Câmara dos Deputados
Fl. 6839
Comissões Especiais

CÂMARA DOS DEPUTADOS

COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A DAR PARECER SOBRE A DENÚNCIA CONTRA A SENHORA PRESIDENTE DA REPÚBLICA POR CRIME DE RESPONSABILIDADE, OFERECIDA PELOS SENHORES HÉLIO PEREIRA BICUDO, MIGUEL REALE JÚNIOR E JANAÍNA CONCEIÇÃO PASCHOAL

DENÚNCIA POR CRIME DE RESPONSABILIDADE N. 1/2015

Volume 20

AUTUAÇÃO

Aos oito dias do mês de abril do ano de dois mil e dezesseis, em Brasília, Distrito Federal, na Secretaria da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, autuo os documentos que se seguem, referentes à **Denúncia por Crime de Responsabilidade n. 1/2015**, apresentada por Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaína Conceição Paschoal, em desfavor da Excelentíssima Senhora Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, **em continuação ao volume número 19**. E, para constar, eu, ...,
Claudia Maria Borges Matias, Secretária-Executiva da Comissão Especial, lavro e subscrevo a presente autuação.

Câmara dos Deputados
Fl. 6900
Comissões Especiais

ANEXO II

Câmara dos Deputados
Fl. 6901
Comissões Especiais

Parecer

André Ramos Tavares

Câmara dos Deputados
Fl. 6502
Comissões Especiais

PARECER JURÍDICO

SUMÁRIO-SÍNTESE:

I. VOTOS, VONTADES E VOCAÇÕES NAS PRETENSÕES DE *IMPEACHMENT*

Não haverá *mais Democracia* no Brasil pós-1988 em virtude de eventual sucesso na banalização do processo de *impeachment*, com sua abertura em face da Presidente Dilma Rousseff.

O pronto e cego atendimento às maiorias conjunturais, que se formam e se desfazem sob circunstâncias que são as mais variadas possíveis, não configura, automaticamente, uma vitória da Democracia.

O *impeachment* não se confunde com o voto de desconfiança típico dos regimes parlamentaristas.

II. PERSIDENCIALISMO E RESPONSABILIZAÇÃO

No regime presidencialista brasileiro a previsão constitucional do crime de responsabilidade representa uma exceção à incensurabilidade imediata do Presidente da República durante seu mandato por crimes estranhos ao exercício de suas funções.

A interpretação da cláusula constitucional dos crimes de responsabilidade de maneira submissa a eventuais descontentamentos políticos e econômicos representará a fragilização indevida do regime presidencialista, dentro de nosso modelo específico de "divisão dos poderes".

O mecanismo de *impeachment* constitui um reforço do próprio Presidencialismo, não podendo ser utilizado como opção livre do Congresso Nacional ou como moeda política para barganhas parlamentares, sem que, ao assim se proceder, resulte nítida violação à harmonia entre os Poderes.

III. PERPLEXIDADES EM FACE DO *IMPEACHMENT*

Muitas das colocações e advertências apregoadas recentemente afinam-se bem a um momento constituinte, por serem portadoras de ampliação das hipóteses

Câmara dos Deputados
Fl. 6903
Comissões Especiais

permissivas do *impeachment*. O *impeachment* da atual Presidenta, neste momento, porém, resvala para a confusão entre propostas constituintes e aplicação respeitosa de nosso Pacto Fundamental pelo Congresso Nacional.

A sustentação de um possível *impeachment*, neste momento, é temerária, constitucionalmente falando, porque não se pode ver atentado à Constituição nas ocorrências eventuais de atos inconstitucionais. Também não se pode conceber como uma singela proposta de que a continuidade subjetiva constatada (mesma pessoa eleita para um mandato imediatamente consecutivo) imponha ou permita ampliar o universo de atos sindicáveis.

Uma remodelagem do regime constitucional presidencialista brasileiro, calcada na cláusula que passou a permitir a reeleição *e* no viés radicalmente persecutório assumido por parte da sociedade, inverte a supremacia constitucional e promove uma interpretação da Constituição consolidada conforme efeitos não assumidos pela Emenda n. 16/97; promove, ainda, uma leitura provisória da Constituição, conforme maiorias imaginárias e conjunturais. Tecnicamente, não se pode invocar a interpretação constitucionalmente conforme para validar esse raciocínio.

IV. DIREITO INTERTEMPORAL

Ainda que se pudesse aceitar a fragilização do regime presidencialista brasileiro com a banalização do *impeachment*, ainda que a Emenda da reeleição pudesse servir como porta de acesso à mudança ampla de um específico regime presidencialista desenhado em 1988 para novamente fragilizá-lo, ainda que a interpretação constitucional pudesse e devesse curvar-se às vozes mais radicais sem danificar o próprio mote de uma Constituição, estar-se-ia, no caso presente, perante vedação de mudança retroativa.

O quadro normativo-constitucional assim delineado não configura um ponto cego do regime presidencialista, posto que a responsabilidade de quem está investido de autoridade e *dever* públicos, inclusive a da Exma. Sra. Presidenta, surge (i) para já, na eventualidade de estar dentro dos parâmetros fixados constitucionalmente e aqui analisados; (ii) no futuro próximo, quanto aos (eventuais) atos estranhos ao exercício do mandato, nos termos da legislação vigente.

Câmara dos Deputados
Fl. 6904
Comissões Especiais

DA CONSULTA

Considerando o regime constitucional e democrático em face da pretensão de *impeachment* da Exma. Sra. Presidenta DILMA VANA ROUSSEFF, pretensão esta sustentada por alguns juristas, por militantes político-partidários e secundada por certos segmentos da sociedade, passarei à análise dessa pretensão em consonância com os quesitos abaixo assinalados, que bem expressam a centralidade da discussão que tomou lugar neste momento histórico do País.

Bem compreender os caminhos da Constituição brasileira requer não apenas conhecer seus limites gramaticais, que efetivamente existem. Neste ponto, recordo-me das lições de FRANK O. BOWMAN e STEPHEN L. SEPINUCK[1] que, embora em artigo dedicado ao *impeachment* nos E.U.A. (cujo desenho é diverso do brasileiro, embora tenha nos inspirado sob a Constituição brasileira de 1891) chamam a atenção para uma vinculação, que é chave-de-leitura em ambos países, a chamada "fidelidade constitucional", comumente ignorada no Brasil.

Recordam esses autores, em lição plenamente válida ao Brasil, que o texto da Constituição efetivamente estabelece as hipóteses de *impeachment*. Assim, embora a palavra final sobre o afastamento ou não de um Presidente da República seja do Congresso Nacional, não havendo

[1] "High Crimes & Misdemeanor": Defining the constitutional limits on presidencial impeachment. *In*: *Southern California Law Review*, n. 72, 1999.

Câmara dos Deputados
Fl. 6905
Comissões Especiais

aqui, como sabemos, um dever constitucional de fazê-lo, há um desenho constitucional a ser respeitado, para que surja validamente esse espaço de opção. Nesse sentido temos a fidelidade, os limites gramaticais. As Casas do Congresso Nacional encontram-se constritas pela Constituição, apesar da liberdade na decisão final. Além do aspecto da fidelidade ao texto constitucional, é preciso, como acentuei inicialmente, muito mais. É imperativo para bem situar-se perante a Constituição, flagrar as cláusulas constitucionais em suas relações recíprocas (leitura unitária), em suas relações concretas (concretismo metodológico na estruturação da norma final) e em suas relações orgânicas (com a interpretação finalística).

Ao longo do presente parecer serão desenvolvidos e respondidos, de forma articulada, os seguintes quesitos:

> (i) Qual o alcance e o significado do art.86, parágrafo quarto, da Constituição Federal?
>
> (ii) Para fins de eventual responsabilização por impedimento, em hipótese de reeleição presidencial, pode-se cogitar de continuidade de mandato ou são mandatos autônomos?
> Em síntese, pode haver responsabilização no segundo mandato por conduta eventualmente ocorrida em mandato anterior?
>
> (iii) Como interpretar o artigo 15 da Lei n.1079/50 à luz do artigo 86, parágrafo quarto da CF?
>
> (iv) Eventual parecer do Tribunal de Contas da União pela rejeição de contas presidenciais precisa ser aprovado pelo Congresso Nacional? Qual *quorum* deve ser obedecido?
>
> (v) Quais as consequencias jurídicas da reprovação das contas presidenciais? Tal reprovação pode ser utilizada como fundamento de eventual denúncia por crime de

Câmara dos Deputados
Fl. 6906
Comissões Especiais

responsabilidade?

(iv) Considerando o teor do art. 86 "caput" da CF, que estabelece o regime jurídico a ser observado em crime de responsabilidade, poder-se-ia admitir que o Plenário da Câmara dos Deputados, por maioria simples, acolhesse recurso contra a decisão de arquivamento de denúncia do Presidente da Casa?

(v) Em se tratando da prática de eventual crime de responsabilidade, o Presidente da República poderá responder tanto por conduta comissiva como omissa? Pode ser responsabilidade apenas na modalidade dolosa ou na culposa também?

Para responder a questionamentos como estes, tenho sempre insistido que as conclusões são válidas para o âmbito da hipótese trabalhada, ou seja, com as peculiaridades da situação e do contexto (fático e jurídico) em que emergiu a problemática[2]. Variantes dos elementos fáticos até agora conhecidos e aqui apresentados e utilizados podem conduzir a soluções jurídicas diversas daquelas constantes no presente parecer, que escrutina as normas a partir de uma ocorrência e coerência concreta narradas.

Considero, conceitualmente falando, a imperiosidade de uma leitura emancipatória, livre de um positivismo formalista supostamente atemporal e neutro, que se apresenta como superior e irrefutável, mas que é finalisticamente engajado com proposições e projetos cujo conteúdo muitas vezes representa apenas a vitória da força e do poder econômico, em detrimento das pautas sociais, republicanas e democráticas, mormente daquelas que se amparam na Constituição em vigor.

[2] Sobre a importância do concreto na interpretação e compreensão do Direito: André Ramos Tavares. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

Câmara dos Deputados
Fl. 6907
Comissões Especiais

DO PARECER

I. VOTOS, VONTADES E VOCAÇÕES NAS PRETENSÕES DE *IMPEACHMENT*

A Democracia tende a ser concebida como resultante direta da possibilidade de participação de todos interessados na escolha de seus representantes eleitos. Nesta perspectiva, ainda que seja mínima, é inevitável falar do papel de votos e vontades. A atribuição de votos tanto significa participação democrática dos atores sociais como legitimidade para a ação dos eleitos. Embora a Democracia não se possa circunscrever a um único momento, ela certamente está presente quando se fala da decisão das urnas no Brasil, bem como da garantia efetivada, aqui, do voto direto, secreto, universal e periódico.

Em uma grande Democracia como a brasileira, a escolha do Presidente da República apenas após a concordância da maioria *absoluta* dos votos (não computados os votos brancos e os votos nulos, cf. art. 77, §2º, da Constituição do Brasil) representa um reforço de legitimidade democrática, posto que com esse protocolo normativo-democrático não basta a maioria *simples* dos votos para alcançar o mais alto posto do Poder Executivo nacional.

Câmara dos Deputados
Fl. 6908
Comissões Especiais

A vontade nacional é colhida de maneira insuspeita e a escolha assim realizada reforça laços democráticos da sociedade civil.

Neste sentido, ou seja, no sentido constitucional, haverá tanto mais Democracia quanto maior for a participação dos eleitores na escolha de um dentre os nomes que os partidos políticos apresentam.

Uma segunda característica, em nossa Democracia, está em ser exercida, necessariamente, por meio dos partidos políticos. Não se admitem, aqui, as chamadas candidaturas avulsas, nem agremiações que não sejam devidamente registradas como partidos políticos de expressão nacional.

Dessa maneira, é também inevitável concluir que mais Democracia, no sentido constitucional, significa também ampliar as pontes entre a sociedade civil e as agremiações partidárias, seja em termos da transparência, seja em termos de coerência e firmeza ideológica destas associações.

A utilização de um mecanismo, como o *impeachment*, pelo Congresso Nacional (dentro do papel recebido por cada uma das Casas) significa, sempre, *inabilitar milhões de votos e conexões construídas no tecido social pelos partidos políticos e pelo cidadão.* Sua excepcionalidade, em termos democráticos, não pode ser ignorada; pelo contrário, deve ser permanentemente relembrada, de maneira a servir como advertência quanto ao seu uso inadequado, ainda que o desvio possa parecer mínimo, aos olhos de certa da teoria normativa.

Câmara dos Deputados
Fl. 6909
Comissões Especiais

Não haverá mais Democracia no Brasil pelo uso do *impeachment*, pela sua instauração pela maioria qualificada de 2/3 dos votos da Câmara dos Deputados e sua continuidade e eventual imposição pela maioria no Senado Federal.

A potencialização do viés democrático só pode ocorrer, nos termos constitucionais, por meio dos processos acima indicados, não incluído o *impeachment*, ao contrário do que parecem supor algumas vozes que recentemente se têm feito conhecer.

O *impeachment* não pode ser assimilado como mecanismo nem de Democracia nem como mecanismo rotineiro em Democracias. Nem uma coisa, nem outra. Nem promove a Democracia, pois não se destina constitucionalmente a isso, nem lhe é imanente. O *impeachment* atende a outra lógica, como se verificará neste estudo.

Ademais, à Democracia (agora em termos mais conceituais) há de se assinalar uma terceira característica, que a distancia do Governo das maiorias. A Constituição de 1988 representa um marco democrático inequívoco, não apenas pela efetiva superação do terrível regime da ditadura militar, mas também porque estabeleceu uma Democracia dos direitos fundamentais, das minorias e do desenvolvimento nacional.

Neste último sentido é que se costuma assinalar que a Democracia constitucional estabelece *um Governo contra-majoritário*. A afirmação é conceitual e atemporal. Maiorias, conjunturais ou não, devem respeitar balizas mínimas, alocadas na Constituição e, por isso, intransponíveis, ainda que seja possível constatar, em dada realidade, uma maioria da oposição.

Câmara dos Deputados
Fl. 6910
Comissões Especiais

Em outras palavras, a Democracia brasileira resguarda-se contra a formação de maiorias conjunturais (e por maior motivo, de minorias radicais ou extremistas) que acenem com caminhos que pretendem reformar ou eliminar valores considerados básicos à sociedade. Essas ocorrências costumam ser mais comuns em períodos de crise, seja na crise econômica, seja na crise política.

O *impeachment* não é nem pode ser uma alternativa à Democracia eletiva, ou às políticas econômicas adotadas por determinado Governo. Descontentamento político com a postura de algum Presidente da República, desilusão com determinadas políticas econômicas (ou com políticas públicas) e, igualmente, o esmorecimento de laços de confiabilidade no projeto governamental, como sentenciar, por convicção pessoal, que "a Presidente não tem mais condições de governar o país"[3], não ensejam *impeachment* e dessas razões não se pode valer o Congresso Nacional sem incursionar firmemente, ele próprio, em desvio grave à Democracia e à Constituição.

Não se pode subverter nossos sistema para atender ao desejo de fazer uso do (e instaurar o) **voto de desconfiança**, típico de modelos parlamentaristas, mas completamente descabido em nosso sistema. Utilizar essas razões para permitir a abertura do processo de *impeachment* seria atuar completamente à margem da Constituição, para seguir exclusivamente um voluntarismo que pode resvalar facilmente para o autoritarismo ou para golpismos de várias matizes.

[3] José Afonso da Silva. Renúncia e Legitimidade. *In*: *Folha de São Paulo*. 21/08/2015. Apesar de sustentar a renúncia, ao final, o autor admite: "Minha análise é a de que a crise política precisa ter fim. Se não for pela renúncia, acabará sendo pelo *impeachment* [...]".

Câmara dos Deputados
Fl. 6911
Comissões Especiais

O remédio para os inapropriados caminhos que costumam ser oferecidos é a própria Democracia constitucional, com seus bloqueios normativos e sistema de nulidades. Esta é uma das conhecidas vocações do constitucionalismo, e que tem servido exemplarmente bem às sociedades que a esse modelo se alinharam.

Nesse contexto de bloqueio está a desabilitar infundadamente todos os votos hauridos legitimamente na urna, em eleições limpas e justas, administradas de maneira exemplar pela Justiça Eleitoral e cujo resultado final - como costumava afirmar o Ministro LEWANDOWSKI, então à frente da Justiça Eleitoral nesse processo de escolhas - foi a pacificação social após o momento de acirradas disputas, típico dos processos político-eleitorais.

O *impeachment* não é um mecanismo com vocação para reforçar o resultado das urnas ou a vontade formalmente manifestada por toda a sociedade. Entende-se, pois, que essas sequer se tornem preocupações manifestas das Casas do Congresso Nacional quando se trata legitimamente de um *impeachment*. É, em realidade, um mecanismo típico do modelo Presidencialista brasileiro, de defesa da Constituição e das suas instituições. Passo a analisar, pois, essa temática, a partir dessa perspectiva, evitando a tentação (resultante de uma falácia) em atrelar *impeachment* a "mais Democracia" ou a de transformá-lo em um natural "voto de desconfiança".

