^o-9-2009) – grifei.

Logo, translúcida a viabilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos atos imputados à demandada STELA BEATRIZ FARIAS LOPES, quando no exercício do cargo de Prefeita de Alvorada-RS.

Superada as matérias de cunho processual, passo ao enfrentamento do mérito.

II – MÉRITO:

1. Da delimitação da controvérsia:



Consoante se deduz do relatório supra, o Ministério Público colima a responsabilização dos demandados STELA BEATRIZ FARIAS LOPES, na condição de Prefeita de Alvorada, ANDREW CARVALHO PINTO, na condição de Secretário Municipal de Administração e membro do Conselho de Administração do Fundo de Previdência dos Servidores Municipais de Alvorada - FUNSEMA (sendo que foi indicado pela Prefeita de Alvorada para o exercício deste cargo, como representante do Poder Executivo para a gestão do fundo) e DILVAL SILVA DA ROSA, Presidente do FUNSEMA, por ato de improbidade administrativa que teria sido perpetrado em 30 de junho de 2004.

Sustenta a parte demandante que os demandados agiram em desconformidade à legislação vigente na gestão dos recursos de titularidade do FUNSEMA, notadamente por procederem depósitos em instituições financeiras não-oficiais. Em especial, afirma que houve a aplicação de R\$ 3.041.298,85 de verbas previdenciárias do FUNSEMA junto ao Banco de Santos S.A. em 30 de junho de 2004, o qual se tratava de entidade privada, não-oficial, e que acabou sofrendo intervenção pelo Banco Central do Brasil em novembro de 2004.

Ademais, refere que a aplicação destes valores no Banco de Santos S.A. foi decidida apenas pelos demandados, no exercício dos cargos que exerciam à época, sem a prévia



submissão da temática ao Conselho de Administração do Fundo, o que seria exigível, na forma do art. 12, VI, da Lei Municipal nº 1.189/2001.

Em tempo, registra que, após a intervenção do BACEN em face do Banco de Santos S.A., o FUNSEMA, do total de R\$ 3.041.298,85 investidos, obteve o ressarcimento de apenas R\$ 236.880,21.

Assim, nos moldes das auditorias procedidas pelo Tribunal de Contas do Estado, apontou as irregularidades perpetradas pelos réus, os quais teriam incorrido em atos de improbidade administrativa por violação aos princípios da legalidade e da eficiência, na forma do art. 11, da Lei nº 8.429/92. Da mesma forma, tal agir importaria em ato ímprobo por causação de dano ao patrimônio público, a teor do art. 10, VI, do mesmo diploma legal.

De outro turno, instaurado o contraditório, noto que os demandados não refutam os atos que se lhes imputam, ou seja, confirmam que procederam investimentos perante o Banco de Santos S.A., como relatado na exordial. Porém, assinalam que tal agir consubstanciou mero ato de gestão, dentro da discricionariedade que dispunham, com o propósito de melhor resultados obter para o fundo previdenciário.



Aliás, por ocasião dos seus depoimentos pessoais (fls. 1680/1689 e 1830/1831), os demandados reconheceram expressamente que procederam como narrado na inicial, o que será analisado pormenorizadamente alhures.

Portanto, como bem analisado no bem lançado despacho saneador da lavra do MM. Juiz de Direito Juliano da Costa Stumpf (fl. 1.595v):

“(...) não é questão controvertida a efetiva aplicação financeira dos recursos no Banco Santos, instituição não-oficial. A legalidade do procedimento, diante disso, controvérsia que envolve questão apenas de direito, dispensando portanto a produção de outras provas.

A controvérsia em relação às questões de fato envolvem, então, a conduta e responsabilidade de cada um dos réus, a forma como a decisão dos investimentos dos recursos foi tomada e o conhecimento de que os responsáveis tinham em relação à verdadeira situação do Banco Santos e à segurança da aplicação”.



Então, a solução da lide, acolhendo a precisa delimitação da controvérsia promovida pelo nobre colega, perpassa pelo exame (i) da legalidade da aplicação de recursos do FUNSEMA em instituição financeira privada – não-oficial –, assim como (ii) as circunstâncias que motivaram os demandados a adotarem tal procedimento, considerada a sistemática de funcionamento, controle e fiscalização do fundo.

À luz desta perspectiva, após minucioso exame do caderno processual, convencido estou de que o pedido é digno de parcial procedência, pois os demandados incorrem em atos de improbidade administrativo, na forma do art. 11, da Lei 8.429/92, pelas razões que passo a explicitar.

2. Reconhecimento do ato de improbidade administrativa, na forma do art. 11, “caput”, da Lei 8.429/92:



Em isagoge, cumpre atentar ao que dispõe o artigo 164, par. 3º, da Constituição Federal:

“(...) § 3º - As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei. (...)”

Vê-se, pois, que é dever dos Municípios proceder os depósitos de recursos de natureza pública em instituições oficiais, salvo hipóteses legalmente ressalvadas.

Regulamentando a temática, adveio a Medida Provisória nº 2.139-62, de 29 de janeiro de 2001, a qual, em seu art. 4º, par. 1º, estabeleceu que as disponibilidades de caixa poderiam ser depositadas em instituições financeiras submetidas ao processo de privatização ou na instituição financeira adquirente do seu controle acionário, até o final do exercício de 2010.

A esse respeito, após consulta do Instituto de



Previdência dos Servidores Públicos do Município de Santa Rosa – processo nº 9214-02.00/02-0, em sessão plenária ocorrida em 06 de agosto de 2003, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado sufragou o entendimento da impossibilidade de aplicação de recursos dos fundos previdenciários em instituições financeiras não-oficiais.

Dada a pertinência ao exame da matéria vertida na exordial, colaciono o excerto do voto da E. Conselheira Rosane Heineck Schimitt, *in verbis* (fl. 256):

“(…)

Destarte, entendo inaplicável ao caso a possibilidade de aplicação das disponibilidades de caixa referentes aos recursos dos fundos com finalidade previdenciária em fundos de investimento financeiro em instituição não-oficial, como preconizado pela Resolução nº 2.652 do Conselho Monetário Nacional, porque o disposto no inciso VI, do art. 6º, da Lei 9.717/98, que a fundamentaria para o particular aspecto aqui destacado, desborda da autorização constitucional, remetendo o regramento da matéria, sem limites, a regulamento e transformando-o, irregularmente, em fonte normativa primária, situação que se vem tornando frequente em



nosso ordenamento jurídico, desvirtuando o comando traçado pelo legislador constitucional (...)

Por todo o exposto, concluo permanecer a questão - para a situação específica apontada - regulada pelo par. 3º, do art. 164, da Constituição Federal, que autoriza a aplicação das disponibilidades de caixa dos entes públicos, em instituições financeiras oficiais, assim consideradas, como apontado pela Consultoria técnica, a fls., aquelas cujo controle acionário pertencesse ao Poder Público de qualquer esfera de governo e, a partir da edição da Medida Provisória, que tem força de lei - nº 2.139-62, de 29 de janeiro de 2001, até 31 de dezembro de 2010, em conformidade com o previsto no par. 1º, do art. 4º, também em instituição financeira submetida a processo de privatização ou na instituição financeira adquirente de seu controle acionário” - grifei.

Como bem observado pelo ilustrado voto da auditora mencionada, não há como extrair do disposto no art. 6º, inc. IV, da Lei 9.717/98, substrato legal para o procedimento de investir verbas de fundos previdenciários em instituição financeira



não-oficial.

Reza o art. 6º, IV, da Lei 9.717/98:

“(…)

Art. 6º Fica facultada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a constituição de fundos integrados de bens, direitos e ativos, com finalidade previdenciária, desde que observados os critérios de que trata o artigo 1º e, adicionalmente, os seguintes preceitos:

(…)

IV - aplicação de recursos, conforme estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional; (…)”

Do exame do transcrito preceptivo, tem-se que o legislador infraconstitucional concedeu ao Conselho Monetário Nacional a regulamentação da matéria.

Em suma, tal dispositivo legal remeteu a órgão público o mister normativo que o constituinte originário disse ser exclusivo do legislador.



Destarte, como bem estabelecido na decisão prolatada pelo Colendo Tribunal de Contas do Estado, não há como vislumbrar a possibilidade no ordenamento jurídico vigente da aplicação de verbas derivadas de fundos previdenciários de servidores públicos em instituição financeira não-oficial.

Ademais, em relatório procedido especificamente em relação à aplicação de valores do fundo previdenciário FUNSEMA em instituição financeira privada, manifestou-se o Tribunal de Contas do Estado às fls. 272/283, apontando a existência de irregularidade.