Câmara dos Deputados
Fl. 6912
Comissões Especiais

II. PRESIDENCIALISMO E RESPONSABILIZAÇÃO

No Presidencialismo, especialmente o brasileiro, é cediço estarmos diante de um sistema de Governo fortemente marcado pelo personalismo, característica que tanto pode ser considerada positiva quanto negativa, a depender do ângulo que se emprega na análise.

O Presidencialismo nasce, historicamente, com a atribuição de responsabilidades e deveres ao cidadão escolhido para personificar o interesse social e a liderança. O regime de responsabilizações, porém, é muito próprio, pois o forte personalismo da figura presidencial acabou por exigir uma tutela especial, que eximisse o mandatário, durante o mandato, do ônus de acusações penais espúrias ao mandato, nos termos do que dispõe o art. 86 de nossa Constituição:

> "§4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de sua função"

Isso equivale a afirmar que o Presidente da República somente poderá ser processado, enquanto durar o seu atual mandato, nos crimes nele (atual mandato) cometidos *in officio* ou *propter officium*, desde que as autorizações de cada hipótese sejam concedidas. A chamada *persecutio criminis* não é vedada fora das hipóteses criminais funcionais ou nos crimes anteriores ao exercício do mandato, vedação que se estende enquanto durar o exercício do mandato. Portanto, nos crimes comuns, que são capitulados residualmente [4] em relação aos crimes de responsabilidade, o Presidente

[4] Cf. André Ramos Tavares. *Constituição do Brasil Integrada*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 236.

Câmara dos Deputados
Fl. 6913
Comissões Especiais

recebeu o que parte da Doutrina denomina como "imunidade processual temporária".

O chamado crime de responsabilidade integra, portanto, o **regime presidencialista brasileiro de responsabilização restrita**, que contempla a possibilidade de se levar adiante a responsabilização presidencial na hipótese de caracterizar-se **atentado à Constituição** (art. 85, *caput*).

Fica assim, pois, mais evidenciado o motivo pelo qual não se deve, rigorosamente, falar em *impeachment* como mecanismo para obter-se mais Democracia ou reforçá-la, mas sim como mecanismo para defesa da Constituição (via Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional), contrapondo-se, inclusive, às decisões democraticamente assumidas.

É certo que, indiretamente e em sentido mais abstrato, protege-se também a Democracia. Mas é preciso bem compreender esta afirmação. Tal forma de tutela ocorre apenas quando o *impeachment* se dirige contra ataques presidenciais identificados como uma pretensão de afastar o modelo democrático, seja pela violação presidencial às garantias do voto e dos direitos políticos (art. 85, inc. III, da CB), incluídos, aqui, atos presidenciais que eliminam os partidos políticos da vida nacional para perpetuar-se o Presidente no Poder, ou, ainda, atos presidenciais que caracterizem um Governo que usurpa os demais "Poderes" da República e suas decisões (art. 85, inc. II e VII, da CB). Nenhuma dessas hipóteses resta caracterizada em face da atual Presidenta da República; não há identificação de nenhum ato presidencial que assuma ou tenha assumido qualquer dessas conotações em termos de fundamentar a

Câmara dos Deputados
Fl. 6914
Comissões Especiais

pretensão de uma resposta igualmente grave e custosa à Democracia que é o *impeachment*.

É possível afirmar, validamente, ainda, que o *impeachment* é um mecanismo de proteção do próprio Presidencialismo, evitando que as bases do poder presidencial sejam ignoradas, violadas ou sofram um ataque por aquele que assumiu o dever constitucional de comprometer-se com sua defesa intransigente[5]:

> "Art. 78. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, *prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição*, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil."

Mas o *impeachment*, no Brasil, significa um mecanismo não apenas do Presidencialismo, pois é também mecanismo de autoproteção constitucional. A Constituição protege a si mesma. Assim como ocorre com as hipóteses de cláusulas de eternidade (art. 60, §4º, da CB), também as hipóteses de *impeachment* (art. 85, da CB) significam um mecanismo constitucional específico de preservação da própria Constituição, de seus comandos, valores ou pretensões mais "sensíveis".

O quadro normativo-constitucional assim delineado não configura um ponto cego do regime presidencialista, posto que a responsabilidade do exercente de qualquer Poder, inclusive do Presidente, permanece para já, quando estiver dentro dos parâmetros fixados, bem como resta para o futuro, nos termos acima indicados, para os fatos típicos indicados

[5] A conexão entre o art. 78 e a possibilidade de responsabilização política do Presidente da República vem assinalada também por Michel Temer, cf. *Elementos de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 165, n. 9..

Câmara dos Deputados
Fl. 6915
Comissões Especiais

na legislação vigente. Não há, pois, uma irresponsabilidade penal absoluta do Presidente da República no Brasil (cf. STF, Inq. 672-QO, Min. Rel. CELSO DE MELLO, DJ 16/04/1993) e nada do que se estabeleceu até aqui contradiz ou pretende infirmar essa orientação adotada pelo STF.

Se, de um lado, para o bom desempenho das múltiplas e altamente complexas funções presidenciais, é relevante resguardar a figura do Presidente de responsabilizações (penais) espúrias ao exercício de seu mandato, durante o exercício desse mandato, quando se reportem a fatos anteriores ao mandato, ou a fatos ocorridos durante o mandato mas que não guardem relação com este, de outro lado essa proteção não poderia englobar o eventual ataque presidencial à própria Constituição, que é sua fonte indireta de legitimidade e seu paradigma de ação. Seria realmente paradoxal que a Constituição protegesse a tal ponto o Presidente da República que abandonasse a si própria.

Isso não significa, porém, que o processo de *impeachment* seja uma opção livremente aberta para o caso de querer-se, por qualquer motivo, responsabilizar o Presidente da República, bastando superar o quórum altamente qualificado de 2/3 dos votos dos parlamentares. Crises políticas, crises econômicas e até crises sociais não constituem, por si mesmas, elementos ensejadores de um processo de *impeachment.* As causas que, remotamente, podem ter rendido essas crises, ou para elas contribuído, podem configurar, sim, hipóteses válidas de *impeachment.* Assim se concebem os atos do Presidente que atentem contra "a probidade na administração" (hipótese do inc. V do art. 85, da CB) e "a lei orçamentária" (hipótese do inc. VI do mesmo

Câmara dos Deputados
Fl. 6916
Comissões Especiais

artigo). Deixo a análise destas hipóteses específicas, comumente invocadas na atualidade brasileira, para estudo mais detido no item seguinte.

Em outros termos, resta evidenciado que o *impeachment* não está configurado constitucionalmente para uso imediato em momentos de convulsão social, de tragédias nacionais ou de crises globais, para ficarmos em algumas das principais hipóteses que parecem povoar o imaginário popular construído pela "popularização" do referido mecanismo excepcional.

A responsabilização do Presidente, com a perda do mandato, é tratada, como se sabe, topicamente pela Constituição do Brasil, demandando o que se denomina de "atentado à Constituição" como única hipótese legítima deflagradora do processo de impedimento, nos termos que se encontra talhada nos incisos do art. 85, da CB.

III. PERPLEXIDADES EM FACE DO *IMPEACHMENT*

O assunto "impeachment" ganhou, inequivocamente, destaque nas manchetes nacionais em 2015. Essa circunstância histórica exige que adentremos com cuidado nessa seara, posto que essa presença no debate nacional não ocorreu sem falhas e falácias.

Não são poucas as discussões e posicionamentos que só se podem conceber como proposições de mudança do modelo, quer dizer, que deixam de trabalhar com o mecanismo positivado em 1988 para apontar-lhe falhas e dificuldades, sugerindo um novo modelo geral. Proposições desse quilate devem ser devidamente identificadas como prospectivas, e não se

Câmara dos Deputados
Fl. 6917
Comissões Especiais

inserem no contexto atual de discussões práticas, salvo como leituras dispersas daquilo que seria inapropriado, mas é resguardado pelo Direito posto.

Em grande parte essas proposições são portadoras de um discurso supostamente mais rigoroso para o Presidencialismo. Aqui, dois aspectos se entrelaçam e sua somatória potencializa as possibilidades de uma confusão entre presente e futuro, entre **opiniões gerais**, que encontram a liberdade plena de manifestação no Brasil, e aquilo que chamarei de **opiniões jurídicas práticas**, que procuram entender os limites desse mecanismo no Direito brasileiro em vigor. Nada impede, adiante-se, que juristas emitam opiniões gerais, desvinculadas do Direito positivo, até porque sempre me pareceu que um dos principais papéis da Ciência do Direito, para além da compreensão do Direito, está na crítica ao próprio Direito posto. Feitas essas ressalvas, reitero que permaneceremos, neste estudo, dentro de uma perspectiva prática perante o Ordenamento Jurídico em vigor, incluindo seus dilemas de efetividade e limitações.

Nesse marco metodológico inescapável a uma análise prática, temos, de uma parte, a Emenda Constitucional n. 16, de 1997, que alterou a redação do §5º do art. 14, da CB, para passar a permitir o que originariamente, em 1988, era vedado: a reeleição.

De outra parte, temos uma permanente revisitação constitucional por parte dos operadores do Direito, para emprestar a esse Documento significados mais adequados à evolução social, às inovações tecnológicas e aos novos desafios mundiais. Não se trata, aqui, de exercer uma crítica ao Direito, mas de movimentar-se dentro do Direito, em seus espaços abertamente positivados.

dos Deputados
Fl. 6918
Comissões Especiais

Trata-se, no caso da Constituição, do que se denomina comumente como *living constitution*, impedindo-se o obsoletismo do texto elaborado em contexto histórico diverso, em certas temáticas, um contexto profundamente diverso. Nessa linha de ponderação, as mudanças (informais) são consideradas como bem-vindas, por permitirem manter "viva" a Constituição escrita em passado que se distancia quanto às suas premissas.

Esses dois aspectos podem acabar por animar o intérprete atual, especialmente um Congresso Nacional que está igualmente enfrentando um momento de crise, a um movimento que, efetivamente, não lhe cabe, sob pena de frustrar o modelo presidencialista e cometer-se verdadeira fraude constitucional.

A conhecida mutação informal da Constituição encontra limites severos no tema "separação de poderes". Se em âmbito de direitos fundamentais é preciosa a leitura atualizada, ensejadora de uma amplitude inicialmente não cogitada para os direitos, geralmente operada pelo Poder Judiciário, esse raciocínio é incompatível com as questões estruturais dos Poderes, para reduzir ou ampliar o espectro de cada um dos Poderes da República.

Também tem sido comum o esforço argumentativo que se vale da E.C. n. 16/97. Sugere-se que a inovação por ela introduzida, quanto à reeleição, teria a capacidade de ampliar as hipóteses originais ensejadoras de *impeachment*. Essas colocações reconhecem, como não poderia deixar de ser, a aderência inicial do *impeachment* a um único mandato ("vigência de seu mandato"), de cinco anos naquele momento, passível de ser exercido por

dos Deputados
Fl. 6919
Comissões Especiais

um Presidente da República. Essa coerência inquebrantável foi perturbada (mas não só ela) pela referida Emenda.

Tendo sido reiteradamente emendada a Constituição, inúmeros mecanismos discrepantes de seu eixo de sustentação original foram inseridos, alguns sem qualquer cuidado ou atenção a outras normas. Disso resultou o fenômeno caracterizado por muitos como sendo um retalhamento constitucional, fonte de disputas e confusões inaceitáveis à Democracia e à sociedade.

A reeleição, ao permitir que o mesmo mandatário pudesse exercer mais um (único) mandato imediatamente sucessivo, passou, então, a ser utilizada, recentemente, como fórmula mágica para a ampliação das hipóteses de responsabilização do Presidente da República. Mas a reeleição é coisa diversa de uma continuidade do mandato anterior. Naquela, uma nova investidura democrática é anunciada e não se pode cogitar de uma analogia ou mesmo interpretação ampliativa em área tão sensível para equiparar realidades normativas distintas. Não vale, aqui, o olho comum, que apenas enxerga o continuísmo.

Ainda nessa mesma discussão originada da Emenda Constitucional, tenho para mim que se era possível ao legislador reformador da Constituição inserir a reeleição, também lhe era possível antever algumas dificuldades daí decorrentes, que longe de serem surpresas, encontravam-se bem delineadas no horizonte de perspectivas daqueles que manejam diariamente as normas jurídicas. Por que, então, deixar de se pronunciar expressamente sobre o tema? Ocorre que uma das explicações está no fato de que o tema esbarra nos limites da própria capacidade reformadora do Congresso

Câmara dos Deputados
Fl. 6920
Comissões Especiais

Nacional. Refiro-me, aqui, à capacidade técnica, não às dificuldades políticas. Tecnicamente, o Parlamento não pode aprovar normas que reduzem a independência constitucional da Presidência. Assim, mais razoável seria deixar de aludir à ampliação das hipóteses de *impeachment*, contando ou com a inefetividade do mecanismo ou com a improbabilidade de sua ocorrência específica nos termos aqui expostos. Mas o *impeachment* tanto se mostrou mecanismo efetivo como surgiu também a complicação decorrente do "emendismo" brasileiro operado de afogadilho, sem as devidas precauções e reflexões mais profundas.

Assim a reeleição, uma vez efetivada na prática, estaria a atrair, para muitos, a fusão de mandatos, de maneira a poder-se perscrutar todo o período de um mandatário, **ignorando-se o momento democrático de renovação dos laços de legitimidade e de mudança**. Essa solução, quando entregue à sua própria fortuna, exigirá a responsabilização também em casos de hiato entre o exercício de um mandato e outro, posto que não haveria solução de continuidade subjetiva. Aqui já surge um índice da perplexidade que a solução propugnada porta em si.

Em outras palavras, para adeptos da tese acima identificada, a mudança na vedação da reeleição também teria sido uma mudança das regras do Presidencialismo, especificamente falando, do *impeachment*. Ou seja, um efeito da nova cláusula constitucional da reeleição seria ampliar a responsabilização do Presidente da República, reduzindo o regime específico de garantias.

Um comando implícito, não-declarado, da cláusula constitucional da reeleição, seria o de poder-se superar a Democracia eletiva

Câmara dos Deputados
Fl. 6921
Comissões Especiais

para impedir o exercício da Presidência por prática de atos não relacionados ao atual mandato.

Mais do que mera perplexidade, temos nesse encaminhamento **uma remodelagem ilegítima do regime constitucional de Presidencialismo brasileiro**, calcada na cláusula que passou a permitir a reeleição. **Essa construção despreza a supremacia constitucional** e promove uma interpretação da Constituição consolidada conforme Emenda. Ademais, não se trata de uma interpretação constitucionalmente conforme, já que, se não fosse por outros motivos, esta há de partir da Constituição original e em vigor, e não o oposto, quer dizer, em vetor direcionado à Constituição, mas que parte de outros elementos normativos externos a essa Constituição (como a Emenda ou vozes pseudo-majoritárias momentâneas).

A questão de um possível *impeachment*, neste momento, além de ser tema extremamente sensível, como universalmente o é, não pode ser aceita e incorporada como uma singela proposta de que a continuidade subjetiva (mesma mandatária eleita) esteja a impor a ampliação (temporal) do universo de atos sindicáveis para fins de *impeachment*.

Outra perplexidade constitucional está na tentativa de se escamotearem pretensões políticas e divergências ideológicas com a invocação das mencionadas hipóteses de atentado à "probidade na administração" (hipótese do inc. V do art. 85, da CB) ou à "lei orçamentária" (hipótese do inc. VI do mesmo artigo). Nos textos publicados e veiculados a respeito do tema há exclusivamente alegações de ordem genérica, que acabam por banalizar o *impeachment* como um mecanismo que deve ser servido rotineiramente. Além do perigo de desestabilizarmos nossa Democracia,

Câmara dos Deputados
Fl. 6922
Comissões Especiais

transformando-a em uma contínua disputa entre correntes políticas e ideológicas, institucionalizando o padrão instabilidade, há uma distorção do significado das hipóteses ensejadoras do *impeachment*.

Não sendo mecanismo corriqueiro da Democracia, o *impeachment* emerge quando temos um **atentado à Constituição**, como assevera sua própria hipótese de incidência (art. 85, *caput*, da CB), não uma ou outra inconstitucionalidade, praticada pelo Presidente da República. Aliás, a diferenciação é bem conhecida da melhor Doutrina constitucional. Cito, a propósito, as lições de GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Professor Emérito da Universidade de Bolonha, ao analisar o caso italiano, similar que é, neste tópico, ao brasileiro, especialmente pela referência ao "atentado à Constituição" (art. 90). Adverte VERGOTTINI que "A esse respeito está esclarecido que a violação de disposições constitucionais não significa automaticamente atentado à Constituição. Este último é composto pela determinação direta de subverter radicalmente a ordem constitucional vigente"[6].

O atentado à Constituição e a inconstitucionalidade são fenômenos fático-normativos significativamente diversos e a falta de compreensão dessa disparidade fenomênica vai permitir, a parte da Doutrina, alcançar resultados chocantes à técnica e ao rigor científicos. Ilustro com uma situação bem conhecida para o caso brasileiro. Imagine-se que uma Lei, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República seja reputada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal. Está, aí, caracterizado o ato de sanção da Lei como sendo, inequivocamente, inconstitucional. Não há divergência doutrinária neste ponto. Nem por isso se

[6] Giuseppe de Vergottini. *Diritto Costituzionale*. 8. ed. Padova: Cedam, 2012, p. 551.

Câmara dos Deputados
Fl. 6923
Comissões Especiais

cogitaria de levar às barras do juízo senatorial de impedimento o Presidente da República. Praticar um ato contrário à Constituição não equivale a atentar contra a Constituição, para fins de *impeachment*. Ignorar essa circunstância é, uma vez mais, estabelecer o regime da instabilidade democrática, cujos resultados só podem ser, a curto, médio e longo prazos, catastróficos para a sociedade.

Ao falar-se em subverter radicalmente a Ordem Constitucional vigente é consubstancial a essa conduta o elemento doloso. É também imprescindível um ato positivo, no sentido de que o resultado seja desejado e por ele tenha atuado efetivamente o Presidente.

A Lei n. 1.079/50, ao suspostamente especificar as práticas ensejadoras de *impeachment*, não pode ser compreendida fora desse marco constitucional. Não se pode, pois, acessar o conteúdo dessa legislação com a lupa comumente utilizada na aplicação das leis civis em geral.

Portanto, pretender trabalhar com as hipóteses constitucionais ensejadoras de *impeachment* "no varejo" ou em modalidades omissivas genéricas ou meramente culposas, significa, em última instância, transformar a realidade normativa do *impeachment* para modificar o sentido da responsabilidade presidencial.

A questão orçamentária, contudo, parece ter ganhado destaque próprio, após a elaboração de parecer, pelo Tribunal de Contas da União, que concluiu pela rejeição das contas anuais prestadas pela Presidente da República, com base em sua competência expressa no art. 71, inc. I, da CB. Nesse caso, em combinação direta com o referido art. 85, inc. VI, da CB, estaria delineada a comprovação para instaurar imediatamente o processo de

Câmara dos Deputados
Fl. 6924
Comissões Especiais

impeachment. Nada mais ilusório, considerando dois pontos centrais que devem ingressar nesse cálculo: i) o Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Parlamento, proferindo parecer indicativo, e ii) as contas devem ser "julgadas" pelo Congresso Nacional (art. 49, inc. IX, da CB).

Como assinalo em meu "Curso de Direito Constitucional", falar em órgão auxiliar do Parlamento equivale a afirmar que o TCU é "organicamente, portanto, atrelado à estrutura do Congresso Nacional"[7]. Considerando que o julgamento das contas, no caso, envolve decisão parlamentar, é consectário desse conjunto normativo que a autoridade competente para julgar as contas presidenciais é o Congresso Nacional. E esta competência deve ser exercida com respeito às garantias constitucionais do processo parlamentar, incluindo uma decisão final por maioria de votos (nos termos do art. 47, da CB).

A razão de termos um deslocamento de competência para julgamento das contas, do Tribunal para o Parlamento, está no pressuposto constitucional de que deve prevalecer, nesse julgamento, mais do que critérios técnicos contábeis e de gestão, razões de Estado. A Constituição reafirma, neste ponto, que o Governante está jungido a comandos constitucionais que exigem condutas tendentes a promover direitos sociais e desenvolvimento nacional, em planejamento macroeconômico e cujos resultados só são aferíveis a longo prazo.

Fazer uso automático e irrestrito de um parecer de contas (prévio, na dicção constitucional inequívoca) para fins de sustentar o

[7] André Ramos Tavares. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 979.

Câmara dos Deputados
Fl. 6925
Comissões Especiais

impeachment equivale a contornar, de uma só vez, tanto o disposto tanto no *caput* do art. 85, como no inc. IX do art. 49 da CB.

IV. DIREITO INTERTEMPORAL

Gostaria de avançar na análise técnica do tema propondo um exercício de coerência das conclusões que enxergam a hipótese de *impeachment* e suas premissas. Para tanto, realizo a digressão com finalidade meramente elucidativa.

Nessa linha, ainda que se pudesse aceitar a fragilização do regime presidencialista brasileiro com a banalização do *impeachment*, ainda que a Emenda da reeleição pudesse servir como porta de acesso à mudança do específico regime presidencialista cogitado em 1988, novamente fragilizando-o, é preciso reconhecer que há uma mudança (informal) que se pretende operar a partir do presente contexto histórico. É irresistível reconhecer nas atuais circunstâncias fáticas o processo que deflagrou a tentativa de ampliação temporal das causas de *impeachment*. Em assim sendo, é preciso também indagar se há vedação constitucional a uma mudança retroativa nesse tema.

Dito de outra forma, superadas todas as perplexidades e extrapolando o regime constitucional em vigor, que não permite a responsabilização por ato estranho ao mandato recebido no voto popular do qual resultou a atual diplomação da candidata eleito, seria constitucional impor a nova matriz constitucional de responsabilizações de maneira retroativa?

Câmara dos Deputados
Fl. 6926
Comissões Especiais

Nessa questão o STF, recentemente, como se sabe, entendeu, ainda dentro da temática matéria político-eleitoral, que mudanças que significam novas formas de inelegibilidades (Lei Ficha Limpa) só podem ser prospectivas. Os fundamentos constitucionais ali anunciados servem com exatidão ao caso presente do *impeachment*, pois estamos em seara de restrição de direitos. No caso presente, por maior razão, já que se restringem (como efeito do *impeachment*) tanto os direitos políticos da mandatária eleita, como também o direito fundamental (do povo) à Democracia e ao voto manifestado.

Nas circunstâncias atuais, a abertura do processo de *impeachment* significará a vitória do oportunismo de plantão, um flagelo à Democracia brasileira e um escárnio à Constituição.

V. DAS RESPOSTAS AOS QUESITOS

(i) O art. 86, parágrafo quarto, da Constituição do Brasil, estabelece norma que compõe o modelo brasileiro de Presidencialismo, resguardando o Presidente da República.

(ii) Para fins de eventual responsabilização por impedimento, em hipótese de reeleição presidencial, não é possível utilizar a continuidade subjetiva no exercício de mandato para fins de autorizar um processo de *impeachment*. Perante a Constituição brasileira não pode haver responsabilização no segundo mandato consecutivo, em virtude de conduta (eventualmente) ocorrida em mandato anterior, posto que isto equivale a ampliar as hipóteses de *impeachment* e fragilizar o modelo constitucional de Democracia e Presidencialismo.

Câmara dos Deputados
Fl. 6927
Comissões Especiais

(iii) O artigo 15 da Lei n.1079/50 e todas suas possíveis hipóteses interpretativas devem se conformar à Constituição em vigor (recepção que exige, muitas vezes, uma novação), em especial ao artigo 86, parágrafo quarto, da CB, nos termos aqui assinalados.

(iv) Eventual parecer do Tribunal de Contas da União pela rejeição de contas presidenciais é apenas indicativo, necessitando de aprovação pelo Congresso Nacional, por maioria de votos.

(v) A reprovação das contas presidenciais pelo parecer do Tribunal de Contas da União não pode ser utilizada como fundamento de eventual denúncia por crime de responsabilidade, pois este há de atender a uma finalidade e a hipóteses próprias, nos termos indicados neste estudo.

(iv) Sob pena de fraude à Constituição, no disposto em seu art. 86, não se pode admitir que o Plenário da Câmara dos Deputados acolha recurso contra a decisão de arquivamento de denúncia, eventualmente proferida pelo Presidente da Casa, fazendo-o por mera maioria simples, para fins de reverter essa decisão e automaticamente autorizar o processo de *impeachment*.

(v) O crime de responsabilidade não admite nem a conduta omissiva nem a modalidade culposa.

É o meu parecer.

São Paulo, 12 de Outubro de 2015

Professor ANDRÉ RAMOS TAVARES
OAB/SP n. 132.765

Câmara dos Deputados
Fl. 6928
Comissões Especiais

Parecer

Carlos Valder Nascimento, Heleno Tveira Tôrres
e Misabel A. Machado Derzi

Câmara dos Deputados
Fl. 6929
Comissões Especiais

CARLOS VALDER NASCIMENTO	HELENO TAVEIRA TÔRRES	MISABEL A. MACHADO DERZI
Professor de Direito Financeiro e Doutor pela UFPE	*Professor Titular de Direito Financeiro da USP*	*Professora Titular de Direito Financeiro e Tributário da UFMG*

PARECER JURÍDICO

I. A CONSULTA

Consulta-nos Sua Excelência Senhora **DILMA VANA ROUSSEFF**, digníssima **Presidenta da República Federativa do Brasil**, com pedido de elaboração de **PARECER JURÍDICO**, de caráter acadêmico, solicitado e oferecido em regime de gratuidade, dada a inédita rejeição das contas públicas do Governo Federal pelo e. Tribunal de Contas da União - TCU, sobre as questões ali suscitadas na sua defesa, pelo eminente **Advogado-Geral da União**, o Senhor Ministro de Estado **Luís Inácio Lucena Adams**.

Câmara dos Deputados
Fl. 693
Comissões Especiais

Em breve síntese, a Consulta tem por objeto a apreciação jurídico-constitucional dos motivos alegados no Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República, efetuados pelo e. Tribunal de Contas da União – TCU, sobre o Poder Executivo Federal, cujas contas em análise representam o exame do quarto ano da administração da Excelentíssima Senhora Presidenta da República.

Assim encontra-se a decisão concluída, a partir do Parecer do Relator, Ministro Augusto Nardes, no Acórdão nº 2461/2015 – Plenário, *in verbis*:

> ***"Parecer do Relator***
>
> *Os exames efetuados nos documentos, balanços e demonstrativos encaminhados pela Presidente da República foram enriquecidos com fiscalizações realizadas por diversas unidades técnicas do TCU, que permitiram a elaboração do projeto de parecer prévio submetido à apreciação do Plenário.*
>
> ***O Tribunal de Contas da União é de parecer que as Contas atinentes ao exercício financeiro de 2014****, apresentadas pela Excelentíssima Senhora Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, exceto pelos possíveis efeitos dos achados de auditoria referentes às demonstrações contábeis da União, consignados no relatório,* ***representam adequadamente as posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial, em 31 de dezembro de 2014****; contudo, devido à relevância dos efeitos das irregularidades relacionadas à execução dos orçamentos, não elididas pelas contrarrazões apresentadas por Sua Excelência, não houve observância plena aos princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal, às normas constitucionais, legais e regulamentares na execução dos orçamentos da União e nas demais operações realizadas com recursos públicos federais, conforme estabelece a lei orçamentária anual, razão pela qual* ***as Contas não estão em condições de serem aprovadas, recomendando-se a sua rejeição pelo Congresso Nacional****.* (Grifamos).
>
> *Alertas e Recomendações*
>
> *Em decorrência das irregularidades e dos achados apontados no capítulo 1 e das informações evidenciadas ao longo do relatório, propõe-se:*

Câmara dos Deputados
Fl. 6931
Comissões Especiais

1. alertar o Poder Executivo Federal, com fulcro no art. 59, § 1º, inciso V, da Lei de Responsabilidade Fiscal, acerca das irregularidades na gestão orçamentária da União durante o exercício de 2014, envolvendo a realização de operações de crédito junto à Caixa Econômica Federal, ao FGTS e ao BNDES sem a observância dos requisitos e impedimentos previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (arts. 1º, §1º; 32, §1º, incisos I e II; 36, caput; e 38, inciso IV, alínea 'b') (itens 2.3.6, 8.2, 8.3 e 8.4);

2. alertar o Poder Executivo Federal, com fulcro no art. 59, § 1º, inciso V, da Lei de Responsabilidade Fiscal, acerca das irregularidades na gestão orçamentária da União durante o exercício de 2014, em face da desconsideração da manifestação do Ministério do Trabalho e Emprego quando da edição do Decreto 8.197/2014, da não limitação de empenho e movimentação financeira no montante necessário para comportar o cumprimento da meta de resultado primário vigente na data de edição do Decreto 8.367/2014, bem como da condicionante imposta à liberação e utilização dos limites orçamentários e financeiros definidos no Decreto 8.367/2014, que contrariou o disposto no art. 118 da Lei 12.919/2013 (itens 3.5.3, 8.6 e 8.7);

3. alertar o Poder Executivo Federal, com fulcro no art. 59, § 1º, inciso V, da Lei de Responsabilidade Fiscal, acerca das irregularidades na gestão orçamentária da União durante o exercício de 2014, envolvendo a inscrição em restos a pagar de R$ 1,367 bilhão referentes a despesas do Programa Minha Casa Minha Vida, sem a observância do disposto nos arts. 36, caput, da Lei 4.320/1964, 35 e 67, caput, do Decreto 93.872/1986 (itens 3.5.4.1 e 8.3);

4. alertar a Casa Civil da Presidência da República, com fundamento no art. 1º, incisos I, II e III, do Decreto 5.135/2004, o Ministério da Fazenda, com fundamento no art. 1º, inciso IV, do Decreto 7.482/2011, e o Ministério da Defesa, com fundamento no art. 10, § 1º, da Lei 10.180/2001, acerca da possibilidade de o Tribunal de Contas da União emitir opinião adversa sobre o Balanço Geral da União, caso as recomendações VI, VII, VIII, IX, Xa. a X.h., XI, XII, XIII, XIV e XV, expedidas com vistas à correção das distorções verificadas no Balanço

Câmara dos Deputados
Fl. 6932
Comissões Especiais

Patrimonial da União e na Demonstração das Variações Patrimoniais não sejam implementadas (item 5.3.1);

5. alertar o Poder Executivo Federal, com fulcro no art. 59, § 1º, inciso V, da Lei de Responsabilidade Fiscal, acerca das irregularidades na gestão orçamentária da União durante o exercício de 2014, envolvendo a abertura de créditos suplementares, por meio dos Decretos Não Numerados 14028, 14029, 14041, 14042, 14060, 14062 e 14063, sem a observância do disposto nos arts. 4º da Lei 12.952/2014 e 167, inciso V, da Constituição Federal (item 8.8);

6. recomendar:

I. à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que incluam, nos projetos de lei de diretrizes orçamentárias, o rol de prioridades da administração pública federal, com suas respectivas metas, nos termos do § 2º do art. 165 da Constituição Federal, que estabelece que as leis de diretrizes orçamentárias devem compreender as metas e prioridades da administração pública federal, instrumento indispensável ao monitoramento e à avaliação de seu desempenho ao longo da execução do orçamento a que se referem (item 3.2.2);

II. às empresas Araucária Nitrogenados S.A., Energética Camaçari Muricy I S.A. (ECM I) e Transmissora Sul Litorânea de Energia S.A. (TSLE), vinculadas ao Ministério de Minas e Energia, para que, quando da execução do Orçamento de Investimento, observem a dotação autorizada para as respectivas programações, em obediência à vedação estabelecida no inciso II do art. 167 da Constituição Federal; bem assim ao Ministério de Minas e Energia, no sentido de garantir a efetivação de tal cumprimento, com vistas a evitar a perda de controle dos gastos dessas entidades (item 3.3.4);

III. às empresas Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (AmE), Araucária Nitrogenados S.A., Boa Vista Energia S.A. (BVEnergia), Energética Camaçari Muricy I S.A. (ECM I), Petrobras Netherlands B.V. (PNBV), Transmissora Sul Litorânea de Energia S.A. (TSLE) e FURNAS – Centrais Elétricas S.A, todas vinculadas ao Ministério de Minas e Energia; e à empresa Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás),

Câmara dos Deputados
Fl. 6933
Comissões Especiais

vinculada ao Ministério das Comunicações, para que, quando da execução do Orçamento de Investimento, observem o valor aprovado para as respectivas fontes de financiamento na lei orçamentária ou promovam a adequação desses valores de acordo com o disposto na lei de diretrizes orçamentárias; bem assim ao Ministério de Minas e Energia e ao Ministério das Comunicações para que orientem suas supervisionadas no sentido de garantir a efetivação de tal cumprimento (item 3.3.4);

IV. ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Dest), para que, no exercício de sua competência de acompanhar a execução orçamentária do Orçamento de Investimento das empresas estatais não dependentes, acompanhe a obediência, por parte das empresas integrantes do OI, à vedação estabelecida no inciso II do art. 167 da Constituição Federal e ao limite aprovado para as respectivas fontes de financiamento na lei orçamentária, e tome as providências necessárias para a correção de eventuais impropriedades junto às respectivas empresas durante o exercício (item 3.3.4);

V. à Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que contemple, no processo de elaboração do Plano Plurianual 2016-2019, a reavaliação das informações de desempenho para as quais foi apontada alguma deficiência nos relatórios das Contas do Governo relativos aos exercícios de 2013 e de 2014, com vistas ao aprimoramento do conjunto de indicadores e metas constantes do PPA (item 4.2.34);

VI. ao Ministério da Defesa que calcule o valor presente das projeções das pensões militares das Forças Armadas (item 5.3.1.1);

VII. ao Ministério da Defesa e à Secretaria do Tesouro Nacional, sob a coordenação da Casa Civil da Presidência da República, que tomem as providências necessárias para o reconhecimento, a mensuração e a evidenciação do passivo referente às pensões relativas aos militares das Forças Armadas, permitindo assim a apresentação dessa informação no Balanço Patrimonial da União e a divulgação das premissas e detalhamentos em notas explicativas já para o exercício de 2015 e seguintes (item 5.3.1.1);

Câmara dos Deputados
Fl. 6934
Comissões Especiais

VIII. à Casa Civil da Presidência da República e aos Ministérios da Defesa e da Fazenda que realizem estudo conjunto para avaliar as melhores práticas internacionais de prestação de contas dos encargos com militares inativos, incluindo no escopo do estudo a necessidade de registros contábeis ou elaboração e divulgação de demonstrações específicas sobre a situação das despesas futuras com os militares (item 5.3.1.1);

IX. à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério da Previdência Social e ao Ministério da Fazenda, sob a coordenação do primeiro, que apresentem em até 180 dias os resultados obtidos pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Conjunta CC/MF/MPS 218/2014, especificamente no que tange:

a) aos resultados sobre a avaliação das melhores práticas internacionais de prestação de contas da previdência social e a necessidade de elaboração e divulgação de informações específicas sobre a situação atuarial da previdência social (item 5.3.1.1);

b) à inclusão do balanço atuarial do Regime Geral de Previdência Social nos relatórios de avaliação atuarial (item 5.3.1.1);

c) à inclusão do balanço atuarial do Regime Geral de Previdência Social em notas explicativas das demonstrações financeiras do Fundo do Regime Geral de Previdência Social e da União (item 5.3.1.1).