Nesse diapasão, colaciono o excerto pertinente ao exame ora realizado:

“(…)

Em 30-06-2004 foi efetuada a aplicação de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) no Santos Credit Yeld Fundo de Investimento Financeiro, sob administração e gestão do Banco Santos S.A. Os recurso pertencem ao Fundo de Previdência dos Servidores Municipais de Alvorada – FUNSEMA (fls. 174/177).

Em conformidade com o disposto no



par. 3º, art. 164, da Constituição Federal, as disponibilidades de caixa dos entes públicos devem ser depositadas em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei. A partir da edição da Medida Provisória nº 2.139-62, de 29-01-2001, conforme par. 1º, do art. 4º, tais disponibilidades de caixa também podem ser depositadas em instituição financeira submetida a processo de privatização ou na instituição financeira adquirente do seu controle acionário até o final do exercício de 2010.

Sendo assim, o deslinde da matéria centra-se, basicamente, no seguinte questionamento: 'o ente público destinado a gerir fundos com finalidade previdenciária poderá abrir, movimentar conta bancária e aplicar recursos financeiros em bancos privados sem estar infringindo norma constitucional?'

Ressalta-se que a questão foi enfrentada no âmbito desta Corte de Contas, através da consulta do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Santa Rosa, processo nº 9214-02.00/02-0,



oportunidade em que foi proferida a seguinte decisão (...):

Por todo o exposto, concluo permanecer a questão – para a situação específica apontada – regulada pelo par. 3º, do art. 164, da Constituição Federal, que autoriza a aplicação das disponibilidades de caixa dos entes públicos, em instituições financeiras oficiais, assim consideradas, como apontado pela Consultoria técnica, a fls., aquelas cujo controle acionário pertencesse ao Poder Público de qualquer esfera de governo e, a partir da edição da Medida Provisória, que tem força de lei – nº 2.139-62, de 29 de janeiro de 2001, até 31 de dezembro de 2010, em conformidade com o previsto no par. 1º, do art. 4º, também em instituição financeira submetida a processo de privatização ou na instituição financeira adquirente de seu controle acionário” (...).”

Sendo assim, concluiu-se que o Poder Executivo Municipal incorreu em ato irregular ao proceder à aplicação financeira de recursos de fundo de previdência dos servidores municipais de Alvorada – FUNSEMA – em instituição não-oficial, na forma do entendimento exarado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.(...)” - grifei.

Outrossim, não se pode olvidar ao que dispõe a Lei Municipal nº 1.189/2001, a qual cria e regulamento o funcionamento do Fundo de Previdência dos Servidores Municipais de Alvorada – FUNSEMA.



Ao caso em liça, interessa sobremaneira o disposto no artigo 12, incisos VI e XI, do aludido diploma legal, o qual assim estatui:

“(…)

Art. 12. Compete ao Conselho de Administração:

(…)

VI – analisar e fiscalizar a aplicação do saldo de recursos do FUNSEMA quanto à forma, prazo e natureza dos investimentos;

(…)

IX – fiscalizar a aplicação dos recursos provenientes das contribuições dos segurados em benefícios da previdência social, nos termos desta lei”

Evidenciado, portanto, que competia ao Conselho de Administração a “análise” e “fiscalização” da aplicação do saldo dos recursos do FUNSEMA.

Na hipótese dos autos, viu-se que os depósitos realizados junto ao Banco Santos S.A. e objeto da presente contenda foram procedidos em 30 de junho de 2004.



Em contrapartida, a última reunião do Conselho de Administração do FUNSEMA, antes da vergastada aplicação financeira, ocorreu em 13 de maio de 2004, como demonstrado à fl. 278, do relatório do TCE. Nessa reunião, não houve qualquer deliberação acerca do intento dos demandados de procederem depósitos junto ao Banco Santos S.A.

Em tempo, digno de registro que a prova judicializada, outrossim, corroborou as conclusões trazidas à baila pela auditoria do Tribunal de Contas do Estado.

Por ocasião do seu depoimento pessoal, a ré STELA BEATRIZ FARIAS LOPES revelou que (fls. 1.681/1.681v):

“(…)

Conhece o fato descrito nos autos. Foi prefeita durante 08 anos, dois mandatos, em Alvorada. O Fundo foi implementado de fato e regulamentado durante as suas gestões. Com isso, o fundo acabou com mais de R\$ 13 milhões ao final da sua gestão, aproximadamente. Durante algum tempo a Secretaria da Fazenda esteve à frente da administração do Fundo, passando depois para a Secretaria da Administração. Com isso,



Andrew assumiu a coordenação do Fundo em nome do executivo no final do primeiro mandato. Sabe que foram feitas aplicações financeiras no período e havia uma forma de conhecimento informal sobre a situação, ainda que não sob a forma de efetiva prestação de contas para o gabinete da prefeita. E havia redobrado zelo no cumprimento da legislação e na administração dos recursos. O gabinete da prefeita, então, contava com uma supervisão genérica sobre os trabalhos, apenas, sem atividade ou intervenção direta em relação ao destino de valores, em especial. O Fundo era sólido, regulado e por isso despertava interesse das instituições financeiras, tanto oficiais como as privadas. Foi assim foram feitas aplicações em bancos privados, como o Santander, e outros oficiais. Pelo que sabe - isso por meio do Secretário de Administração - havia preocupação de sempre buscar rentabilidade mais significativa, maior, para o fundo. Segundo ele, os estudos feitos apontavam para o Banco Santos como uma instituição financeira capaz de garantir esta boa rentabilidade e que também cumpria com as condições de solidez e segurança necessárias.



Convencida, então, que se tratava de uma aplicação segura e rentável, opinou pela realização da aplicação. Não fosse assim, evidente que não o faria. As informações sobre a solidez do banco, segundo o relato do secretário, partiriam até do Banco Central, com demonstração de solidez e segurança na carteira de administração de fundos. Não havia razão para qualquer desconfiança. Pelo que recorda, acredita que a realização da aplicação não dependeria de autorização do Conselho do FUNSEMA, mas estava submetida a sua fiscalização. E tal autorização não foi exigida, pelo que recorda, para outras aplicações. No retorno do investimento é que havia intervenção fiscalizatória pelo Conselho. A aplicação dos valores se deu junto ao Banco Santos pelas condições apresentadas pela instituição e o retorno do investimento, simplesmente, sem que tenha sofrido qualquer influência externa, como seria o caso de diretriz de partido político. A aplicação partiu de quem administrava o Fundo e não diretamente do gabinete da prefeita. Pelo Município > a depoente não sabe definir se investimento de grande rentabilidade é



investimento seguro. Como prefeita, recebia apenas as informações do gestor e, com isso, casadas as duas questões, por certo, foram definidos os investimentos. Não conheceu dados e valores de investimentos no período, específicos e detalhados, como no Banco do Brasil, por exemplo. Recorda que houve perda de investimentos feitos no Banco do Brasil naquele tempo em relação a valores do Fundo. Acredita que fazia parte das informações passadas pelo gestor do fundo os valores de taxa de administração das várias instituições, mas não recorda especificamente quais eram. Não recorda do banco Santos especificamente também. Havia a preocupação, naquela época, acerca da necessidade de parecer jurídico sobre a regularidade da aplicação de valores em instituições privadas. Na época, a Procuradora do Município atuava e havia uma assessoria jurídica externa. Especificamente quanto ao investimento no Banco Santo não recorda quem fez o parecer, se a PGM e se a assessoria jurídica externa, naquele tempo realizada pela Dra. Maritânia. Não recorda de viagem do então Secretário de Administração, Andrew, a São Paulo, para participar de reunião



com instituição financeiras. Mas ele tinha atividades em entidade nacional que reunia gestores de Fundos e viaja também para isso. Sabe que o Conselho do Fundo se reuniu e foi exarada ata com manifestação contrária de um ou dois conselheiros ao investimento no Banco Santos, genérica. Mas as contas decorrentes da aplicação no Banco Santos foram aprovadas sem ressalvas. Antes do ocorrido com o Banco, nunca houve indicação, por qualquer conselheiro, acerca do efetivo risco do investimento. Apenas depois. Na verdade, tratou-se de uma reunião destinada a avaliar os resultados do investimento simplesmente. Não saberia precisar qual o perfil do Funsema enquanto investidor, se arrojado ou conservador. Mas os investimentos poderiam ser considerados não arrojados, já que os riscos assumidos não eram grandes. O Secretário Andrew era responsável e tinha nele confiança em relação aos destinos do fundo, confiando que os riscos assumidos com os investimentos não seriam grandes efetivamente a ponto de caracterizar o Fundo como sendo um investidor com perfil arrojado. Pelo co-réu Dival: há dificuldades no obter



informações quanto as valores restituídos pelo Banco Santos ao FUNSEMA. Material juntada nesta oportunidade demonstra que mais ou menos R\$ 700 mil foram restituídos, ainda que sem grandes esforços do município. Não conheceu o presidente do Banco Santos, Edemar Cid Ferreira. Pela imprensa soube que era ele colecionador de obras de arte. Os valores foram investidos no Banco Santos, enquanto instituição, pelo que sabe. Não sabe a razão pela qual o investimento foi noticiado ao Ministério Público assim que conhecida a situação do Banco Santos com intervenção. É provável que a comunicação tenha sido motivada por questões políticas. Os investimentos do Fundo não eram sigilosos, mas como prerrogativas do gestor envolviam também a busca de uma maior rentabilidade no investimento, acabava sendo assediado por instituições e talvez por isso fosse do conhecimento de outras pessoas as tratativas para tanto (...)” - grifei.