X. à Secretaria do Tesouro Nacional que:

a) com base nos critérios contábeis pertinentes e na Portaria-AGU 40/2015, promova o reconhecimento, a mensuração e a evidenciação de provisões e passivos contingentes relativos aos riscos fiscais decorrentes de ações judiciais impetradas contra a União (item 5.3.1.1.2);

b) que adote as providências necessárias para garantir o reconhecimento, a mensuração e a evidenciação dos passivos relativos ao repasse de recursos de programas sociais junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e ao Banco do Brasil (item 5.3.1.3);

c) na hipótese de realização de ajuste de exercício anterior, observe as práticas contábeis aplicáveis, inclusive no que tange à readequação das informações apresentadas para fins comparativos (item 5.3.1.4);

Câmara dos Deputados
Fl. 6935
Comissões Especiais

d) aprimore os mecanismos de controle dos saldos de empréstimos e financiamentos concedidos, notadamente daqueles originários de legislação específica, apresentando, em notas explicativas ao BGU, as razões das eventuais divergências que subsistirem, a exemplo daquela observada entre os saldos no Siafi e nas demonstrações financeiras do BNDES, em 31/12/2014, para os haveres do Tesouro Nacional junto a esse banco (item 5.3.1.6);

e) evidencie no Balanço Patrimonial os valores referentes aos ajustes de exercícios anteriores ocorridos ao longo do período de referência das demonstrações contábeis, indicando em notas explicativas a sua natureza (item 5.3.1.9);

f) aprimore as regras de consolidação do Balanço Geral da União no Siafi, bem como as orientações a respeito, de modo a identificar e excluir transações e saldos recíprocos relevantes entre os órgãos e entidades pertencentes à União (item 5.3.1.10);

g) evidencie, em tópico individualizado das notas explicativas, as transações da União com suas partes relacionadas, com a observância das normas contábeis aplicáveis à matéria, fazendo constar, no mínimo: a evidenciação das principais partes relacionadas, com a descrição da natureza do relacionamento; as transações relevantes ordinárias e extraordinárias ocorridas no exercício, incluindo os principais termos e as receitas e despesas decorrentes de tais transações; os ativos e passivos da União com suas partes relacionadas ao término do exercício; e a remuneração agregada do pessoal-chave da administração (item 5.3.1.11);

h) faça constar nas Notas Explicativas do Balanço Geral da União informações referentes à renúncia de receitas financeiras e creditícias, em cumprimento ao disposto no inciso VII do art. 15 da Lei 10.180/2001 e no inciso VIII do art. 3º do Decreto 6.976/2009 (item 5.3.1.12);

i) evidencie, nas notas explicativas relativas às receitas de dividendos da União, a hipótese de dispensa do recolhimento de dividendos da Caixa devidos à União, utilizado para cobertura do risco de crédito e dos custos operacionais das operações de financiamento no âmbito do Programa Minha Casa Melhor, prevista no art. 3º da Lei

Câmara dos Deputados
Fl. 6536
Comissões Especiais

12.868/2013, bem como informações sobre os valores efetivamente dispensados (item 5.4.4);

j) apresente, no prazo de 90 dias, esclarecimentos sobre o motivo de o Siafi ter permitido o lançamento manual na conta 1.4.2.1.1.10.00 – Imóveis de Uso Especial, contrariando o item 3.1.1.4 da macrofunção "02.11.07 - Imóveis de Propriedade da União" do Manual Siafi, bem como as medidas corretivas e preventivas adotadas (item 5.6.1);

k) oriente e monitore as setoriais do Sistema de Contabilidade Federal com o objetivo de reduzir o número de restrições contábeis registradas no encerramento do exercício, por meio da Declaração do Contador, estimulando a correção dos problemas contábeis eventualmente existentes dentro do exercício a que se referem e o devido esclarecimento dos problemas remanescentes (item 5.6.2);

l) monitore as justificativas acerca dos registros de restrições contábeis, de modo a dar transparência às razões pelas quais as setoriais contábeis não adotam todas as medidas necessárias para correção dos problemas contábeis eventualmente existentes dentro do exercício a que se referem e que, doravante, encaminhe uma análise consolidada das restrições contábeis e das Declarações de Contador de órgão superior junto com as prestações de contas anuais da Presidência da República (item 5.6.2);

XI. à Secretaria do Tesouro Nacional, em conjunto com o Ministério do Trabalho e Emprego e com o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, que adote as providências necessárias para garantir o reconhecimento, a mensuração e a evidenciação dos passivos relativos ao repasse de recursos de programas sociais junto à Caixa Econômica Federal (Bolsa Família, Abono Salarial e Seguro Desemprego) (item 5.3.1.3);

XII. à Secretaria do Tesouro Nacional, em conjunto com o Ministério das Cidades, que adote as providências necessárias para garantir o reconhecimento, a mensuração e a evidenciação dos passivos relativos ao repasse de recursos de programas sociais junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (item 5.3.1.3);

Câmara dos Deputados
Fl. 6537
Comissões Especiais

XIII. à Secretaria da Receita Federal do Brasil que, com base em estudo prévio, adote metodologia para mensuração do ajuste para perdas de créditos tributários a receber que melhor reflita a realidade de recebimento desses créditos (item 5.3.1.7);

XIV. à Secretaria do Tesouro Nacional, em conjunto com a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, bem como com outros órgãos que julgar necessários, considerando a peculiaridade de cada tipo de crédito e de acordo com as práticas contábeis aceitas, que elabore e normatize a metodologia para ajuste para perdas de créditos a receber da União (item 5.3.1.7);

XV. à Secretaria do Patrimônio da União que aprimore a metodologia de cálculo e registro da depreciação acumulada de bens móveis e imóveis, de forma a melhor refletir a realidade patrimonial dos bens da União (item 5.3.1.8);

XVI. à Caixa Econômica Federal que inclua, no documento de formalização da política de distribuição de resultados da instituição, informações sobre a hipótese de dispensa de recolhimento de dividendos da entidade em favor do Programa Minha Casa Melhor, prevista no art. 3º da Lei 12.868/2013 (item 5.4.4);

XVII. à Secretaria do Tesouro Nacional e à Secretaria do Patrimônio da União que aperfeiçoem os mecanismos de controle, incluindo as atualizações tecnológicas necessárias, para minimizar as divergências entre os saldos de bens imóveis registrados nos sistemas Spiunet e Siafi (item 5.6.1)."

E, assim, conclui o Acórdão nº 2461/2015, a saber:

"*VISTOS, relatados e discutidos estes autos relativos à apreciação conclusiva sobre as Contas do Governo da República referentes ao exercício de 2014, sob a responsabilidade da Excelentíssima Senhora Presidente da República Dilma Vana Rousseff,*

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 71, inciso I, da Constituição Federal, nos arts. 1º, inciso III, e 36 da Lei nº 8.443/1992, nos arts. 1º, inciso VI,

Câmara dos Deputados
6938
Fl.
Comissões Especiais

221, 223 e 224 do Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução-TCU nº 246, de 30/11/2011, em aprovar o Parecer Prévio sobre as contas prestadas pela Presidente da República, na forma do documento anexo."

Diante da presente decisão do Plenário do e. Tribunal de Contas da União – TCU, foram submetidos, ao nosso exame, os percucientes questionamentos abaixo:

a) Pode o Tribunal de Contas da União sugerir, em seu parecer prévio, a rejeição das contas prestadas pela Presidenta da República, sem comprovar a existência de "dano ao erário" ou o desvio da "boa e regular aplicação dos recursos"?

b) Qual a natureza jurídica do Parecer Prévio do TCU do Parecer da CMPOF e o "julgamento" da prestação de contas pelo Congresso Nacional? Quando se dá a eficácia de legalidade e de coisa julgada?

c) Qual a relevância das metas e prioridades do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias na apreciação das contas presidenciais do ano de 2014 pelo TCU e pelo Congresso Nacional?

d) Os adiantamentos concedidos pela Caixa Econômica Federal à cobertura de despesas no âmbito dos programas Bolsa Família, Seguro Desemprego e Abono Salarial configuram operações de crédito, considerando que o Tribunal de Contas tem admitido a possibilidade de a instituição financeira promover pagamentos sem a prévia cobertura pelo Tesouro Nacional em períodos curtos de tempo nos termos do Decreto 8535, de 2015?

e) As equalizações feitas pela União na forma de subvenção econômica em programas de financiamento promovidos por meio de Bancos Públicos (BNDES, BB, CEF), na forma prevista em lei específica, configuram operações de crédito? Qual o tratamento jurídico adequado a ser dado às equalizações feitas no Programa de Sustentação do Investimento – PSI, previsto na Lei Nº 12.096, de 24 de novembro de 2009?

f) Os adiantamentos concedidos pelo FGTS à União para cobertura de despesas no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida configuram operações de crédito? Há realização de mútuo nas operações realizadas

Câmara dos Deputados
Fl. 6839
Comissões Especiais

com base no art. 82-A da Lei nº 11.977, de 2009? Em caso negativo, qual seria a natureza jurídica destas transações?

g) As transações de que tratam os quesitos "a", "b" e "c" caracterizam operação de Antecipação de Receita Orçamentária (ARO)?

h) As transações de que tratam os quesitos "a", "b" e "c" caracterizam operação de crédito da União vedada pelo art. 29, III, da Lei Complementar nº 101, de 2001?

i) A previsão de atualização monetária em contratos e, até mesmo, de pagamento de juros ao contratado em caso de atrasos é razão suficiente para alterar a natureza de um contrato de prestação de serviços para firmá-lo como contrato de empréstimo bancário?

j) A modificação de entendimentos firmados pelo Tribunal de Contas da União pode ter o condão de penalizar atos pretéritos, os quais foram praticados com base na segurança do controle já exercido anteriormente?

l) As projeções de receitas identificadas nos Relatórios de Receitas e Despesas bimestrais podem considerar projetos de alteração da legislação tributária e da Lei de Diretrizes orçamentárias, inclusive projeto de lei que altere a meta fiscal, na fixação das limitações de empenho e movimentação financeira? O cumprimento da meta fiscal é verificado no curso do ano ou em 31 de dezembro?

k) O Poder Executivo, como órgão gestor central da Administração Pública, tem todo o exercício financeiro como prazo limite para realizar as suplementações orçamentárias necessárias para apurar o cumprimento da meta de resultado primário estabelecida na LDO? Quando ocorre o termo final para essa apuração?

m) A edição, entre 5 de novembro e 14 de dezembro de 2014, de decretos não numerados que abriram créditos suplementares para despesas obrigatórias e discricionárias eram incompatíveis com a obtenção da meta de resultado primário, mesmo sendo as dotações discricionárias sujeitas ao limites de movimentação e empenho previamente definidos, portanto, não os ampliando, infringindo o disposto no art. 4º da Lei nº 12.952, de 2014, a LOA/2014?

CARLOS VALDER NASCIMENTO	HELENO TAVEIRA TÔRRES	MISABEL A. MACHADO DERZI
Professor de Direito Financeiro e Doutor pela UFPE	*Professor Titular de Direito Financeiro da USP*	*Professora Titular de Direito Financeiro e Tributário da UFMG*

n) A fonte de recursos utilizada para a abertura de créditos suplementares (seja remanejamento de dotações, excesso de arrecadação ou superávit financeiro) produz efeito para o atingimento da Meta Fiscal, mesmo não alterando o limite financeiro a que estão sujeitas as despesas? Por que?

As respostas aos quesitos serão precedidas de exposição sobre elementos conceituais, teóricos e normativos, numa análise inteiramente jurídica. Para tanto, tomar-se-á como fundamento basilar o texto constitucional vigente, sob a ótica da concretização do modelo de Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

1. IMPOSSIBILIDADE DE REJEIÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS POR AUSÊNCIA DE "DANO AO ERÁRIO" – O CABIMENTO DO REEXAME LEGISLATIVO DAS "RESSALVAS"

Câmara dos Deputados
Fl. 6941
Comissões Especiais

1.1 O Devido Processo Legal Sancionador do Parecer Prévio e o Dever de Proporcionalidade das Sanções
1.1. A natureza administrativa do Parecer Prévio do TCU e do Parecer do exame da CMPOF e o "julgamento" da Prestação de Contas pelo Congresso Nacional com eficácia de legalidade e coisa julgada

2. A QUESTÃO DO RESPEITO À SEGURANÇA, À LEGALIDADE FORMAL E À IRRETROATIVIDADE DAS INTERPRETAÇÕES ADMINISTRATIVAS NO ESTADO DE DIREITO.
2.1. Por que razão a Constituição somente se refere à irretroatividade das leis?
2.2. Mantendo-se inalteradas as leis, as mudanças de interpretações administrativas não podem retroagir. A responsabilidade dos Tribunais pela confiança gerada nos procedimentos desenvolvidos, nas informações, consultas e declarações.
2.3. A Legalidade existe? A Ambiguidade, a polissemia inerente às leis e a possibilidade de interpretações conflitantes.
2.4. Se a Legalidade existe, o respeito à forma jurídica é imprescindível. Em especial quando a lei restringe a autonomia de um ente estatal: vedação da interpretação ampliativa ou extensiva.
2.5. A Irretroatividade das interpretações do TCU está qualificada pela anualidade das leis orçamentárias.
2.6 Em resumo: a segurança jurídica por orientação da jurisprudência do TCU é incompatível com a surpresa – A proibição de excesso e a garantia da proporcionalidade

3. O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA – A QUALIDADE DO GASTO PÚBLICO E A SUSTENTABILIDADE FISCAL DEVEM ESTAR VOLTADOS À CONCREÇÃO DOS FINS E VALORES CONSTITUCIONAIS
3.1 A natureza jurídica da lei orçamentária e seu conteúdo material – a infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial de que não resulte "dano ao erário".

4. LIMITES JURÍDICOS DO CONCEITO DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO PÚBLICO E AS DÍVIDAS FUNDADAS E FLUTUANTES
4.1. Operações de crédito e figuras jurídicas afins. Distinções necessárias
4.2. *Serviços financeiros* e o conceito restritivo de *operações de crédito* na Lei de Responsabilidade Fiscal
4.3. A natureza jurídica dos juros e da atualização monetária: a impossibilidade de sua recondução à noção de "operações de crédito"
4.4. Características gerais dos contratos bancários
4.5. As impropriedades das insuficiências eventuais da conta de suprimento, mantida na Caixa Econômica Federal, pela União, nos termos do Decreto nº 8.535/2015
4.6. As subvenções econômicas feitas pela União em programas de financiamento promovidos por Bancos Públicos
4.7. Os adiantamentos concedidos, pelo FGTS, à União, para cobertura de despesas no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida
4.8. O "Programa Bolsa Família"

Câmara dos Deputados
6542
Fl.
Comissões Especiais

5. METAS FISCAIS E RESPONSABILIDADE FINANCEIRA

5.1. O regime de metas fiscais na Constituição Financeira e na Lei de Responsabilidade Fiscal e o princípio de segurança jurídica

5.2. Mecanismos corretivos do orçamento público, flexibilidade orçamentária e equilíbrio fiscal: redimensionamento de metas fiscais, contingenciamento de despesas e aberturas de crédito

Câmara dos Deputados
Fl. 6943
Comissões Especiais

II – O PARECER

IMPOSSIBILIDADE DE REJEIÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS POR AUSÊNCIA DE "DANO AO ERÁRIO" – O CABIMENTO DO REEXAME LEGISLATIVO DAS "RESSALVAS"

O titular do orçamento em qualquer democracia é o Poder Legislativo. Por isso, o Congresso Nacional é o principal órgão de controle externo do ciclo orçamentário (art. 71 da Constituição de 1988), a última palavra sobre como constituir, modificar e julgar a aplicação do orçamento público. Em vista disso, trata-se do controle de máxima dimensão jurídica, todo ele fundado na Constituição, da apresenção da proposta orçamentária à sua aprovação, passando pela execução e prestação de contas relativas a exercícios anteriores, bem como a decidir sobre créditos adicionais e outros. E, para o desempenho de tão nobre missão republicana de controle do patrimônio público, a Constituição outorgou-lhe dois órgãos auxiliares: o Tribunal de Contas da União – TCU e a Comissão Mista Permanente de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMPOF.

O Tribunal de Contas da União - TCU cumpre sua missão constitucional como auxiliar do Congresso Nacional no controle externo, com competência para "apreciar" a prestação de contas do balanço público (art. 71, I da CF), segundo os princípios de legalidade, legitimidade e economicidade, dentre outros, e para promover a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

Esta escolha da Constituição para o *controle externo*, de atuação do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, mormente na prestação de contas (art. 71, I), afora o trabalho da CMPOF, evidencia o monopólio do controle democrático sobre as contas públicas e realização do gasto público, na melhor coerência com os valores do Estado Democrático de Direito.

Tinha razão Ruy Barbosa, quando vaticinou, ao propor a criação do Tribunal de Contas: *"O Tribunal de Contas será apenas a tarefa política da missão de um governo que proclamou a República, propôs ao País uma Constituição livre para firmar as instituições democráticas em bases sólidas – o Tribunal de Contas é o ente (futuramente constitucional) integrante das*

Câmara dos Deputados
Fl. 6944
Comissões Especiais

instituições democráticas que garantem que as mesmas instituições democráticas se firmem em bases sólidas".[1]

A autocontenção do Tribunal de Contas resulta exatamente disso, de configurar uma instituição democrática que auxilia o Congresso Nacional no controle da *legalidade, da legitimidade e da economicidade.* Como órgão que apura a observância da legalidade e da legitimidade das contas públicas, prima e primará sempre por limitar-se, regular-se, pautar-se, condicionar-se pelas leis. E, com isso, garantir o respeito ao Congresso Nacional, em que os eleitos são dignos representantes do povo.

No Estado Democrático de Direito, a Constituição da República talvez seja a mais forte, dentre todas as Cartas do planeta, na exigência rígida da legalidade, da anterioridade e do planejamento da receita e da despesa, inclusive do crédito público, assim como da execução orçamentária. A lei orçamentária que se executa, como documento operacional anual que é – LOA - responde à lei, anual, de diretrizes orçamentárias – LDO -, que, por sua vez, deve estar em consonância – obrigatoriamente em relação às despesas de capital – com a lei do plano plurianual – PPA (art. 165). O Poder Legislativo ainda é chamado a se pronunciar sobre os planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico. Esse complexo de documentos legislativos seria nulo, se não respeitado.

Não por outra razão, força da democracia e do Estado de Direito, a Constituição de 1988 trouxe avanços consideráveis na modelação básica do Tribunal de Contas, dotando-o de independência e autonomia, expandindo as suas funções e assegurando a seus membros as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. A Constituição da República impõe, assim, imparcialidade, isonomia e consistência em seus pronunciamentos, todos fundados na argumentação sólida, inerente ao Estado de Direito.

Mas as nobilíssimas funções do Tribunal de Contas da União não se estendem ao julgamento das contas da Presidenta da República. Isso lhe veda a Constituição. O art. 71 atribui-lhe diferentes espécies de competência: *a) apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio; b) julgar* – e para isso é o único competente – as contas

[1] BARBOSA, Ruy. (1849-1923). *Exposição de Motivos ao Decreto n. 966-A, de 07/11/1890.*

Câmara dos Deputados
Fl. 6945
Comissões Especiais

dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta...; *c) fiscalizar, auditar, e inspecionar preventiva ou repressivamente.*

Quando a Constituição, em seu art. 49, IX, atribui competência exclusiva ao Congresso Nacional para *julgar* anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República, tem como meta objetiva garantir a prevalência dos valores do Estado Democrático de Direito. A natureza do Congresso Nacional, órgão legislativo, composto de eleitos, periodicamente escolhidos pelo povo, plural, representa a mais legítima opção feita para avaliar em julgamento as contas prestadas, não apenas as metas de cunho contábil, operacional, fiscal e patrimonial, mas sobretudo a implementação das grandes políticas sociais-públicas e previamente aprovadas pelo próprio Congresso Nacional. Enquanto as decisões jurisdicionais do Tribunal de Contas da União somente se legitimam pela argumentação fundada em lei, em relação aos gestores e administradores menores, o julgamento feito pelo Congresso Nacional das contas prestadas pela Presidenta da República tem a legitimação inerente às democracias representativas.

O Congresso Nacional avalia e julga o todo. Não lhe basta uma adequação meramente técnica. Mas o Congresso indaga: houve erradicação total ou parcial da miséria extrema, houve redução da desigualdade social no País, como impõe a Constituição? Houve mais inclusão na educação, na saúde, na habitação (com os incontáveis programas sociais, todos resultantes de lei, como Bolsa Família, Minha Casa Minha Vida, Universidade para Todos no PROUNI ou no FIES, no ensino técnico do PRONATEC, na elevação contínua do salário mínimo e outros incontáveis programas e projetos)? Houve estímulos ao desenvolvimento sustentado e sustentável, à iniciativa empreendedora, capaz de gerar empregos, à execução de obras prioritárias com juros subsidiados pela União, em uma série de hipóteses de subvenção federal, que o próprio Congresso Nacional aprovou e autorizou fossem feitos, tanto em lei própria quanto em dotações orçamentárias? O Tribunal de Contas não ofereceu um acompanhamento real da legitimidade e da eficiência das contas prestadas, o que interessa primacialmente aos cidadãos. O julgamento das contas da Presidenta da República pelo Congresso Nacional, com exclusividade, representa exatamente isso: o pleno domínio da democracia e o governo pelo povo e para o povo, único titular do poder, como claramente dispõe o parágrafo único do art. 1º da Constituição da República: *"Todo o poder*

Câmara dos Deputados
Fl. 6946
Comissões Especiais

emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." Disso resulta a competência primária, única e exclusiva do Congresso Nacional para julgar as contas da Presidenta da República.

Para os fins do art. 70, I da CF, o TCU atua despido de qualquer função jurisdicional. Age como órgão consultivo do Congresso Nacional, para entregar, no prazo de sessenta dias, assegurados o contraditório e a ampla defesa, o "Parecer Prévio" (art. 57 da LRF), no controle de legalidade, legitimidade e economicidade das contas. Com isso, limita-se a uma deliberação preclusiva, admitidos os recursos inerentes, sem qualquer equivalência com efeito de "coisa julgada".

A responsabilidade fiscal é condição fundamental para a existência e continuidade do Estado Democrático de Direito. Neste propósito, a função de vigiar e punir, desempenhada pelos órgãos de controle, deve manter equilíbrio e proporcionalidade com os fins constitucionais e a ação do Estado na ordem econômica e social. Por isso, a rejeição das contas públicas do balanço é medida extrema que não pode ser admitida sem compreensão dos seus limites no âmbito da divisão e harmonia entre os poderes.

O pronunciamento do órgão técnico de assessoramento do Poder Legislativo, que é o Tribunal de Contas da União – TCU, deveras, tem indiscutível importância para exame, diagnóstico e decisão sobre as contas públicas, mas a Constituição não lhe reserva a palavra final. Antes, em louvor ao princípio de harmonia entre os poderes, deixa para o Poder Legislativo (Congresso Nacional) a palavra final, pela competência para "julgar", quanto à análise das motivações empregadas e a relação entre as decisões adotadas e os princípios constitucionais que regem as normas financeiras.

Nessa segregação entre decisões técnica e política, correta, pois, a afirmação de Regis de Oliveira, para quem:

> *"A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreveo no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas."*[2]

[2] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 331.

Câmara dos Deputados
Fl. 6947
Comissão Especial

Onde a Constituição reduziu a prevalência da escolha política, por exigência da legalidade ou restrições expressas ao próprio legislador ou ao Executivo, a escolha passa a ser de exclusividade do Direito, ainda que, à política, caiba decidir sobre o conteúdo e a melhor oportunidade da alteração. Salvo nestes, a escolha política tem seu espaço assegurado e não pode ser enfraquecida ou afetada por interferências de poderes ou órgãos diversos. Seu limite será a Constituição.

Neste propósito de delimitação da competência do órgão de assessoramento, prescreve a Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, em seu art. 36, que as contas prestadas pelo Presidente serão apreciadas "na forma estabelecida no Regimento Interno". A mesma Lei, que é a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, no seu art. 15, estabelece em relação aos demais administradores e gestores que "ao julgar as contas, o Tribunal decidirá se estas são regulares, *regulares com ressalva*, ou irregulares."

O que o Tribunal de Contas da União poderá fazer, e é o que tem feito, será sugerir ou recomendar ao Congresso Nacional que julgue as contas presidenciais "regulares", ou "regulares com ressalvas" ou "irregulares". Não obstante, para escolher qualquer uma dessas avaliações, o Tribunal de Contas deverá obedecer rigorosamente os requisitos legais e regimentais. Não poderá fazer menos, uma vez que tais requisitos são aplicáveis ao julgamento das contas dos administradores e gestores menores que não a Presidenta da República.

Entre os extremos de contas "regulares" e contas "irregulares", como se pode supor, há largo espaço de apreciação sobre o papel das "ressalvas", que, se ratificadas pelo Congresso Nacional, são valiosos mecanismos de controle e determinantes de cumprimento futuro pelo poder controlado.

O espaço da decisão do Congresso Nacional é amplo. Poderá decidir que, apesar da recomendação de "rejeição por irregularidade" advinda do parecer prévio do Tribunal de Contas, sejam elas aprovadas sem ressalvas ou com ressalvas. Enfim, o parecer prévio não é vinculante para o julgador. Também deverá o Congresso Nacional avaliar se as "ressalvas" seriam suficientes para *aprovação* na condição de "contas regulares com ressalva" ou se as máculas apontadas autorizariam a medida extrema de *rejeição* das "contas irregulares".

Câmara dos Deputados
Fl. 6948
Comissões Especiais

Para tanto, o Parlamento não se subordina aos ditames "técnicos" do "Parecer Prévio" do TCU, que deverá ser apurado ao lado do "Parecer" da CMPOF e do Relatório do Relator. Tudo segundo a distribuição de poder estabelecida na Constituição, a culminar na decisão legislativa do Congresso Nacional, em evidente juridicidade.

Cumpre destacar que o poder expresso pela decisão política, mormente na deliberação sobre o destino da atividade financeira do Estado, não é menos do que parcela do poder soberano, sob a forma de "competência". Por conseguinte, o princípio da divisão ou separação de poderes, como distribuição de funções entre os órgãos da estrutura do poder constitucional, segundo competências, equivale, necessariamente, a parcela de poder político, como expressão parcial da soberania. Daí não ser admissível subverter a decisão política a algo conflitante com decisões "técnicas".

No Estado "Democrático", poder político e poder jurídico devem conviver integrados na Constituição PolíticoFederativa. E isso porque, ao tempo que as competências equivalem a parcelas do poder constituinte, os órgãos de decisão agem também com poder político, segundo os procedimentos e escolhas democráticas.

Para especificar o sentido da noção de "contas regulares com ressalvas" e aquele de "contas irregulares", o art. 16 da Lei nº 8.443/92 prescreve que as contas serão julgadas:

> "*I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;*
>
> *II - **regulares com ressalva**, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;*
>
> *III - **irregulares**, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:*
>
> *a) omissão no dever de prestar contas;*
>
> *b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;*

Câmara dos Deputados
Fl. 6949
Comissões Especiais

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos."

Tais pressupostos materiais não se dirigem ao julgamento das contas presidenciais, para o qual o Tribunal de Contas é absolutamente incompetente, mas configuram um limite sério à atuação do Tribunal. São eles requisitos mínimos, de observância obrigatória, em relação às contas prestadas pelos demais gestores e administradores menores na hierarquia do governo federal. Portanto se o Tribunal de Contas não pode julgar as contas de tais gestores e administradores "irregulares", sem observância dos requisitos e pressupostos materiais, postos no citado art. 16 *supra,* então sobejam razões para a sua necessária observância em parecer prévio do Tribunal, relativo às contas presidenciais.

E essa observância não se configurou neste caso concreto. Diante destes pressupostos materiais, excetuadas as alíneas "a" e "d", porquanto incabíveis, a decisão política deve aferir se as ressalvas apresentadas são suficientes para atingir algum dos dois pressupostos destacados no Acórdão nº 2461/2015 do TCU, como motivação, a saber: (i) "*prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial*"; ou se houve adicionalmente algum (ii) "*dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico*".

Esta disposição evidencia, com rigor, a força cogente das "ressalvas", que não são meras sugestões, mas que podem implicar a rejeição de contas, como medida extrema, em presença cumulativa com outros pressupostos. É certo que o "Parecer Prévio" não seja vinculante ou disponha de efeitos de "coisa julgada", ao tempo que se presta apenas a informar a decisão do Congresso Nacional. Na extensão das "ressalvas", acaso mantidas, tornar-se-ão vinculantes, para serem observadas pelos agentes ordenadores de despesas. Evidentemente no pressuposto de tais alertas ou ressalvas serem ratificadas pelo Congresso Nacional, no julgamento que lhe cabe das contas presidenciais prestadas.

Uma breve observação deve ser pontuada, pois ela acaba repercutindo diretamente neste tópico inaugural. O modelo francês de controle de contas, por meio de um tribunal, *Cour des Comptes,* foi o grande inspirador do Brasil e de

Câmara dos Deputados
Fl. 6950
Comissões Especiais

outros países, exceção feita aos países do *common law,* afeitos ao modelo inglês de controle legislativo por meio de *auditor* geral ou *Comptroller General.* Com a denominação de tribunal, já se evidenciam as grandes diferenciações: o Tribunal de Contas terá função jurisdicional, ou seja, julgará as contas públicas (todas elas) com recursos possíveis ao Conselho de Estado em França, mas em caráter definitivo, sem possibilidade de recurso a outro juízo no Brasil. Não obstante, como já observamos, aos Tribunais de Contas do Brasil foi subtraída a competência para avaliar e julgar – no mérito – as contas presidenciais. Daí a forma mista em que o controle do Congresso Nacional é tão relevante, pois apenas ele e tão somente ele julgará, com exclusividade, as contas presidenciais em uma concepção democrática forte, de outorgar aos eleitos, representantes do povo, a palavra final.

Em contrapartida, em todos esses modelos há evidentes adaptações às formas parlamentaristas, presidencialistas ou semi-presidencialistas de governo. Nos regimes parlamentaristas, as rejeições das contas não desencadeiam uma crise desestabilizadora, daí a força do *Comptroller General* inglês, considerado funcionário do Parlamento, somente escolhido e demissível pelo próprio Parlamento. Na verdade ele é colaborador direto (e toda a sua numerosa equipe) da Comissão Parlamentar de Contas. Porém, mesmo na Inglaterra, de modelo parlamentar, há diferença na força vinculante das advertências: *"Segundo Young, quando a Comissão Parlamentar faz advertência, 'leve e suave como arrulho de pomba', ao Tesouro, este 'ruge como leão da Líbia' para o departamento que deu causa à falta reprovada."*[3] Ou seja, o controle do Tesouro é muito mais forte do que são as advertências advindas do controle legislativo. Porém a mesma inspiração inglesa, não obstante, foi modificada e descaracterizada nos EUA, perdendo força a sua plena independência. Exatamente porque a rejeição das contas *in totum* acarretaria uma desestabilização política e administrativa sem precedentes no regime presidencialista.

No modelo dos Tribunais de Contas, a mesma suavização se passa, como resultado do regime presidencialista (ou semi). Em França, as contas presidenciais mantiveram-se insindicáveis e inavaliáveis pelo Tribunal de Contas

[3] Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças.* 15ª ed. Atualizador. Dejalma de Campos. Forense: Rio de Janeiro, 1997, p.447, not 1. BALEEIRO cita YOUNG, apoiado em BUCK e nos estudos de HARBY, Frank: *"Le Rôle du Comptroller – Auditor General", in Annales* F.P., XI-XII, p.157 e ss.