Ainda, o depoimento pessoal do réu ANDREW CARVALHO PINTO (fls. 1.682/1.683):



“(…)

Foi Presidente do Conselho de Administração do Fundo até 2003. Depois, em 2003 assumiu a gestão do Fundo, já como Secretário de Administração, o que fez até dezembro/2004. Fundos de Previdência necessitam realizar investimentos, por força de lei. E a rentabilidade é também fixada por lei, por Resolução do Conselho Monetário Nacional, naquele tempo a Res 2652. Outros investimentos foram realizados antes e depois do investimento que é objeto da ação pelo FUNSEMA. Antes, recorda de investimento feito no Banco Santander, onde valores aproximados a R\$ 3 milhões foram aplicados, além de outros na CEF, Banco do Estado do RS e Banco do Brasil. A preocupação para com os investimentos do Fundo eram presentes para a Administração e para o próprio Fundo, por sua gestão. Comissões foram formadas e havia troca de informações e experiências para com outros fundos também. As instituições faziam também ofertas na busca dos investimentos dos fundos de previdência, por instituições públicas e privadas. De todas as informações



colhidas naquele tempo, nenhuma indicada que o Banco Santos poderia sofrer qualquer risco em relação a sua solidez. Era banco com 35 anos de experiência na gestão de ativo e tinha carteira de investimentos entre as três maiores do país especificamente em relação aos Fundos de Previdência. Era banco bastante conhecido no meio, ainda que não fosse um banco de varejo. Outros organismos aplicavam no banco, como é o caso do Fundo dos Servidores do BACEN, por exemplo. Por tudo, não havia nenhuma razão para sequer desconfiar de eventual má situação do Banco Santos. O Conselho do FUNSEMA não era consultado antes da realização dos investimentos, já que não havia determinação legal. Havia apenas a determinação legal para que os resultados dos investimentos fossem submetidos ao Conselho, para fins de aprovação e deliberação. E isso ocorreu também em relação ao Banco Santos, o que determinou a aprovação por unanimidade em duas oportunidades. O depoente, como gestor delegado pela prefeita, prestava contas a ela periodicamente sobre a situação do Fundo e seus investimentos. Mas isso se dava



verbalmente, mesmo nas reuniões de rotina. Em relação específica ao investimento do Banco Santos não houve determinação ou outra orientação do gabinete da prefeita em relação ao mesmo. A avaliação foi apenas de forma técnica. Não houve nenhuma influência externa para a realização do investimento no Banco Santos. A providência se deu apenas por questão de gestão, técnica e interna. Pelo Ministério Público > consultá prévia ao Conselho do FUNSEMA não houve quando da realização do investimento na Banco Santos. Havia posição divergente do TCE e de outros Tribunal de Contas sobre a obrigatoriedade da aplicação de valores do Fundo em bancos oficiais. Havia a indicação de era possível diante da regra constitucional e tudo conhecia ao tempo da aplicação. Recentemente parece que o próprio TCE deliberou no sentido de que valores do Banrisul aplicados no Banco Santos o foram de forma regular. O grau de risco do fundo em que foi realizada a aplicação objeto da ação era, de acordo com o portfólio do mesmo, não diferente de outras aplicações feitas em bancos públicos pelo próprio Funsema. Era fundo com “grau de risco



médio. **Toda aplicação no mercado tem risco, maior ou menor, de qualquer modo.** Pelo Município > os contatos prévios com o Banco Santos antes do investimento se deu da mesma forma e com a mesma intensidade dos demais, inclusive instituições públicas, sem diferenças significativas. O que se busca no investimento, em regra, é a melhor equação entre rentabilidade e segurança. A informação que havia, colhidas com cuidado, era no sentido de que o investimento feito no Banco Santos contava com o preenchimento do requisito da segurança também. Mas não necessariamente, em tese, o rentável deve ser também seguro. O investimento também se deu, no caso concreto, de acordo com a resolução do CMN que disciplinava a questão. Não recorda qual era o valor da taxa de administração cobrada pelo Banco Santos e qual era a taxa de mercado naquele tempo. Em regra as instituições cobram a taxa de administração nestes investimentos, o que provavelmente ocorreu no caso do Banco Santos. O portfólio do fundo contém dados mais detalhados do que o documento agora apresentado, onde consta que se trata de um



fundo com perfil moderado e grau de risco médio (juntado pelo município). Esteve em reunião em São Paulo, em 2004, com instituição financeiras. Estavam representantes da CEF e a reunião ocorreu em feita URBIS naquela cidade. Estavam também representantes do Banco Santos. Naquele tempo, não havia nas reuniões do Conselho do FUNSEMA detalhamento como a indicação do grau de risco dos investimentos. Se apresentava o portfólio dos investimentos e havia as comissões formadas para colher maiores detalhes. Como o objeto das reuniões com o Conselho era prestação de contas, as informações passadas eram então neste sentido, em especial o retorno dado ao FUNSEMA. Na época, a composição do fundo com CDBs e RDBs, mais CCBs, eram a mais indicada para o caso, já que mesmo com a falência do banco, o fundo seguiria a receber recursos, como de fato está acontecendo. Seria diferente, com maior risco, se os valores fossem destinados apenas à instituição. E havia ainda as limitações dadas pela lei e pelo CMN, vedando alguns tipos de investimento inclusive. O percentual de rentabilidade é



dado, para as instituições financeiras, é dado a partir do CDI. Não recorda exatamente qual era o percentual do Banco Santos na época, mas era superior a 100% do CDI. Era maior do que os demais bancos e isso também foi razão que levou ao investimento objeto da ação. O investimento feito no Banco Santos era melhor do que os anteriores do Funsema e não havia diferença significativa em relação ao risco. Quando ao risco, especificamente, reitera que todo o investimento tem algum grau de risco. Os demais investimentos por certo não foram realizados pelo FUNSEMA com grau de risco superior ao médio an CEF e outros bancos. Não recorda o grau de risco dos demais investimentos. E, se os demais tivessem, de fato grau menor, o contexto determinaria a avaliação e, se fosse o caso, o investimento. E merece destaque o fato de que havia a exigência legal era rendimento de IGP-M mais 6% ao ano, pelo menos. Pelo réu Dival > não conheceu o presidente do Banco Santos. Sabe pela imprensa que ele era colecionador de obras de arte. Não sabe dados para referenciar o quanto significa investimentos em obras de arte. A sede do Banco Santos era em São



Paulo. Lá tramita a falência. O atual gestor do Fundo, pelo que sabe, é o atual secretário de Administração. Uma parte dos valores já retornou ao Fundo após a intervenção do BACEN no Banco Santos. O fundo de investimento segue ativo, na gestão de outro banco, o Banco Espírito Santos, que tem participação do Bradesco, onde se dá o retorno dos valores. Pelo que sabe, aproximados R\$ 700 mil já retornaram. Se o fundo está ativo e os valores estão sendo creditados, o são em favor do FUNSEMA. E a há notícia de que a recomposição dos valores será integrais. Não é especialista na matéria tratada nos autos – fundos de investimentos. O Banco Santos era o banco privado com a maior carteira de investimentos de fundos de previdência, atrás apenas da CEF e Banco do Brasil. Na carteira de clientes do Banco Santos, além de vários outros bancos, como a CEF e o Banrisul, tinha ele, na época da intervenção, mais de 96 fundos de previdência com aplicações realizadas. Não teve conhecimento sobre o ofício remetido ao MP dando conta sobre a aplicação no banco e após a intervenção do Bacen. O MP questionou dias após a



intervenção a administração municipal sobre o fato, lembra, sem outros retornos. Havia permanente conflito no Conselho de Administração do Fundo, motivadas por questões políticas, inclusive por atos de Conselheiros filiados a outros partidos, de oposição. (...)” - grifei.