Câmara dos Deputados
6951
Fl.
Comissões Especiais

durante praticamente toda a história daquela prestigiadíssima Corte. Para isso sempre houve um recorte das contas: aquelas de responsabilidade exclusiva da presidência – insindicáveis – e aquelas de responsabilidade dos demais administradores e gestores públicos – apreciáveis e afinal julgadas pelo Tribunal (embora com recurso ao Conselho de Estado). Somente na gestão do Presidente Nicolas Sarkozy (2007-2012), por meio de nova interpretação das atribuições daquela Corte, pela primeira vez, ela se pronunciou, de forma extraordinariamente limitada, sobre tais contas, limitada a avaliação às contas palacianas e às viagens presidenciais.

Todas as contas públicas no Brasil são levadas ao Tribunal de Contas. Há então uma atividade de superposição. Ao nosso TCU, compete julgar as contas dos gestores e administradores públicos, da administração direta e indireta, em caráter exclusivo. Exceção feita às contas da Presidente da República. Em relação a elas, a Constituição da República teve cuidado especial. Entregou ao Congresso Nacional a palavra final. Mas inexiste em nosso País um recorte formal e legal daqueles procedimentos e ações que seriam integrantes das contas presidenciais, com avaliação em separado.

Há pois uma atividade de superposição, de tal modo que as advertências, ressalvas, alertas e recomendações do Tribunal de Contas da União – se não forem confirmadas pelo Congresso Nacional em seu julgamento exclusivo e final da prestação de contas da Presidenta - têm o efeito de um "arrulho de pomba", na expressão de Young, mas se transmudam em "rugido de Leão da Líbia" em relação aos ordenadores de despesa, gestores e administradores dos departamentos, seções, organismos, etc. da administração direta e indireta. Assim sendo, por via oblíqua, mesmo antes do pronunciamento do Congresso Nacional, há uma natural tendência de enquadramento e de ajustamento (de baixo para cima) da gestão e administração das contas públicas aos alertas e advertências do TCU. Solução alternativa, ainda não adotada no âmbito do TCU, por ausência de lei, são os "termos de ajustamento de gestão" em que se converteram vários "alertas e ressalvas" dos Tribunais de Contas dos Estados, sendo pioneiro o Estado de Minas Gerais. Os estudos de vanguarda que se fizeram sobre esse assunto, a cabo de Luciano Ferraz[4], apoiam-se no art. 71, IX, da Constituição Federal e outros e no Alerta da Lei de Reponsabilidade Fiscal. Ao invés da

[4] Cf. FERRAZ, Luciano. Termos de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. *In* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 27, 2011.

Câmara dos Deputados
Fl. 6952
Comissões Especiais

gravíssima rejeição das contas do governador, faz-se um termo de ajustamento de gestão – para o futuro – como ocorreu na gestão do Governador Antonio Augusto Anastasia[5], a propósito da aplicação dos recursos mínimos obrigatórios na saúde e na educação. Mais eficazes e diretos, os termos de ajustamento resolvem o problema da superposição de avaliações das contas, evitando o impasse sério e danoso ao País, da proposição de rejeição, em regime presidencialista de governo.

Neste particular, ao dispor sobre as "Contas Regulares com Ressalva", diz o art. 18 da Lei nº 8.443/92 que o TCU, nestas, dará quitação ao responsável e "*lhe determinará, ou a quem lhe haja sucedido, a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes.*" Portanto, as medidas apontadas são de cumprimento vinculante para a Administração e têm caráter corretivo de notável valia. Mas no caso das contas prestadas pela Presidenta da República é necessário que as "ressalvas", postas *ab initio* no parecer prévio do Tribunal de Contas sejam mantidas no julgamento do Congresso Nacional para que tal vinculação ganhe a força necessária.

Mas não só. O Regimento Interno do TCU (RITCU), aprovado pela Resolução TCU nº 155/2002, prevê, ainda, no art. 208, que as "*as contas serão julgadas regulares com ressalva quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza* formal de que *não resulte dano ao erário*". Assim, como não se encontra no texto do Acórdão nº 2461/2015 do TCU nenhuma referência, **uma única sequer**, que culmine em "dano ao erário", a medida extrema não pode prevalecer. As condutas praticadas, apesar das formalidades ou eventuais faltas que possam ter ocorrido, individualmente ou em conjunto, não seriam suficientes para rejeição.

Destarte, a **correta qualificação de "dano ao erário" precisaria vir adequadamente determinada, e fartamente demonstrada**, não sendo suficiente a simples imputação ou alegações a título de suposta "motivação implícita". Caberia ao órgão auxiliar do Congresso Nacional, que é o TCU, promover todos os meios necessários para esta evidência probatória.

Por outro lado, no que concerne ao art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92 (*prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma*

[5] Cf. Processo nº 86294-TCE/MG, 2012.

Câmara dos Deputados
Fl. 6953
Comissões Especiais

legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial), o art. 209 do Regimento Interno do TCU já imcumbia, ao próprio órgão, o dever de verificar "a boa e regular aplicação dos recursos"; o que se impõe como impeditivo para a rejeição das contas, nos seguintes termos:

> "Art. 209. O Tribunal julgará as contas *irregulares* quando evidenciada qualquer das seguintes ocorrências: (...) "§ 2° Contas apresentadas em desacordo com as normas legais e regulamentares aplicáveis à matéria poderão ser julgadas *regulares com ressalva*, desde que se comprove, por outros meios, *a boa e regular aplicação dos recursos*."

Na hipótese de decisão do TCU com fundamento unicamente na "*prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial*" (art. 16, III, "b", da Lei n° 8.443/92 ou art. 209, II do Regimento Interno), não se poderia admitir a conclusão por "contas irregulares" quando ausentes seus pressupostos:

a) *Dano ao erário* (excludente do art. 208 do Regimento Interno); ou
b) *Quando se comprove, por outros meios, a boa e regular aplicação dos recursos* (excludente do art. 209, § 2° do Regimento Interno).

Os dois requisitos acima não são exigidos conjuntamente, mas habilitam-se para autorizar a reversão da decisão de "contas irregulares" para "contas regulares com ressalvas". E, como na situação aqui examinada não se verifica qualquer condenação fundada em "*dano ao erário*", resta claro que condutas consideradas como *impropriedades* ou *faltas identificadas* não autorizariam, por si só, a recomendação de "rejeição" das contas.

Passamos ao exame dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e da Constituição Financeira que corroboram a *boa e regular aplicação dos recursos*, além da falta de *dano ao erário* nas hipóteses assinaladas, a autorizar que o Congresso Nacional promova o adequado julgamento das contas prestadas, acolhendo-as como "*regulares*" ou se assim entender como "*regulares com ressalva*", na forma do art. 16, III, "b", da Lei n° 8.443/92; o que se verifica, repita-se, *quando as contas evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário.*

Câmara dos Deputados
Fl. 6954
Comissões Especiais

Enfim, esses dois aspectos de extrema relevância deveriam estar indubitavelmente demonstrados para fundar, com eficiência, o julgamento das contas presidenciais como "irregulares", a saber, a existência de dano ao erário; a aplicação irregular dos recursos. **Nenhuma palavra, silêncio e vazio das provas**. Além desses dois pressupostos, que resultam de exigência legal, e que são faltantes no parecer prévio do Tribunal de Contas da União, a "boa e regular aplicação" poderia envolver, para os mais exigentes, um terceiro pressuposto. Não deveria o parecer prévio auxiliar o Congresso Nacional do ponto de vista qualitativo? Eficiência, eficácia e economicidade, são objetivos finalmente atingidos?

Por que motivo não se registraram, no parecer prévio do TCU, **sob o prisma da economicidade,** as vantagens advindas dos procedimentos de gestão escolhidos pela Administração Federal, que são os mesmos de anos a fio, em relação às contas de suprimento mantidas junto à Caixa Econômica Federal – CAIXA; junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS; junto aos demais programas sociais e de investimento?

Ora, FEITAS AS CONTAS, inexiste saldo negativo nesses suprimentos, em favor da CAIXA ao final do exercício de 2014. E, antes do término do exercício, o saldo médio é sempre positivo, em favor da União, resultando daí a remuneração devida pela CAIXA EM FAVOR DA UNIÃO, e não o contrário. Além disso, segundo os dados levantados pela NOTA TÉCNICA do SUAFI 011/2015, os repasses do Tesouro superam os saques em R$ 940,9 milhões de reais. Ao longo do processo, a União deixou de repassar, desnecessariamente, recursos da ordem de R$ 1.879.917.677, o que significa **economicidade**, já que esses mesmos recursos, em lugar de ficarem ociosos, atenderam com mais imediatismo a outras políticas relevantes, validadas na LOA.

1.1 O Devido Processo Legal Sancionador do Parecer Prévio e o Dever de Proporcionalidade das Sanções

A rejeição das contas públicas, resultado de verdadeiro processo administrativo sancionador, de se ver, é medida extrema a qual não pode ser admitida sem relação com a eficácia do princípio de harmonia entre os Poderes e o equilíbrio com os fins constitucionais do Estado brasileiro.

Câmara dos Deputados
Fl. 6455
Comissões Especiais

Diante dessas constatações, no mínimo, em atenção à razoabilidade e à proporcionalidade que devem pautar os procedimentos administrativos sancionadores, as contas da Presidência da República, para o exercício de 2014, deveriam ter sido, quando muito, *aprovadas com ressalvas*. O direito administrativo sancionador está submetido à proporcionalidade, de modo que a "dosimetria" das sanções deve levar em conta os valores da segurança jurídica por orientação que as ressalvas do TCU devem propiciar.

Repita-se à exaustão: duas razões concorrem para tanto: (i) de um lado, não se verifica, no caso, qualquer condenação fundada em "*dano ao erário*"; (ii) ademais, como demonstraremos, neste Parecer, as condutas do Governo Federal consideradas *impropriedades* ou *faltas identificadas*, pelo TCU, a título *e.g.* de questionável entendimento ampliativo do conceito jurídico de "operações de crédito", para fins de aplicação da vedação consignada no art. 36 da LRF, sempre estiveram pautadas pela *boa e regular aplicação dos recursos;* (iii) finalmente as mesmas condutas administrativas, do ponto de vista da economicidade trouxeram relevantes vantagens (em bilhões) aos cofres públicos federais, em gestão responsável. Exatamente o contrário do dano ao erário.

Neste particular, não se pode olvidar que a face prestacional do Estado Democrático de Direito brasileiro impõe-lhe a manutenção de políticas públicas incontornáveis, a exemplo daquelas em âmbito habitacional, de combate à pobreza, de fomento ao desenvolvimento[6] tecnológico, dentre outros. Mormente quanto à destinação de alguns fundos constitucionais com receitas vinculadas, como o do art. 79 dos ADCT (Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza).

Portanto, a *rejeição de contas*, prevista no art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92 ou no art. 209, II do Regimento Interno do TCU, a qual contempla a "*prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial*", enquanto resultado de procedimento administrativo sancionador, somente poderá ser empregada em condições de tipicidade, sem licença para qualquer analogia.[7]

---

[6] Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

[7] Para Emilio Betti, a exclusão do procedimento analógico não constitui a premissa, mas a consequência do caráter singular da norma jurídica. E atribui tal singularidade às normas que

Câmara dos Deputados
Fl. 6956
Comissões Especiais

Como observa corretamente Luciano Zambrota:

"*De outro lado, quando o julgamento do TCU verificar e decidir que existem algumas impropriedades ou faltas de natureza formal – se bem que não tão formais, é verdade –, ele pode julgar as contas da gestão sob fiscalização regulares mas com ressalvas. E aqui reside todo o problema, já que não raras as vezes as mesmas impropriedades registradas em tomada ou prestação de contas anteriores se repetem na tomada de contas seguinte.*

Nesse contexto, impõe-se repensar o caráter normativo destas decisões que determinam providências – recomendações – aos administradores do dinheiro público, proferidas em tomadas de contas. (...)

Note-se que a ressalva tem como objetivo prevenir a ocorrência futura das impropriedades que deram causa à aposição de ressalva nas contas fiscalizadas, mas que mesmo assim foram julgadas como regulares pelo Tribunal. Apenas houve uma ressalva na aprovação plena, integral destas contas. Assim, tem-se que o julgamento regular com ressalvas é espécie de decisão condicionada ao acontecimento de um evento futuro, exigível para solucionar os problemas antes verificados na gestão administrativa submetida a julgamento pelo TCU. Etimologicamente, o vocábulo ressalva quer dizer 'reserva' ou 'restrição'. Logo, a regularidade das contas com ressalva indica que alguns pontos apontados na tomada de contas não estão aptos a serem considerados regulares. Somente com a implementação da recomendação formulada pelo TCU é que as contas ganham regularidade plena, ou seja, não há mais nenhuma restrição à

---

colidem com os princípios fundamenais da ordem jurídica de que se trate; caráter formal este que, a seu ver, bastaria para a teoria geral do direito, com vistas à distinção entre *normas-normais* e *normas-execpcionais*. À luz do ordenamento jurídico italiano de seu tempo, o autor destaca quatro princípios que "inspiram" a normalidade da disciplina jurídica, quais sejam: (i) a reserva, ao Estado, da tutela jurisdicional dos direitos, admitindo-se, apenas em via excepcional, a autotutela; (ii) a igualdade de todos perante a lei; (iii) a "irretroatividade normal da lei", preservando a exigência de certeza do direito; (iv) a natureza contingencial da avaliação do interesse público que determinou a índole anômala de determinadas normas. (BETTI, Emilio. *Interpretação das leis e dos atos jurídicos* – Teoria geral e dogmática. Tradução de Karina Jannini (a partir da segunda edição revista e ampliada por Giuliano Crifó). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 111 a 117).

Câmara dos Deputados
Fl. 6957
Comissões Especiais

regularidade dos atos administrativos praticados na gestão fiscalizada pelo TCU.

Por isso, é possível afirmar que a intenção do constituinte de 1988 era a de que as decisões e recomendações proferidas pelo Órgão de Contas fossem efetivamente cumpridas, do contrário, não haveria razão para incumbir o TCU do controle e da fiscalização dos gastos públicos. (...)

Atendida a referida recomendação, conclui-se que o controle exercido pelo órgão foi enfim efetivado e, consequentemente, cumpriu-se a previsão constitucional no que tange à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial incumbida ao Tribunal."

Mas, observe-se, que os citados dispositivos e os comentários doutrinários que a eles se referem analisam as funções jurisdicionais do Tribunal de Contas, ou seja, aquelas hipóteses em que a referida Corte tem função própria e única de julgamento (o que não se configura no caso em tela). Uma vez julgadas as contas dos administradores pelo Tribunal de Contas, no campo de sua competência, sendo elas rejeitadas ou aprovadas com ressalvas, a repetição dos mesmos erros e procedimentos condenados pela mesma Corte de Contas, inclusive em relação às ressalvas, configura falta grave a ensejar nova reprovação das contas em exercícios subsequentes.

As contas prestadas pela Presidenta da República, no entanto, são julgadas exclusivamente pelo Congresso Nacional. As ressalvas acaso apontadas pelo Tribunal de Contas em seu parecer prévio são sugestões que devem obedecer, como acabamos de ver, as restrições e condicionantes materiais impostos para os julgamentos em geral. Isso porque, tratando-se das contas da mais alta autoridade do Poder Executivo, sendo elas altamente complexas e extensas, envolvendo a administração direta e indireta, os alertas constantes do parecer prévio do Tribunal de Contas devem:

(a) obedecer aos requisitos mínimos, estabelecidos na Lei 8.443/92, sem cuja observância, o Tribunal não pode sequer sugeri-las ao Congresso Nacional;

(b) perder seu "efeito", se superadas pelo Congresso Nacional, único competente para julgar as contas presidenciais, com ressalvas ou não.

Câmara dos Deputados
Fl. 6958
Comissões Especiais

A *proibição de excesso* na aplicação dos atos de poder de polícia justifica-se porque estes somente serão legitimados quando constituírem o único modo para atingir a finalidade de garantia do interesse público na espécie; não podem ser aplicados por mera deliberação subjetiva do aplicador. Desse modo, em qualquer decisão sancionadora deverão ser respeitados os princípios de *proporcionalidade* e de *proibição de excesso*.

Caberá, especialmente, ao legislador, estatuir sobre a medida das derrogações à aplicação automática das regras de exceção, em um delicado – e móvel – equilíbrio, apto à manutenção do garantismo constitucional pátrio, em matéria de sanções. Neste sentido, calha à fiveleta a escorreita regra de calibração consignada no art. 209, § 2º do Regimento Interno do TCU, segundo a qual a comprovação *da boa e regular aplicação dos recursos públicos* funciona como excludente da hipótese de rejeição das contas públicas, prevista no art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92 ou no art. 209, II do Regimento Interno do TCU, presentemente considerada.[8]

A esse respeito, Marcelo Madureira Prates[9] é contundente:

> *"(...) Não obstante, se o poder sancionador geral detido pela Administração faz parte do poder punitivo estatal, há de se admitir que o seu regime jurídico, de sua natureza administrativa, seja influenciado por princípios e por regras comuns a todo o direito público sancionador, e não apenas ao direito penal – como o princípio da presunção da inocência, a regra non bis in idem ou o respeito pelos direitos de audiência e defesa. Até porque tais princípios e regras são derivados, ou ainda, "meras individualizações" de princípios constitucionais maiores, como p. ex., o do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, nomeadamente sob o seu aspecto de proteção da confiança".*

O garantismo constitucional sancionador reclama previsibilidade e proporcionalidade na atuação sancionadora do Estado e, deste modo, repudia

---

[8] Idêntica cláusula de calibração encontra-se prevista, no ordenamento jurídico brasileiro, em matéria eleitoral: "Lei nº 9.504/1997, Art. 30. A Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas de campanha, decidindo: (...) II - *pela aprovação com ressalvas, quando verificadas falhas que não lhes comprometam a regularidade*."

[9] PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral*: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005, p. 251.

Câmara dos Deputados
Fl. 6959
Comissão Especiais

sanções (consequentes normativos) – a exemplo da *rejeição* de contas – quando não se encontrarem suficientemente claros e precisos os pressupostos das normas jurídicas que as preveem; especialmente, quando possível, nestas situações de vagueza normativa, a apresentação de justificações plausíveis para as condutas praticadas.

Como observa Hartmut Maurer: "*o princípio da proporcionalidade no sentido amplo resulta do princípio do estado de direito e deve sempre ser observado*".[10] É limite negativo que obriga que a conduta da Administração seja mensurada, em sua amplitude e efeitos, de acordo com sua *finalidade*.

Os princípios constitucionais que regem as finanças públicas, ao lado da legalidade, que são os da *legitimidade* e da *economicidade* (art. 70 da CF/88), postulam a avaliação da *proporcionalidade* como medida para sua aplicação. Na rejeição de contas, portanto, não basta a legalidade, como forma. Cumpre-se averiguar o juízo de legitimidade quanto aos propósitos de destinação dos recursos e motivações coerentes com os fundamentos constitucionais. Por conseguinte, a rejeição de contas não se poderia bastar com as ressalvas de descumprimento da legalidade. Mediante análise sob o prisma da *legitimidade* e da *economicidade*, deve-se avaliar a presença das excludentes de "contas irregulares", como condição de rejeição, a saber: a *boa e regular aplicação dos recursos*, além da falta de *dano ao erário*, na forma do art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92.

Não basta a alegação de impropriedades ou faltas na aplicação da lei, pois nunca se afasta do seu exame o requisito da "finalidade".

O exame da finalidade do ato administrativo, portanto, é dever inafastável de qualquer agente público, em cumprimento de estrita legalidade, sob pena de se corromper a própria separação de poderes, ao tempo que se queira imputar interesse diverso ou amputar da legalidade vontade ou fim distinto daquele para o qual ela projeta seus efeitos. A finalidade é o próprio fundamento da lei aplicada a cada caso.

As ressalvas na aprovação das contas do Chefe do Poder Executivo, logo, realizam o princípio de *proporcionalidade*, mormente em casos em que se afiguram patentes as dúvidas quanto à qualificação jurídica de atos que sequer se

[10] MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo geral.* 14ª ed., Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006, p. 277.

reverteram em danos ao Erário, mas, inversamente, voltaram-se à satisfação de fins constitucionais do Estado Democrático de Direito.[11] Entendimento diverso, repise-se, viola o princípio da segurança jurídica, na sua forma de *proibição de excesso*.

Consideradas até mesmo as divergências de qualificação doutrinária quanto à capitulação legal dos atos do Poder Executivo e, assim, a graduação da sanção aplicável (rejeição de contas), a citada garantia de vedação à proibição de excesso autoriza a aplicação da norma que consigna a *aprovação de contas com ressalvas*, diante da presença das excludentes assinaladas, na forma do art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92, o que se verifica *quando evidenciadas impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal, de que não resulte dano ao Erário.*

Tratando da abrangência da jurisdição do TCU, à luz do art. 5º de sua Lei Orgânica, Luiz Henrique Lima destaca a hipótese do exame das condutas que geram dano ao erário e cita, como exemplos, o desaparecimento de bens ou valores, pertencentes a órgão ou entidade da administração pública.[12]

E não se olvide, neste particular, a tradição histórica do TCU, no sentido ora apregoado, a reforçar a preservação do princípio da segurança jurídica, em outra de suas dimensões, qual seja, a de *proteção contra a surpresa* na atuação

---

[11] Este balanço de proporcionalidade bem fica claro, em julgados do TCU, a exemplo do TC-016.685/2007-9, datado de 27 de junho de 2007, sob relatoria do Ministro Benjamin Zymler, no qual se afastou apenação, a despeito do decumprimento de importantes preceitos da LRF, quando demonstrado que, ao Chefe do Poder Executivo, não cabia a *adoção de conduta diversa*. Especificamente, tratava-se de representação de unidade técnica, em razão da publicação intempestiva do Demonstrativo da Dívida Consolidada Líquida, a ensejar descumprimento, dentre outras, às normas consignadas nos incisos I e II, do art. 5º, e do art. 55, ambos da LRF, configurando crime de responsabilidade da Presidência da República. Considerando, todavia, que, no caso, greve dos servidores do BACEN concorrera para a prática da citada irregularidade, deixou-se de acolher a proposta de oitiva dos responsáveis, à medida que inexistente dolo em suas condutas, tampouco culpa não-escusável, bem como foi determinado o arquivamento do feito.

[12] LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo* – Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. 6ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 122.

Câmara dos Deputados
Fl. 6961
Comissões Especiais

estatal sancionadora na revisão de contas. A segurança jurídica por orientação decorrente das ressalvas é, pois, suficiente medida de proteção da Administração.

Sobre os julgamentos pela *regularidade de contas com ressalvas,* assim de se manifesta Luiz Henrique Lima[13]:

> "Quando as contas evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário, serão consideradas regulares com ressalvas.
>
> O julgamento pela regularidade com ressalvas implica que o TCU dará quitação ao responsável e lhe determinará, ou a quem lhe haja sucedido, a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas justificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes. O acórdão de julgamento deverá indicar, resumidamente, os motivos que ensejaram a ressalva das contas."

E o referido Autor reconhece até mesmo a possibilidade de aprovação de contas com ressalvas, a despeito da existência de débito a ser adimplido pelo responsável pela coisa pública, desde que evidenciada a boa-fé deste:

> "A outra hipótese de julgamento pela regularidade com ressalvas ocorrerá quando, ao examinar a resposta à citação, o Tribunal concluir pela boa-fé do responsável, bem como pela inexistência de outra irregularidade nas contas. Satisfeitos tais requisitos e subsistindo o débito, o Tribunal proferirá, mediante acórdão, deliberação de rejeição das alegações de defesa e dará ciência ao responsável para que, em novo e improrrogável prazo de quinze dias, recolha a importância devida. *Em tal situação, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente saneará o processo e o Tribunal julgará as contas regulares com ressalvas e dará quitação ao responsável.*
>
> *O entendimento do TCU tem sido que a boa-fé só existe quando os atos possam ser enquadrados em um modelo de prudência, diligência e cuidado que a sociedade espera daquele que usa dinheiro público.*
>
> Contas apresentadas em desacordo com as normas legais e regulamentares aplicáveis à matéria poderão ser julgadas regulares com ressalva, desde

[13] LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo* – Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. 6ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 287 e 288.

Câmara dos Deputados
Fl. 6962
Comissões Especiais

que se comprove, por outros meios, a boa e regular aplicação dos recursos."[14]

Em conclusão, a decisão legislativa pela aprovação com ressalvas das contas em nada desautoriza o notável esforço e labor qualificado do egrégio TCU, ao pontuar diversos aspectos que, sob sua ótica, comportam ajustes formais ou nova compreensão hermenêutica da legalidade, dentre as interpretações possíveis, atinentes ao cumprimento da LRF ou às demais leis que regem o orçamento ou a contabilidade pública. Cabe, assim, aplicar, no que possa eventualmente ser mantido das ressalvas do Acórdão nº 2461/2015 do TCU, o *princípio da segurança jurídica por orientação*, com força de precedente, não bem como eficácia do "parecer prévio", mas como efeito da decisão de "julgamento" das contas pelo Parlamento, com ato legislativo de juridicidade efetiva e vinculante.

Esta análise nunca foi feita com profundidade, haja vista a ausência de aprovação das contas públicas após 1988 na forma prevista constitucionalmente, pois salvo a de 2001, nenhuma outra teve sua aprovação no mesmo exercício da "prestação das contas".

Conforme consta de informações do Congresso Nacional,[15] segue abaixo quadro da situação das contas públicas a partir de 1988. E, para não deixar qualquer dúvida aos cidadãos, informa que a este cabe julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo. (CF, art. 49), mediante exame do parecer prévio do Tribunal de Contas da União (CF, art. 71, I) e parecer da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CF, art. 166, §1º, I), antes de serem enviadas à Mesa do Congresso Nacional, nos termos do art. 116, V, da Resolução nº 1 de 2006-CN, a saber:

	CMO	CD	SF	Situação*

[14] LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo* – Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. 6ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 287 e 288.

[15] http://www.congressonacional.leg.br/portal/atividade/contasPresidente – E, para um exame histórico, confira-se: PONTES, João Batista; PEDERIVA, João Henrique. *Contas Prestadas pelo Presidente da República*: Apreciação do Congresso Nacional. Brasília: Senado, Textos para Discussão, nº 14, 2004, p. 8.

Câmara dos Deputados
Fl. 6463
Comissões Especiais

1988	Sim	Sim	Sim	Aprovadas
1989	Sim	Sim	Sim	Aprovadas
1990	Tramitando	\	\	Na CMO
1991	Tramitando	\	\	Na CMO
1992	Sim	Tramitando	\	Até 29/9 (PDC 373/97)
	Sim	Sim	Sim	Após 29/9 (Aprovadas)
1993	Sim	Sim	Sim	Aprovadas
1994	Sim	Sim	Sim	Aprovadas
1995	Sim	Sim	Sim	Aprovadas
1996	Sim	Sim	Sim	Aprovadas com recomendações
1997	Sim	Sim	Sim	Aprovadas com recomendações
1998	Sim	Sim	Sim	Aprovadas
1999	Sim	Sim	Sim	Aprovadas com ressalvas
2000	Sim	Sim	Sim	Aprovadas
2001	Sim	Sim	Sim	Aprovadas
2002	Sim	Sim	Tramitando	No Senado Federal
2003	Sim	\	Tramitando	No Senado Federal
2004	Sim	\	Tramitando	No Senado Federal
2005	Sim	\	Tramitando	No Senado Federal
2006	Sim	Sim	Tramitando	No Senado Federal
2007	Sim	\	Tramitando	No Senado Federal
2008	Sim	Sim	Tramitando	No Senado Federal
2009	Sim	\	\	Na SLCN
2010	Sim	\	\	Na SLCN
2011	Sim	\	\	Na SLCN
2012	Sim	\	\	Na SLCN
2013	Sim	\	\	Na SLCN
2014	Tramitando	\	\	Na CMO

Câmara dos Deputados
Fl. 6964
Comissões Especiais

1.2 A natureza administrativa do Parecer Prévio do TCU e do Parecer do exame da CMPOF e o "julgamento" da Prestação de Contas pelo Congresso Nacional com eficácia de legalidade e coisa julgada

O exame e julgamento das contas da União é o máximo do controle de coerência de legalidade que o Congresso Nacional promove no ciclo das leis de orçamento. Uma decisão eminentemente jurídica, a conciliar técnica, política e juridicidade, segundo as manifestações do "Parecer Prévio" do Tribunal de Contas da União – TCU, o "Parecer" de exame das contas da Comissão Mista Permanente de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMPOF e o "Relatório" do Relator do Decreto Legislativo, todos com equivalente dignidade

Câmara dos Deputados
Fl. 6965
Comissões Especiais

e estatura constitucional. E tudo segundo os valores do "devido processo legal", submetidos ao dever de motivação e com a mesma finalidade: exercer o controle externo de legalidade, legitimidade e economicidade das contas públicas.

O Congresso Nacional é o único **órgão** do Estado dotado de competência para aprovar as leis orçamentárias e, igualmente, após o término do ano fiscal, examinar e "julgar", em caráter terminativo, as contas relativas à execução das leis orçamentárias e respectivos planos e planejamentos realizados, para determinar se aquilo que foi autorizado, ao fim e ao cabo, quedou-se adequadamente cumprido, na condição de "balanço público" por parte de todos os poderes (executivo, legislativo e judiciário).

Numa especificação do **objeto** do controle externo, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF prescreve a consolidação das Contas de Governo de outras autoridades para serem prestadas pelo Presidente da República. Logo, em combinação com as contas do Executivo, todas as demais deverão ser consolidadas, em até sessenta dias da abertura da sessão legislativa (Emenda Constitucional nº 50, de 2006). Como destaca o parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, a Lei Orgânica do TCU, *as contas constituirão nos balanços gerais da União*.[16] O que se aprova, portanto, tem a natureza de "balanço público da União".

A Constituição outorgou ao Poder Legislativo o controle democrático das presidenciais, na sua integralidade, do qual igualmente são chamados a participar o povo e a imprensa livre, dado que sujeito à crítica e aberto à participação social (audiência pública) e transparência da disponibilidade de todos os documentos relativos às contas disponíveis para acesso.

Quanto às **competências**, a Constituição Federal de 1988 demarcou em disposições expressas os poderes dos órgãos responsáveis pela execução, processamento e julgamento do orçamento e das contas prestadas pelo Presidente da República, a serem exercidas em conformidade com os direitos inerentes ao "*due process of law*".

[16] LRF, Art. 36. "Ao Tribunal de Contas da União compete, na forma estabelecida no Regimento Interno, apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio a ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento. Parágrafo único. *As contas constituirão nos balanços gerais da União* e no relatório do órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos de que trata o § 5º do artigo 165 da Constituição Federal."

Câmara dos Deputados
Fl. 6966
Comissões Especiais

Cabe ao Presidente da República *prestar as contas referentes ao exercício anterior*, mediante a elaboração do "balanço da União", diretamente ao Congresso Nacional, no prazo de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa. *In verbis*:

> "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)
>
> XXIV – *prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior*."

A prática da prestação anual de contas pelo Presidente da República exalta os valores republicanos e da divisão e equilíbrio entre os Poderes. Somente em democracias responsáveis com os valores republicanos e comprometidas com a continuidade do Estado e com as gerações futuras tem-se o enaltecimento da responsabilidade fiscal.

Como visto, a Constituição manda o Presidente da República prestar as contas ao Congresso Nacional, e não ao Tribunal de Contas da União, que recebe as contas enviadas pelo Parlamento para manifestar sua opinião na forma de "parecer prévio", em típica competência de órgão auxiliar do controle externo. A saber:

> "Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
>
> I – *apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento*."

Recebidas as contas, o Tribunal de Contas as "aprecia" e, ao final, delibera mediante *parecer prévio*, o qual deverá ser elaborado em sessenta dias, a contar de seu recebimento. Portanto, como o TCU não recebeu competência para "julgar" as contas, a Constituição afastou os efeitos de "coisa julgada" do "parecer prévio", ainda que se revista de elevada responsabilidade.

Quem detém os poderes para "julgar" as *contas prestadas pelo Presidente da República* é o Congresso Nacional, nos termos do art. 49, IX da CF/88. E se "julga", decide em caráter definitivo, levando em conta os fundamentos adotados para a formulação e aprovação do orçamento.

Eis sua redação:

Câmara dos Deputados
Fl. 6967
Comissões Especiais

> "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) IX – *julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República* e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo."

Para que o Congresso Nacional possa "julgar" e votar o projeto de decreto legislativo, que terá por objeto a "aprovação", "aprovação com ressalvas" ou "rejeição" das contas, o Relator será eleito pela Mesa Diretora, que apresentará seu "relatório", a partir do "Parecer" da CMPOF.

Assim, para "julgar" as contas, o Congresso Nacional vê-se assessorado pela Comissão Mista Permanente de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMPOF, composta por 84 membros titulares, sendo 63 deputados e 21 senadores, que tem a missão de examinar e emitir parecer sobre os projetos de lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias, de lei orçamentária anual e seus créditos adicionais e sobre as *contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República*, além de exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária da União. Portanto, a CMPOF é responsável por todo o processo orçamentário, constituindo-se no mais importante instrumento de fiscalização e de avaliação política do Congresso sobre o fiel cumprimento do orçamento e suas leis vigentes. Como se encontra na Constituição:

> "Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.
>
> § 1° Caberá a uma comissão mista permanente de Senadores e Deputados:
>
> I – *examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República*."