Enfim, o depoimento pessoal do réu DILVAL DOS SANTOS DA ROSA (fls. 1.831/1.831v):

“(…)

Ao tempo dos fatos, o depoente era o Presidente do FUSEMA. Ingressou nesta função em janeiro/2004 e ficou no cargo até 19 de dezembro do mesmo ano mais ou menos. Neste período foram tomadas as providências para o investimento dos valores no Banco Santos. Quando ingressou no cargo, recorda que já havia a preocupação para que os valores do Fundo fossem investidos de forma a assegurar também recursos necessários para o pagamento dos valores devidos aos servidores e seus dependentes. O investimento feito no Banco Santos, então,



assim com para os demais investimentos feitos em outras instituições financeiras na época, como foi o caso do Santander, passou pela discussão no âmbito do Conselho do Fundo, sendo a decisão final, no entanto, quanto a aplicação efetiva, tomada pelo Gestor do Fundo e pela prefeita de então. O Gestor era o então Secretário de Administração. A idéia era, naquele tempo, diversificar os investimentos, o que antes não era observado, já que concentrados os investimentos no Banco do Brasil. O Banco Santos, naquele tempo, era um dos cinco primeiros bancos em investimentos no país, tinha bom conceito e era uma instituição já conhecida pelo município por outras operações, como por exemplo antecipação de receitas. A instituição não ofereceu nenhuma vantagem para os integrantes do Conselho. As tratativas diretas com a instituição foram feitas pelo gestor e para ele, também, por certo não houve oferecimento de vantagens. O banco se fazia presente em eventos envolvendo os fundos e tudo o mais. A intervenção no banco surpreendeu a todos no FUNSEMA, já que até então estavam satisfeitos com o investimento



e não havia problemas. Isso também no que se refere a denúncia feita ao Ministério Público, destacada pelo depoente como uma providência tomada depois da surpreendente intervenção na instituição. Pelo Ministério Público > nada. Pelo município > o Conselho do Fundo não realizou reunião específica para tratar sobre o investimento no Banco Santos, mas o depoente, como Presidente, conversou com todos os conselheiros sobre o fato e não houve contrariedade. A aprovação do investimento se percebe pela aprovação das prestações de contas deles decorrentes. Representantes do banco, pelo que sabe o depoente, não estiveram na cidade para tratar do investimento. O valor aplicação foi de R\$ 3.000.000,00 e o restante que se indica nos autos já era rendimento creditado na época da intervenção. Sabe que do total aplicado, cerca de R\$ 700 mil já foram restituídos ao município e se indica que o restante também o será. Antes da intervenção, o Fundo não gestionou com o Banco Santos o resgate de valores, já que todos no Conselho apoiavam o investimento feito. Antes da intervenção, o Gestor do Fundo, o então Secretário Andrew,



solicitou ao depoente um novo investimento no Banco Santos. Não foi realizado este investimento, no entanto, já que os valores que poderiam ser transferidos eram aqueles que estavam aplicados no Santander. Como o resgate se daria antes do prazo do contrato feito com esta instituição, o Fundo deveria pagar cerca de R\$ 200 mil por conta dos juros e outros valores devidos ao Santander, para tanto, o que inviabilizou o negócio. Andrew então se conformou com a situação. Os R\$ 3.000.000,00 iniciais também saíram do Santander, mas estavam disponíveis para novo investimento ao tempo da aplicação no Santos. O restante do valor estava ainda aplicado na época da solicitação de novo investimento. Depois se percebeu que assim estavam por equívoco do Santander, que depois corrigiu a situação. Mas os valores, ainda assim, não foram destinados ao Santos. O investimento dos R\$ 3.000.000,00 foi realizado num Fundo gerido pelo Banco Santos e não na instituição propriamente dita. Por isso os valores estão sendo resgatados, já que o fundo é hoje administrado pelo Banco Espírito Santo. A transferência dos valores e a movimentação



dos valores, depois de definidas pelo Gestor do Fundo, eram formalizadas em documento assinado por ele e o Presidente do FUNSEMA. Mas o Presidente, neste caso, atuava como simples tesoureiro, sem poder de mando ou veto. Recorda que houve pareceres jurídicos confirmando a regularidade do investimento feito no fundo gerido pelo Banco Santos, seja por parte de assessoria particular, seja por parte do Procurador-Geral. Este disse verbalmente ao depoente que não havia problema. Depois não viu o parecer escrito dele. Foi o Procurador-Geral de então, Dr. Anuar. Os papéis envolvidos na aplicação seriam os títulos públicos, o que se entendeu seria feito por meio do fundo administrado pelo Banco Santos. Pelos demais réus > nada. Esclarece, a pedido de seu procurador, que o fundo em que aplicados os valores era chamado de Fundo Santos Credit Yield. Os contribuintes do fundo são apenas os servidores estatutários. Celetistas e comissionados contribuem ao INSS (...)" - grifei.

E os relatos das testemunhas inquiridas também



vão no sentido de que o Conselho de Administração jamais foi consultado acerca da aplicação realizada perante o Banco Santos S.A.

A testemunha ARIANE MARIA OLIVEIRA declarou que (fl. 1.685):

“(...) disse ser filiada ao Partido dos Trabalhadores e foi Conselheira do Funsema no período em que houve o investimentos. Compromissada. No período em que foi conselheira do FUNSEMA os investimentos realizados pelo fundo não eram previamente comunicados ao Conselho. Tomavam conhecimento apenas depois, do quanto havia rendido no caso. E isso ocorria sempre, para todos os investimentos e não apenas para aquele feito no Banco Santos. Quando da intervenção no Banco Santos, o Conselho já sabia que havia o investimento naquele banco e em outros. Os estudos e a definição dos investimentos eram feitos pelo gestor do Fundo, sem intervenção do Conselho. Pelo Município > a prestação de contas do fundo era feita em reunião do Conselho, com extratos e



outros documentos, com esclarecimentos verbais solicitados. Detalhes em relação aos investimentos, como o risco, não eram especificamente tratados. Havia preocupação do Conselho com a necessidade de diversificar os investimentos. Nunca fez solicitação escrita para esclarecimentos sobre eles. Fez sempre verbal, como regra para os demais. (...)” - grifei.

Ainda, JAIR HENDLER DA LUZ, testemunha, revelou que (fl. 1.686):

“(…) Filiado ao Partido dos Trabalhadores e foi Conselheiro do Funsema. Compromissado na forma da lei. No período em que houve o investimento no banco Santos o depoente participava do Conselho do FUNSEMA. O conselho não era consultado previamente sobre a realização dos investimentos do Fundo, o que foi observado também para o caso do Santos. Tomava conhecimento apenas depois, quando da prestação mensal de contas. As prestações de contas se davam formalmente, com a apresentação de documentos e explicações verbais sobre os investimentos e seus



rendimentos. O depoente não recorda de solicitações escritas para esclarecimentos, pelo menos nunca fez uma. Quando do problema no Banco Santos, o Conselho já sabia do investimento, eis que tratado em prestação de contas anterior. Pelo MP e Município > nada. Pelos réu Andrew > o depoente participou de eventos de aperfeiçoamento para os Conselheiros de Fundos e ocorria isso periodicamente, com incentivo da administração local. (...)” - grifei.

JORGE ANTEMIR MENGER, inquirido, declarou que
(fl. 1.687):

“(...) Foi conselheiro do Funsema de dezembro de 2001 até agosto de 2005. O Conselho do FUNSEMA formou uma comissão em setembro de 2004 para fins de estudo de aplicações financeiras, que tinha a incumbência de fazer exame das aplicações existentes no mercado para fins de futuros investimentos. Mas o investimento no Banco Santos se deu antes disso. Recorda ainda que havia as prestações de contas e que antes dos investimentos não eram levados os dados ao



Conselho paa alguma autorização. A comissão formada tinha como objetivo escolher aplicações com o perfil do FUNSEMA, segundo o depoente, o conservador, a fim de garantir o dinheiro. Pelo MP e município > nada. Pelos réus > os conselheiros tinham possibilidade de aperfeiçoamento em cursos, incentivados pela Administração local.(...)” - grifei.

RODRIGO NUNES BOLBOTKA, testemunha, por sua feita, noticiou que (fl. 1.688):

“(...) É conselheiro do Funsema desde 2003 ou 2004 e até hoje. Já era na época do investimento no Banco Santos, portanto. O Conselho do FUNSEMA não necessitava ser previamente consultado sobre os investimentos feitos pelo Fundo. Depois do fato descrito nos autos o Conselho passou a tomar conhecimento mais detalhado sobre os investimentos feitos, antes de sua realização, por uma medida simples de precaução, talvez, por parte do administrador. **Até então o investimento a ser feito era apenas uma diretriz e definição a ser dada pelo gestor. Na**



época do investimento no Banco Santos, o conselho tomou conhecimento sobre o mesmo após a sua realização. Mas não poderia afirmar se houve sonegação de informação ou não, inclusive numa prestação de contas realizada. O fundo costuma diversificar seus investimentos, inclusive em bancos privados, não havendo séria contrariedade sobre o fato no âmbito do Conselho. Pelo MP > nada. Pelo município > recorda de reunião do Conselho que consta contrariedade feita em relação ao investimento feito no Banco Santos, de sua iniciativa, e que a resposta foi no sentido de que não era de competência do Conselho discutir o assunto previamente. A ata foi lida e é aquela da reunião do dia 27/10/2004. Pelos réus > o Fundo mantém aplicações em bancos privados, mas não sabe precisar os valores certos. Há no Bradesco e Santander. Há iniciativa na busca de retomar os valores que foram aplicados no Banco Santos atualmente e desde a quebra do mesmo. Pelo que sabe, em torno de R\$ 600 mil já foram reembolsados. (...)" - grifei.



OTACÍLIO MENDES CORREA, ainda, ouvido como informante, prestou relato nos seguintes termos (fl. 1.689):

“(…) O depoente era conselheiro no Fundo no tempo do investimento e ainda permanece. Está no conselho desde 2001. os investimentos feitos pelo FUNSEMA não tinham prévio conhecimento do Conselho naquele época. Apenas agora, depois 2005, é que o Conselho passou a ser consultado previamente sobre isso. Antes assim não ocorria. Quando o Conselho tomou conhecimento sobre o investimento tratado nos autos, foi debatido nos item de assuntos gerais sem registro em ata de reunião a não aceitação, já que se tratava de banco sem sede no Estado do RS – não era banco de varejo – e que havia dúvidas acerca da sua solidez. Isso antes do banco sofrer intervenção. O Funsema não faz aplicações em bancos privados, em regra, e aquelas existentes têm data para terminar. Pelo MP > não recorda de prestação de contas relativa aos valores investidos no Banco Santos. Recorda de apreciação feita na Ata de 15/04/2004 e relativa a aplicação de valores na CEF, para



hipótese específica decorrente de ação ou omissão do Banco do Brasil. Pelos réus > a maioria do conselho votou contra a aplicação dos valores no Banco Santos, conforme a ata. Não sabe ao certo qual o valor está aplicado agora em bancos privados. A desconfiança em relação ao Banco Santos se deu em razão de ser banco privado, sem sede no RS e que oferecida juros muito acima do mercado. O depoente foi filiado a partido político, o PL, que era da base do governo na época dos fatos. Em relação aos valores aplicados no Bradesco, houve aprovação prévia do investimento pelo Conselho do FUNSEMA. Quando do conhecimento sobre o investimento feito e a condição do Banco Santos, de imediato denunciaram o fato ao MP. Não conheceu o presidente do Banco Santos e não sabe se ele tinha obras de arte. (...) - grifei.

Por derradeiro, o depoimento do informante ARNALDO COSTA DA ROSA (fl. 1.684):

“(...) Denunciante do fato ao MP. Não presta compromisso. Foi conselheiro do FUNSEMA na época do investimento. Naquele



tempo o conselho não era consultado previamente sobre os investimentos feitos. Hoje não sabe como ocorre. Normalmente os investimentos eram conhecidos pelo conselho quando da prestação de contas. Havia naquele tempo aplicação em outro banco privado, o Santander. Tomou conhecimento da aplicação por meio do balanço que solicitou em agosto ou setembro de 2004 e não recorda se houve prestação de contas antes disso contemplando o período. **Havia controvérsia sobre o destino de valores em bancos privados e não conhecidos pelos conselheiros.** Não conhecia o Banco Santos, mas havia eventos de fundos de previdência patrocinados por ele. Sobre a solidez do banco, não houve comentários, no entanto. O problema surgiu mesmo quando da falência da instituição. Pelo MP > nada. Pelo município > os eventos normalmente eram patrocinados pelo Santos, não recorda exatamente quando. Outros bancos também o faziam. Pelos réus > nada. (...)" - grifei.

Estreme de dúvidas, portanto, que a decisão atinente à aplicação de recursos do FUNSEMA deu-se ao talante dos demandados, sem submissão prefacial da temática ao Conselho de



Administração.

Ora, se a legislação municipal estatui ser competência do Conselho de Administração “analisar” aplicações de valores decorrentes de contribuições e saldo do fundo previdenciário, soa evidente que sua manifestação deveria ser previamente provocada por aqueles que, na forma do art. 16 do mesmo diploma legal municipal², ostentam a prerrogativa de concretizar tais movimentações financeiras. No caso concreto, quem dispunha dessa prerrogativa à época eram justamente os demandados.

É de notório vislumbre, pois, a desconsideração dos demandados ao preceito legislativo municipal. Os demandados claramente deram de ombros para as atribuições do Conselho de Administração e, *sponte sua*, procederam o depósito da eloquente quantia descrita na exordial junto ao Banco Santos S.A.

Aliás, a desconsideração dos demandados pelas atribuições do Conselho de Administração ficou estampada nas conclusões do relatório do TCE (fls. 278/279):

“(...) Compulsando as atas de reuniões do FUNSEMA, infere-se que a Ata nº 005/2004

²Lei Municipal nº 1.189/2001. Art. 16. A movimentação das contas bancárias em nome do FUNSEMA serão autorizadas em conjunto pelo Prefeito Municipal, ou por quem este delegar expressamente, e pelo Presidente do Conselho do FUNSEMA.



foi lavrada em 13-05-04, portanto, anterior a data da aplicação financeira, não fazendo nenhuma menção ao fato, tratando da avaliação atuarial do fundo previdenciário (fls. 194/196). Também nas atas n°s 006/2004, 007/2004 e 008/2004, lavradas, respectivamente, em 15-07-04, 26-08-04 e 16-09-04, não foi discutido nenhum assunto referente às aplicações financeiras do FUNSEMA (fls. 197/208), embora a convocação da reunião estabeleceu como item 3 da pauta: Aplicações Financeiras (fl. 209). Porém, na Ata n° 009/2004, lavrada em 27-10-04, a questão foi abordada da seguinte maneira (fls. 201/213):

'O Conselheiro Rodrigo questiona sobre aplicações financeiras e onde estão sendo realizadas. O presidente explicitou as instituições de que o cons. Rodrigo questionou sobre a aplicação do Banco Santos. O presidente colocou que tal aplicação foi feita vista a rentabilidade estar sendo maior que os demais bancos. O conselheiro Andrew coloca até porque não diz respeito ao Conselho definir sobre isso e que suas funções são claras na Lei 1.189/2001; sendo as consultas que tem sido



realizadas somente por abertura do próprio ordenador. O conselheiro Gilmar lembrou que na última análise as contas formou-se uma Comissão que acompanharia as aplicações, desde que mantivesse-se claro nosso perfil, que é de investimento conservador, tendo esta comissão sido autorizada a buscar onde aplicar e tendo esta percorrido diversos bancos para tanto. O cons. Otacílio colocou que deve-se ter os mesmos critérios para todos, pois houve consulta no caso da Caixa e não do Banco Santos. (...)

O exame das atas das reuniões comprova que em nenhum momento houve a aprovação da aplicação financeira pelo Conselho de Administração do FUNSEMA, conforme afirmado anteriormente. Aliás, a movimentação bancária dos recursos, conforme estabelece o art. 16, da Lei Municipal, é autorizada em conjunto pelo Prefeito Municipal, ou por quem este delegar expressamente, e pelo Presidente do Conselho do FUNSEMA. Ao Conselho de Administração cabe analisar e fiscalizar a aplicação do saldo de recursos do FUNSEMA quanto à forma, prazo e natureza dos investimentos, conforme



*dispõe o inciso V, do art. 12, do comando legal retromencionado. **Em se tratando, porém, de aplicação financeira de porte, é de bom alvitre que o Conselho de Administração seja consultado. Todavia, os documentos comprovam que somente em 27-10-04 foi discutida, pelos integrantes do Conselho de Administração, a questão da aplicação financeira, através de indagações feitas pelos conselheiros (...)**” - grifei.*

Por tudo o que foi exposto, translúcida ressaí a desconsideração dos demandados ao contido no art. 164, par. 3º, da Constituição Federal, assim como ao disposto no art. 12, inc. VI e IX, ambos da Lei Municipal nº 1.189/2001.

Induvidoso, então, que os demandados perpetraram ato ímprobo, incorrendo nas iras do artigo 11, “caput”, da Lei nº 8249/93.

Preceitua o preceptivo mencionado:

“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:"

Ao desconsiderar o texto legal expresso, não há como deixar de reconhecer violação ao *princípio constitucional da legalidade*.

Consabido que, no âmbito do Direito Público o princípio da legalidade ostenta acepção diversa em relação ao Direito Privado.

Enquanto os particulares podem fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que não for defeso em lei, a atuação da Administração Pública está adstrita à existência de autorização legal para tanto.

Logo, se inexistente autorização legal, vedada a atuação do gestor público.

A esse respeito, insta analisar a lição de Diógenes Gasparini:

(...) O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua



atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (...)³.

Da mesma forma, o magistério lapidar de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*(...) Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo.
(...) O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos*

³in "Direito Administrativo", 12ª ed., pp. 07/08.



governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas de países subdesenvolvidos. (...)⁴”.

Do exame da prova carreada aos autos, não subsiste qualquer celeuma no sentido de que os demandados deixaram de agir em consonância com os mandamentos constitucional e legal supracitados.

Mas o ato ímprobo perpetrado pelos demandados não está adstrito à desconsideração ao “princípio da legalidade”.

É que os réus olvidaram, também, do “princípio da eficiência”!

Ocorre que, o contexto dos autos é esclarecedor no sentido de que, além de procederem aplicação financeira em instituição financeira não-oficial, à revelia do ordenamento constitucional e desconsiderando as atribuições legais do Conselho de Administração do FUNSEMA, também agiram sem maiores cautelas com a *eficiência administrativa*, investindo em instituição financeira inidônea, desprovida de suficiente credibilidade para justificar aporte tão expressivo de recursos do fundo previdenciário.

⁴ in “Curso de Direito Administrativo”, 16ª ed., pp. 90/91.



Nessa senda, a Resolução nº 2.652/1999, do Banco Central do Brasil, em seu artigo 1º, reza que:

“(…)

Art.1º - Estabelecer que os recursos dos fundos com finalidade previdenciária instituídos pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios nos termos da Lei n.º 9717/98, devem ser aplicados conforme as diretrizes desta Resolução, tendo presentes as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez.

(…)”

Impositivo, logo, ao gestor de fundos previdenciários observar quando da realização de qualquer aplicação financeira, as condições de “segurança, rentabilidade, solvência e liquidez”.

No mesmo sentido, ainda, o contido no art. 4º, I, da precitada Resolução:

“(…)

Art. 4º- As aplicações de recursos previstas no art. 3º, incisos II, alínea "b", e III,



devem ser efetuadas com observância das seguintes condições:

I - e necessária a seleção de instituição(ões) financeira(s) responsável(eis) pela aplicação dos recursos - instituição(ões) administradora(s) - obedecida a legislação pertinente, devendo ser considerados como critérios mínimos de escolha a solidez patrimonial, o volume de recursos administrados e a experiência no exercício da atividade de administração de recursos de terceiros;

(...)"

Impunha-se, então, que os demandados, na condição de gestores do FUNSEMA (art. 16, da Lei Municipal nº 1.189/2001), socorressem-se de todas as cautelas para buscar a instituição financeira em que procederiam aplicações financeiras, mormente por já estarem desconsiderando o disposto no art. 164, par. 3º, da Constituição Federal.

Mas assim não agiram os réus!

Consoante se denota de toda a documentação



acostada com a peça portal, o Banco Santos S.A. foi objeto de intervenção do BACEN em 12 de novembro de 2004, ao passo que a aplicação realizada pelos demandados em um de seus fundos de investimento ocorreu cerca de quatro meses antes, em 30 de junho de 2004.

Aparentemente, por ter sido a aplicação realizada em momento anterior à decretação da intervenção na instituição financeira, poder-se-ia supor a elisão de responsabilidade dos demandados.

Contudo, o contexto fático descortinado no caderno processual não autoriza conclusão tão simplista, pois já existiam veementes indícios de que a aplicação financeira procedida pelos réus afigurava-se temerária.

Convalidando o entendimento ora esposado, o relatório do Tribunal de Contas do Estado é exauriente acerca dos riscos desnecessários aos quais os gestores do FUNSEMA expuseram os seus recursos (fls. 280/281):

“(…)

Em que pese a avaliação positiva apresentada pela agência de risco, ou 'rating', é imperioso destacar que a avaliação da Austing Rating Classificadora de Risco,



acostada aos autos, refere-se a dezembro de 2002, oportunidade em que a instituição foi classificada com 'solidez financeira A', que segundo a empresa tem a seguinte classificação (fls. 217 a 224):

'A - O banco apresenta solidez financeira intrínseca boa. São instituições dotadas de negócio seguro e valorizado, boa situação financeira atual e histórica. O ambiente empresarial e setorial podem variar sem, porém, afetar as condições de funcionamento do banco. O risco é muito baixo'.

Todavia, o próprio mercado, mesmo antes da intervenção do Banco Central, através das agências de risco, já avaliava de forma cautelosa o Banco Santos, conforme depreende-se da consulta efetuada via internet, do qual extrai-se os seguintes excertos, em matéria veiculada no dia 29-11-04 (fl. 225):

'Em dezembro de 2003, a agência Fitch rebaixou a nota dada ao banco, mostrando preocupação com a deterioração da carteira de crédito. E



ressaltava que dado o seu tamanho, o Banco Santos dificilmente seria socorrido pelo governo em caso de dificuldades. A Standard & Poor's reduziu o conceito do Santos em janeiro deste ano, avaliando a piora na qualidade de sua carteira de empréstimos. As duas agências foram descredenciadas pelo banco'.

Ressalte-se que o próprio portfólio do Santos Credit Yield FIF, ao descrever o perfil do investimento, apresentava-se como de risco médio (fl. 226):

'Fundo com gestão ativa investe predominantemente em títulos de crédito (CDBs/CCBs), não atua na bolsa de valores e utiliza derivativos apenas para hedge.

Perfil: moderado.

Grau de risco: médio

Benchmark: 105% do CDI.'

(...)

Em perfunctória análise do apontamento realizado pela Corte de Contas, lobrigo que o procedimento dos demandados ignorou por completo uma das premissas de atuação do FUNSEMA,



qual seja, de adotar o perfil de investidor conservador.

Tal diretriz do fundo previdenciário, aliás, encontra-se estampada com nitidez nas transcrições da Ata nº 009/2004 (fls. 183/184v)!

Destarte, investir em fundo de “perfil moderado”, com “grau de risco médio”, *de per si*, já consubstanciava afronta indevida às diretrizes pautadas pelo Conselho de Administração, no exercício da competência que lhe é conferida pelo art. 12, da Lei Municipal nº 1.189/2001.

Além disso, o relatório do TCE comprova que já existiam indicativos robustos no sentido de que o Banco Santos S.A. não gozava em idos de 2004 do mesmo conceito que lhe fora atribuído nas avaliações de mercado de meados de 2002, pelas agências de risco.

Não soava razoável, portanto, que os demandados lastreassem a opção pela realização de investimento junto ao Banco Santos em indicativos desatualizados (que remontavam ao ano de 2002) e, por tal razão, incapazes de aquilatar a iminente insolvência (quebra) daquela instituição financeira.

Digno de registro que a mídia nacional acabou por divulgar que desde meados de maio de 2004 já haviam elementos



suficientes a demonstrar a ruína que se aproximava do Banco Santos S.A. É o que se denota, v.g., do teor do documento de fl. 266.

Nesse contexto, conclui o relatório do TCE que (fl. 281):

“(…)

Registre-se que em 31-12-2004, o extrato consolidado enviado pelo Banco Santos S.A. apontava o saldo de R\$ 13.035,73 referente a aplicação financeira no Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro (fl. 229), sendo que o saldo contábil era de R\$ 3.177.402,38, com o rendimento calculado até 09-11-04, que foi a última informação de valores de quotas que a prefeitura teve acesso antes da intervenção no banco (fl. 230).

Diante do exposto, conclui-se que existe possibilidade de perda dos rendimentos auferidos, bem como do capital aplicado, tendo em vista o processo de intervenção da instituição financeira. Sendo assim, não há como deixar de mencionar que os procedimentos adotados pela Auditada não se revelaram prudentes, colocando em risco parte dos recursos destinados ao fundo de



previdência dos servidores municipais.(...) -
grifei.

A impropriedade da escolha do Banco Santos S.A. para a realização de tão vultoso aporte financeiro, portanto, é inquestionável.

Como bem avaliou a DD. Agente Ministerial em suas razões derradeiras, *causa espécie o fato de que somente no último ano de mandato da Prefeita os demandados resolveram, sem apreciação e deliberação do Conselho de Administração do Fundo, aplicar todos os recursos disponíveis do FUNSEMA em instituição financeira desconhecida, não-oficial e com reputação duvidosa (fl. 1.915).*

Importa o registro de que, passados mais de oito anos da realização da aplicação, não se recuperou sequer a metade do valor nominal (mal) investido, como se infere do documento de fl. 2.055.

Dito documento esclarece que dos cerca de R\$ 3.000.000,00 investidos, houve um resgate de apenas R\$ 1.216.060,71, o que representa pouco mais de 40% do valor nominal.

Diante de todo o exposto, não há como deixar de



reconhecer a improbidade administrativa por afronta ao *princípio da eficiência*.

Hely Lopes Meirelles ensina, acerca do “princípio da eficiência”, que⁵:

“(...) O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com a legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.(...)”

Do magistério de Diógenes Gasparini, tem-se que⁶:

“(...)”

As atribuições devem ser executadas com perfeição, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando sua

⁵In “Direito Administrativo Brasileiro”, 27ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 95.

⁶In “Direito Administrativo”, 12ª ed., 2007, Ed. Saraiva, São Paulo, p. 21.



repetição e reclamos por parte dos administrados. Ademais, a realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e de dinheiro públicos, tão necessários na época atual. Por fim, tais competências devem ser praticadas com rendimento, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade. (...)

Finalmente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que⁷:

“(...) O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público(...)”.

No caso concreto, como exposto exhaustivamente, o

⁷In “Direito Administrativo”, 23ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2009, p. 82.



agir dos réus foi em contrariedade ao postulado da eficiência administrativa, pois a falta de cautelas para a realização do investimento financeiro, importaram em resultados não satisfatórios, pois elucidado que até a presente data o FUNSEMA não reouve sequer metade do valor nominal aplicado junto ao Banco Santos S.A.

Por mais que inexista certeza acerca da impossibilidade de recuperação plena dos valores investidos e, assim, se houve ou não a perda substancial do investimento, certo é que o FUNSEMA experimenta privação por vasto lapso temporal de recursos decorrentes de contribuições de seus patrocinadores, servidores públicos municipais.

E, sabidamente, destas aplicações é que emergem os ativos necessários ao pagamento dos respectivos benefícios previdenciários, verbas de cunho alimentar, essenciais aos municipais inativos (de hoje e de amanhã) de Alvorada.

Destarte, configurado também o ato de improbidade administrativa por afronta ao “princípio da eficiência”.



3. Ato de improbidade administrativa na forma do art. 10, VI, da Lei 8.429/1992. Impossibilidade jurídica do pedido:

Reza o art. 10, da Lei nº 8.429/92:

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

(...)

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;



(...)"

Em função de tudo que já foi explicitado alhures, suficientemente comprovado está que os réus realizaram operação financeira sem a observância das normas legais e regulamentares, consoante estabelecido no inciso VI, do art. 10, da Lei nº 8.429/1992.

Porém, quando da propositura da ação, não havia comprovação cabal no sentido de que o FUNSEMA experimentou lesão patrimonial, razão pela qual não se encontra implementado o pressuposto contido no "caput", do art. 10, da Lei 8.429/92, tendente a ensejar o reconhecimento do ato ímprobo.

E por tal razão, tenho que a parte autora é carecedora de ação, dada a impossibilidade jurídica do pedido formulado na inicial, por afronta ao art. 460, par. ún., do Código de Processo Civil:

“Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve



ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)”

No plano doutrinário, a lição de Luiz Guilherme Marinoni e de Sérgio Cruz Arenhart:

“(…) Não é possível que a sentença condicione a sua eficácia a evento futuro e incerto por ela mesmo criado. Porém, ela evidentemente pode regular negócio jurídico que contemple condição.

Melhor explicando: a sentença pode regular negócio jurídico que compreenda condição ainda não implementada (...). O que é vedado é a sentença criar, ela própria, condição para a sua eficácia. Em outras palavras, é nula a sentença que condiciona a eficácia da condenação ao preenchimento de certos requisitos.

É nesse sentido que o art. 460 afirma que a sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. O que se quer dizer é que, ainda que a sentença enfrente relação jurídica de direito material que contemple condição, ela deve ser



*certa(...)*⁸.

Remontando à especificidade dos autos, a documentação coligida com a peça pórtico elucida que dos R\$ 3.000.000,00 aplicados – valor histórico -, haviam sido reavidos em favor do FUNSEMA R\$ 236.880,21, ao tempo do aforamento da demanda.

Posteriormente, no deslinde da lide, demonstrou-se por intermédio da documentação já examinada, que já houve a recuperação de aproximadamente R\$ 1.200.000,00 (fl. 2.055). Então, aproximadamente 40% do valor nominal investido foi recuperado.

Ademais, o contexto dos autos demonstra que o FUNSEMA tem sido ressarcido gradualmente, embora de maneira bastante lenta e insatisfatória aos seus interesses, mas o que também exsurge como consequência inexorável do processo falimentar ao qual se submete o Banco Santos S.A.

Logo, sequer é possível remeter os autos a ulterior liquidação de sentença, pois, repiso, é absolutamente impossível concluir se o FUNSEMA experimentará prejuízo ou se recuperará,

⁸In “Curso de Processo Civil – Vol. 2 – Processo de Conhecimento”, 7ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2008, p. 418.



ainda que tardiamente, o malfadado investimento.

Em suma, para uma condenação dos demandados seria necessário “condicionar” o *quantum debeatur* dos valores a serem ressarcidos ao FUNSEMA aos desdobramentos do processo falimentar que enfrenta o Banco Santos S.A. - evento futuro e incerto.

Defeso, então, ao Magistrado prolatar sentença condicional (inteligência do artigo 460, parágrafo único, do Diploma Processual Civil), transparece a impossibilidade jurídica do pedido vertido na inicial, o que conduz à prolação de sentença terminativa, na forma do art. 267, VI, do CPC.

Convalidando o entendimento sufragado, o respaldo da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL.
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
EXECUÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO.
LIMITAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
ART. 20, § 3º, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE.
NATUREZA CONDICIONAL. ART. 460 DO CPC.
AGRAVO NÃO PROVIDO. (...). **2. Nos termos do art. 460 do CPC, "o provimento jurisdicional deve ser certo, ou seja, não pode condicionar a**



eficácia da decisão a evento futuro e incerto, sob pena de nulidade" (AgRg AG 770.078/SP, Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 5/3/07). 3. Agravo regimental não provido. - grifei.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 460 DO CPC. INEXISTÊNCIA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA NÃO VERIFICADA. EVENTO FUTURO E INCERTO. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 242/STJ. INVIABILIDADE DE ANÁLISE. 1. **A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de ser nula a sentença que submete a procedência ou a improcedência do pedido à ocorrência de fato futuro e incerto**, como no caso em apreço, no qual o que se pretende é o direito à complementação de aposentadoria que ainda não se efetivou. (...) 3. Agravo regimental a que se nega provimento. - grifei.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA.



ESTADO DE SÃO PAULO. EMPRESA PÚBLICA.
ART. 460 DO CPC. EVENTO FUTURO E INCERTO.
AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.
EMPREGADO ADMITIDO SOMENTE APÓS A
REVOGAÇÃO DA LEI ESTADUAL N.º 4.819/58.
AUSÊNCIA DE DIREITO AO BENEFÍCIO. (...) II -
Nos termos do art. 460 do CPC, a sentença
deve ser certa, ainda quando decida relação
jurídica condicional, sendo nula a sentença que
submete a procedência do pedido à ocorrência
de fato futuro e incerto. Precedentes: AgRg no
Ag 832495/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo
Esteves Lima, DJU de 21/05/2007 e AgRg no
Ag 770078 / SP, 5ª Turma, de minha Relatoria,
DJU de 05/03/2007. (...) Agravo regimental
desprovido. - grifei.

Em idêntico sentido, o entendimento já esposado
pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado:

SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE.
OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. LISTAS
PÚBLICAS. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO
PASSIVO NECESSÁRIO. DESPESAS JUDICIAIS.
SENTENÇA CONDICIONAL. 1. Segundo a
jurisprudência pacífica do TJ/RS, (I) há



solidariedade entre a União, os Estados e os Municípios na prestação dos serviços de saúde e (II) não é cabível o chamamento ao processo.

2. A assistência terapêutica, no âmbito do SUS, compreende a dispensação de medicamentos e a realização de procedimentos em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, adotados em protocolos e diretrizes terapêuticas, avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade. Lei n.º 12.401/2011.

3. As políticas públicas do SUS sujeitam-se ao controle judicial. Mas não basta a mera afirmação da necessidade do uso do medicamento ou da realização do procedimento para obrigar o poder público a custear o tratamento não incluído no SUS. A ineficácia ou a inadequação dos fármacos e procedimentos disponibilizados exige a ampla produção de provas. Precedente do STF. Hipótese em que o tratamento não fornecido pelo SUS fora realizado, tornando a tutela irreversível.

4. É nula a sentença que subordina a prestação do tratamento restante deferido na tutela antecipada à prova da necessidade.

Hipótese em que autora interrompeu por problemas de saúde as sessões asseguradas.



Art. 460, parágrafo único, do CPC. 5. A Fazenda Pública é isenta do pagamento das custas processuais. Lei nº 13.471, de 23 de junho de 2010. Isenção que não se aplica às despesas judiciais por força do julgamento da ADI n.º 70038755864. Agravo retido desprovido. Recurso de apelação provido em parte. (Apelação Cível Nº 70048692511, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 21/06/2012) – grifei.

APELAÇÃO CÍVEL. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO - ART. 196, CF. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE PÚBLICO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE EXAMES PERIÓDICOS. DESCABIMENTO. 1) O Estado do Rio Grande do Sul é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda em que alguém pleiteia o fornecimento de medicamentos, internações, cirurgias e exames, uma vez que há obrigação solidária entre a União, Estados e Municípios.



2) Os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público. Necessidade de preservar-se o bem jurídico maior que está em jogo: a própria vida. Aplicação dos arts. 5º, § 1º; 6º e 196 da Constituição Federal. É direito do cidadão exigir e dever do Estado fornecer medicamentos e aparelhos indispensáveis à sobrevivência, quando o cidadão não puder prover o sustento próprio sem privações. Presença do interesse de agir pela urgência da medida pleiteada. 3) Impossibilidade de substituição dos fármacos, pois a solução do problema passa pela análise do profissional da área da saúde que receitou os medicamentos. É ele quem tem os conhecimentos técnicos e adequados para poder alterar ou não os medicamentos receitados. 4) Conforme disposto no art. 460, parágrafo único do Código de Processo Civil, não é lícita a prolação de sentença condicional. Reconhecido o direito da parte ao recebimento de medicamento, não há que se estabelecer como condição para este fornecimento o prévio exame médico pelo demandante. APELO DEPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível N° 70048996375, Vigésima



Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 20/06/2012) – grifei.

Entrementes, a conclusão ora firmada não importa necessariamente em impunidade dos demandados, acaso comprovada a causação de dano ao erário *a posteriori*.

Ocorre que, no presente julgado não se está analisando o mérito da pretensão. Não se está dizendo que houve ou não prejuízo ao erário e que tal decorreu do agir irregular dos réus.

A conclusão firmada é da carência de ação, dada a impossibilidade jurídica de formular pedido de reconhecimento de ato de improbidade administrativa, na forma do art. 10, VI, da Lei 8.429/92, quando ainda não firmada a certeza acerca do prejuízo ao erário.

Então, inexorável o reconhecimento da incidência do disposto no artigo 268, do Código de Processo Civil:

“Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do



pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.”

À luz desta premissa, sublinho, a ação tendente ao ressarcimento do dano causado ao erário é de natureza imprescritível, nos termos do art. 37, par. 5º, da Carta Magna:

“

Art. 37. (...)

§ 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.”

A esse respeito, a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ilustrada nos arestos que colaciono:

PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SÚMULA 126/STJ. 1. Incide a Súmula 126/STJ, ante a não interposição de recurso extraordinário contra acórdão fundado em matéria constitucional. 2. **É imprescritível a ação civil pública que visa o ressarcimento ao erário, nos**



termos do artigo 37, § 5º, da CF e da jurisprudência desta Corte. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 25.522/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 28/03/2012) – grifei.

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. **No que concerne à ação civil pública em que se busca a condenação por dano ao erário e o respectivo ressarcimento, esta Corte considera que tal pretensão é imprescritível, com base no que dispõe o art. 37, § 5º, da Constituição da República.** Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 33.943/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 14/10/2011) – grifei.



AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO. TOMADA DE CONTAS. DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. **1. A ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível. Precedentes.** 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1224532/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 10/02/2011) – grifei.

Assim sendo, acaso consolidado o dano ao erário em momento posterior, quando findo o processo falimentar do Banco Santos S.A.⁹, inexistirá qualquer óbice à propositura de ação de ressarcimento, na forma do art. 37, par. 5º, da Constituição Federal, pois se tratar de pretensão que não se subsume a prazo de prescrição.

Reconheço e declaro, enfim, a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento do ato de improbidade administrativa, na forma do art. 10, VI, da Lei

⁹Em que pese a prova produzida pelas partes seja omissa a esse respeito, realizei consulta no “website” <http://www.bancosantos.com.br/> e diagnostiquei que o processo falimentar segue em tramitação.



8429/92, com supedâneo no art. 267, VI, do CPC.

4. Das sanções aplicáveis aos réus:

Em relação às sanções impostas àqueles que perpetram atos de improbidade administrativa, estatui o artigo 12, da Lei nº 8.429/92:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou



receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou



creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.” - grifei.

Exame açodado do dispositivo transcrito resultaria na conclusão de que o julgador estaria adstrito à aplicação das sanções cominadas pelo legislador, de forma cumulativa.

Contudo, não se trata da melhor exegese do preceptivo, o qual deve ser concebido à luz do princípio constitucional implícito da proporcionalidade.

Humberto Bergmann Ávila bem analisa a matéria:

(...) há casos em que é analisada a constitucionalidade da aplicação de uma medida não com base em uma relação meio-fim, mas com fundamento na situação pessoal do sujeito envolvido. A pergunta a ser feita é: a concretização da medida abstratamente prevista implica a não-realização substancial



do bem jurídico correlato para determinado sujeito? Trata-se de um exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual (...) in “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”¹⁰.

Embora repete que a razoabilidade não consubstancia princípio, pois norma constitucional não é, o insigne Eros Roberto Grau salienta a sua importância como regra de interpretação, para fins de obstar excesso¹¹.

E ainda que não se perfilhasse dito entendimento, não se pode olvidar que o parágrafo único, do artigo 12, do aludido diploma legislativo, impõe que o magistrado, por ocasião da aplicação da sanção, preste observância à *extensão do dano e do prejuízo patrimonial* advindos do caso concreto.

A extensão do proveito patrimonial ou prejuízo gerado ao erário não inibem a tipificação da conduta reprovável. Relevam, sobremaneira, porém, para a graduação da sanção

¹⁰RDA, 215, pp. 173/174.

¹¹In “Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito, 4ª. Ed., pp. 189/194.



adequada ao ímprobo.

Acerca da observância do princípio da proporcionalidade em sede de ação civil pública para apuração de ato de improbidade administrativa, insta citar o magistério de Fábio Medina Osório¹²

(...) A priori, as sanções devem ser cumulativamente impostas, dada a dicção direta e inequívoca do legislador, atendo-se o intérprete aos critérios legais na fixação do quantum da resposta estatal ao ato de improbidade. Por evidente que tal cumulatividade haverá de ser atenuado à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. (...) Parece-me que não apenas a extensão do dano e o proveito patrimonial devem ser considerados – na fixação e eleição das sanções – à luz, inclusive, da proporcionalidade, mas outros fatores inominados, v.g., grau de consciência da ilicitude, condições sócio-culturais do agente, circunstâncias do evento, conseqüências latu sensu, incluindo-se, nesta, a exemplaridade negativa, antecedentes do agente, e

¹² Improbidade Administrativa, 2ª ed. Porto Alegre. Ed. Síntese, 1998, p. 251.



censurabilidade de seu comportamento no meio comunitário, dentre outras. (...)

Consideradas as premissas acima estabelecidas, mormente a gravidade do ato de improbidade, que expôs a risco inaceitável a viabilidade do pagamento de benefícios previdenciários de centenas de servidores municipais, entendo razoável e proporcional a imposição de pena de suspensão dos direitos políticos em desfavor de todos os demandados pelo período de quatro anos, assim como a aplicação de multa civil equivalente ao triplo da remuneração que cada um deles auferia ao tempo do fato (30 de junho de 2004), verba que será objeto de correção pelo IGP-M, desde então, até a data do efetivo pagamento.

III – DISPOSITIVO:

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO**, resolvendo o mérito, na forma do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para:



a) **DECLARAR** que os réus STELA BEATRIZ FARIA LOPES, ANDREW CARVALHO PINTO e DILVAL DOS SANTOS DA ROSA perpetraram **ato de improbidade administrativa**, na forma do artigo 11, “caput”, da Lei nº 8.429/92, nos moldes da fundamentação;

b) **CONDENAR** os réus STELA BEATRIZ FARIA LOPES, ANDREW CARVALHO PINTO e DILVAL DOS SANTOS DA ROSA, com supedâneo no artigo 12, inciso III, da Lei 8.429/92, a **suspensão dos direitos políticos pelo período de quatro anos**, assim como ao pagamento de **multa civil em valor correspondente ao triplo da remuneração que auferiam**, em razão dos cargos públicos que exerciam, ao tempo do fato indicado na inicial (30 de junho de 2004), verba que será atualizada pelo IGP-M, desde aquela data, até a data do efetivo pagamento;

c) declarar a parte demandante carecedora de ação, por conta da impossibilidade jurídica do pedido, no tocante ao pedido de reconhecimento de atos de improbidade administrativa perpetrados pelos réus, na forma do art. 10, inc. VI, da Lei 8.429/92, com



fulcro no art. 267, VI, do CPC.

Sem condenação sucumbencial na espécie.

**Intimem-se, inclusive o Município de Alvorada, na
pessoa do seu Procurador(a)-Geral.**

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Alvorada, 29 de agosto de 2012.

ROBERTO COUTINHO BORBA,

Juiz de Direito, em substituição.