Numa síntese, o julgamento das contas do balanço da União pelo poder legislativo constitui a última etapa do ciclo orçamentário, que começa com a edição do Plano Plurianual, prossegue com a aprovação da Lei de Diretrizes Orçamentárias, e, diante dessas leis-quadro, vê-se construída a proposta orçamentária pelo poder executivo. A seguir, Câmara e Senado discutem e votam a lei orçamentária anual, a ser executada no exercício seguinte. Após a execução do orçamento, prossegue-se com o controle externo do balanço das contas apresentado, mediante "parecer prévio". E, para conclusão, chega-se à decisão terminativa do Congresso Nacional, após o exame e parecer da CMPOF, que tem

Câmara dos Deputados
Fl. 6963
Comissões Especiais

a responsabilidade de acompanhar todo o *iter* orçamentário, da elaboração à execução e, ao final, seu controle na forma de "balanço das contas da União".

Importa-nos, aqui, distinguir as funções dos pareceres do TCU e da CMPOF, em face do julgamento das contas pelo Congresso Nacional.

O *Parecer Prévio* pode ser definido como ato de análise técnica de apreciação especializada do Tribunal de Contas da União, mediante decisão seguida de devido processo legal, na qual o Tribunal recomenda ou sugere ao Congresso Nacional a aprovação, a aprovação com "ressalvas" ou s rejeição das contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo.

Como assinalado, segundo o art. 71, I da CF/88, combinado com o Art. 49, IX, da CF/88, as contas anualmente prestadas ao Tribunal de Contas serão objeto de "parecer prévio" sobre as contas da União, prestadas pelo Presidente da República, consolidada segundo o *princípio da unidade*, e dirigida ao Congresso, para julgamento definitivo sobre o balanço das referidas contas.

Enquanto compete ao TCU "apreciar" as contas, mediante "parecer prévio", cabe à CMPOF "*examinar e emitir parecer*", como etapa preparatória para o "julgamento" do Congresso Nacional.[17] Já aquele "parecer" da CMPOF, cuja função constitucional consiste em acompanhar toda a elaboração, execução e prestação de contas do orçamento, é emitido por deputados e senadores, que são justamente juízes das contas prestadas. Afinal **julgarão em plenário a boa gestão das contas púbicas**. Daí que não se pode reduzir a relevância singular

---

[17] "Saliente-se que essa forma de controle, embora não se enquadre no conceito de julgamento, configura para os parlamentares e para os cidadãos fonte de esclarecimentos de grande valor, podendo determinar, sugerir, apontar e exigir uma série de providências tendentes ao aperfeiçoamento, tanto dos planos e das políticas definidas, quanto do desempenho da administração pública.

Interessante observar, ainda, que a idéia de julgamento encerra uma visão estática, identificada com controle a posteriori, com punição e reparação do dano causado ao Erário e à cidadania. Já a idéia de apreciação pressupõe uma visão mais dinâmica, compatível com o modelo de controle concomitante, permitindo a retro-alimentação do sistema de planejamento, redirecionando e corrigindo as ações perseguidas, bem como redefinindo as prioridades. Essa última concepção é, inegavelmente, mais compatível com o processo democrático que se pretende seja consolidado como prática permanente em nosso País." PONTES, João Batista; PEDERIVA, João Henrique. *Contas Prestadas pelo Presidente da República:* Apreciação do Congresso Nacional. Brasília: Senado, Textos para Discussão, nº 14, 2004, p. 8.

Câmara dos Deputados
Fl. 6969
Comissões Especiais

desta magna Comissão, cujo "parecer" (final) tem importância fundamental no controle de contas. Como bem esclarece Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a saber: [18]

> "*Os pareceres prévios do TCU servem de subsídio para que a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, prevista no § 1º do art. 166 da Constituição, exerça a competência que lhe é cometida, ou seja, a de emitir pareceres sobre essas contas. Há, portanto, pareceres emitidos pelo Tribunal de Contas e pela comissão mista. Por serem anteriores aos da comissão mista, os pareceres exarados pelo órgão técnico de contas são adjetivados de prévios.*"

A eficácia de "coisa julgada" advirá da decisão do Congresso Nacional, que detém competência para "julgar", em caráter definitivo, as contas do Presidente da República. A decisão do Congresso Nacional corresponde à única deliberação jurídica de caráter definitivo, como ápice do controle de legalidade pelo próprio Parlamento, amparada na análise técnica do "Parecer Prévio" do TCU, bem como do exame e "parecer" da CMPOF.

Portanto, a deliberação do Congresso Nacional não se reduz a decisão meramente "política", mas de ato legislativo com eficácia jurídica em grau máximo, no controle de legalidade dos seus próprios atos, i.e., a execução das leis orçamentárias em vigor.

Logicamente, no exercício desta função de oferta do Parecer Prévio" (Art. 71, I da CF/88), a deliberação adotada pelo Tribunal de Contas terá natureza "administrativa", sem qualquer eficácia de "coisa julgada" administrativa ou equivalente. A eficácia jurídica da decisão e das "ressalvas" adotadas pelo Tribunal quedam-se na dependência da decisão do Congresso Nacional. E

---

[18] Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A função dos tribunais de contas em relação às contas anuais - emitir parecer e julgar privativamente: o auxílio ao poder legislativo e o exercício de jurisdição própria. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília: Seção de Documentação, 2002, nº 28, p. 9-17. "Sobre o termo *prévio*, este traduz a ideia de que o Parecer Prévio é emitido antes do julgamento, pelo Poder Legislativo, das contas prestadas anualmente pelo Poder Executivo". ANDRADA, Antônio Carlos Doorgal de; BARROS, Laura Correa de. Parecer Prévio emitido pelos Tribunais de Contas sobre as contas prestadas anualmente pelos chefes dos Poderes Executivos Federal, Estaduais e Municipais. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 2010, v. 77, n. 4, ano XXVIII.

Câmara dos Deputados
Fl. 970
Comissões Especiais

somente quando acatadas, as ressalvas ganham eficácia de precedentes vinculantes para a Administração.[19]

Ou nas palavras de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: [20]

"Os pareceres prévios do TCU municiam os Senadores e Deputados da Comissão Mista e o Plenário do Congresso com informações de cunho eminentemente técnico e objetivo. O Tribunal é o órgão habilitado para processar e fornecer esses dados, intimamente vinculados às suas atribuições institucionais. A despeito de os pareceres da Corte de Contas serem imprescindíveis ao processo de julgamento, eles não vinculam as conclusões dos pareceres da Comissão Mista ou a delibação de mérito, pelo Congresso.

Os pareceres da Comissão Mista constituem a base para o relator designado elaborar o projeto de decreto legislativo que conterá as propostas de mérito para o julgamento de cada uma das Contas de Governo. A votação da proposição e, conseqüentemente, os julgamentos

---

[19] A doutrina, na sua maioria, defende a natureza estritamente administrativa das decisões dos Tribunais de Contas no caso de deliberação sobre as contas públicas do art. 71, I da CF/88. Cf. FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Judiciário.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *In*: FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos, (organizadores). *Administração Pública.* Direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas. São Paulo: RT, 2002. CRETELLA JÚNIOR, J. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 77, v. 631, 1988. CUSTÓDIO, A. J. Ferreira. Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas, *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 81, n. 685, p. 7 a 14, 1992. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa Julgada – Aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União. *Revista do Tribunal de Contas da União.* Brasília, n. 70, 1996. VIEIRA, Raimundo de Menezes. O Tribunal de Contas: o valor de suas decisões. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 27, n. 106, p. 103 a 108, abr./jun. 1990. MONTEIRO, Marília Soares de Avelar Monteiro. A Natureza Jurídica dos Julgamentos Proferidos pelos Tribunais de Contas no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo,* São Paulo, n. 8, ano 24, 2008. CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. As contas de governo da República e os Tribunais de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado, 2007, a. 44 n. 174 abr./jun. p. 309.

[20] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A função dos tribunais de contas em relação às contas anuais - emitir parecer e julgar privativamente: o auxílio ao poder legislativo e o exercício de jurisdição própria. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, Seção de Documentação, 2002, nº 28, p. 9 a 17.

Câmara dos Deputados
Fl. 6971
Comissões Especiais

cabem ao Plenário do Congresso Nacional, que utiliza o decreto legislativo para consubstanciá-los."

Ao tempo que a decisão do TCU, na forma do "Parecer Prévio", é desprovida de "imutabilidade", por ter natureza "administrativa" e não se afirmar com "coisa julgada",[21] como reconhecido em Jurisprudência consolidada do STF[22] e do STJ, bem como de quase toda a doutrina, somente a decisão do Congresso Nacional gera efeitos vinculantes contra os responsáveis pela execução orçamentária, como etapa final do controle externo de legalidade, economicidade e legitimidade sobre o balanço. Vejamos um breve panorama da doutrina.

Para Ives Gandra Martins, a decisão do TCU tem caráter meramente administrativo, de caráter meramente opinativo, a saber:

"*A função do Tribunal de Contas, no que concerne às contas presidenciais, é, todavia, meramente opinativa.* Apesar de seu exame ser apenas técnico, tal parecer não possui qualquer força sem o Congresso Nacional, que, no mais das vezes, julgará política e não tecnicamente o Presidente."[23]

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

---

[21] Trata-se, o parecer prévio, de decisão provisória, pois depende da confirmação do Congresso Nacional, no ato de julgamento. SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas* - controle externo das contas públicas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.

[22] Como já decidiu o STF sobre o caráter definitivo do julgamento de contas pelo TCU, tem-se o seguinte: "(...) *é clara a distinção entre a do art. 71, I — de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo — e a do art. 71, II — de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.* II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas." STF, Tribunal Pleno, ADI 849/MT. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 11/02/1999. Publicado no *DJ* de 23/04/1999.

Câmara dos Deputados
Fl. 6972
Comissões Especiais

> "Como o Tribunal de Contas não faz parte do Poder Judiciário, as suas decisões não têm forma de coisa julgada, sendo sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, com fundamento no artigo 5°, inciso XXXV, da Constituição."[24]

Dentre outros, José Afonso da Silva compreende que "o Tribunal de Contas é um órgão técnico, não jurisdicional. Julgar contas ou da legalidade dos atos, para registros, é manifestamente atribuição de caráter técnico". (...) "prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que, assim, se apresenta como órgão técnico, e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais."[25] E Odete Medauar chega mesmo a afirmar, que "nenhuma das atribuições das Cortes de Contas caracteriza-se como jurisdicional."[26]

Mesmo que não se integre ao Poder Judiciário, como instituição do controle externo, o TCU é órgão constitucional dotado de competências próprias, exclusivas e indelegáveis. Neste, o processo de decisão sobre a prestação de contas, nos limites das suas competências especializadas, serão definitivos e preclusivos, pelo esgotamento das vias recursais do devido processo legal, mas

---

[23] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil.* Vol. 4. 3ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

[24] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 687.

[25] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 125.

[26] MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado, 1990, v. 27, n. 108, p. 101 a 126.

Câmara dos Deputados
Fl. 1973
Comissões Especiais

sem que isso se constitua em qualquer modalidade de "coisa julgada", por ser esta decisão exclusiva do Congresso Nacional.[27]

Como observa Luciano Ferraz, "o parecer prévio do Tribunal de Contas, além de obrigatório é *quase vinculante*." Tem cabimento a crítica, porque se o Parecer da CMPOF ou a deliberação do Congresso forem contrárias ao "parecer prévio", logicamente, estes terão que motivar suas decisões. De outra banda, acaso mantido pelo Legislativo, o parecer do TCU, "este servirá de sustentáculo (motivação) ao ato do Legislativo",[28] logo, o entendimento exarado pelo TCU torna-se vinculante no limite do que seja "mantido" pela decisão do Congresso.

Portanto, a manutenção ou rejeição dos conteúdos dos "pareceres prévios" não depende de uma relação entre suposta decisão "técnica", adotada pelo TCU no seu "parecer prévio", *versus* decisão "política", que seria aquela do Congresso Nacional. Nada disso. Justamente para evitar esse tipo de reducionismo, a Constituição integra ao processo de controle externo uma Comissão Permanente de Orçamento e de Fiscalização (a CMPOF), cujo "parecer" é igualmente parte do processo, com idêntica dignidade jurídica e qualificação técnica de quem responde por toda a extensão da formação ao cumprimento da peça orçamentária.

Os controles jurídicos da ação da política, vêse, não podem chegar à negação das escolhas públicas, ao inibir, tolher ou abstrair a decisão política da atividade financeira do Estado, que é sempre revestida de juridicidade, nos seus procedimentos e formas. Impedir ou embaraçar a decisão política que atende aos

---

[27] NASCIMENTO, Rodrigo Melo do. A execução judicial das decisões proferidas pelos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas da União,* Brasília, n. 125, p. 84 a 101, 2012. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A função dos tribunais de contas em relação às contas anuais - emitir parecer e julgar privativamente: o auxílio ao poder legislativo e o exercício de jurisdição própria. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, Seção de Documentação, 2002, nº 28, p. 9 a 17. PONTES, João Batista; PEDERIVA, João Henrique. *Contas Prestadas pelo Presidente da República: Apreciação do Congresso Nacional.* Brasília: Senado, Textos para Discussão, nº 14, 2004. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa Julgada – Aplicabilidade à Decisões do Tribunal de Contas da União. *Revista do TCU*, v. 27, nº 70, p. 23, out./dez. 1996. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil:* Jurisdição e Competência. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

[28] FERRAZ, Luciano. *Due process of law* e parecer prévio das cortes de contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 16 de novembro de 2015.

Câmara dos Deputados
Fl. 6274
Comissões Especiais

ditames jurídicos é o mesmo que invadir competência, em contrariedade à divisão de poderes e à democracia.

Esta exigência de convergência entre Política e Direito para a atuação da atividade financeira do Estado não pode ser recebida como novidade. É mera aplicação do Direito Positivo. Basta verificar que a Lei 4.320/1964, no seu art. 2.°, já prescreve que "a Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a *política econômica financeira* e o *programa de trabalho do Governo*, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade". Portanto, se o orçamento não contemplar esta representação da política e dos programas de governo, suficientes para evidenciar as escolhas públicas sobre receitas e despesas, não cumprirá juridicamente sua função constitucional e legal.

O orçamento deve ser um meio de transparência da aplicação do Direito Positivo (leis e atos administrativos que decidiram sobre a realização das despesas e receitas públicas) e da política (*política econômica financeira* e *programa de trabalho do Governo*), que se integram na atividade financeira do Estado.

Em qualquer uma destas etapas, de certo, haverá cabimento para a interpretação jurídica das legislações, as quais podem ser divergentes entre si, como se verifica entre tribunais, cotidianamente. É lugar comum no Direito a exclusão da única resposta correta. E nenhuma decisão é apenas "técnica". Muitas vezes, nesta escolha, está a pior das ideologias, que é a demonização da escolha pública fundada na decisão democrática.

Por fim, a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei complementar n° 101, de 4 de maio de 2000, caracteriza, corretamente, no art. 48, "as *prestações de contas* e o respectivo *parecer prévio*" como *instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público.* E acresce que esta transparência será assegurada também pelo incentivo à participação popular e realização de audiências públicas. Em seguida, ao tratar "das Prestações de Contas", o Art. 56, § 3° prescreve que "*será dada ampla divulgação dos resultados da apreciação das contas, julgadas ou tomadas.*" Neste caso, a transparência ser dada não apenas ao parecer prévio do TCU, mas aos pareceres da CMPOF e ao Relatório do Relator do projeto de decreto legislativo. Daí serem louváveis os esforços de *accountability* e de

Câmara dos Deputados
Fl. 6975
Comissões Especiais

transparência dos tempos recentes, para os efeitos das contas de 2014. Isso demonstra amadurecimento institucional e o firme desejo que seja esta a prática reiterada ao longo de todos os exercícios futuros.

A QUESTÃO DO RESPEITO À SEGURANÇA, À LEGALIDADE FORMAL E À IRRETROATIVIDADE DAS INTERPRETAÇÕES ADMINISTRATIVAS NO ESTADO DE DIREITO

Queixa-se a Digna Consulente de que, mesmo na ausência persistente de julgamento das contas presidenciais pelo Congresso Nacional, único ato jurisdicional que pode efetivamente tornar compulsórios os alertas do Tribunal de Contas da União em relação a exercícios financeiros anteriores ao de 2014, procurou e vem procurando acatar as ressalvas e alertas do TCU, ao longo do tempo. Apesar de ter determinado o respeito incondicional aos princípios da legalidade e da legitimidade, tal como prescrevem a Constituição e as leis, prossegue a Consulente, a Corte de Contas inovou, surpreendendo em relação a condutas e procedimentos já reiteradamente praticados e, com isso, introduziu novas exegeses a respeito das mesmas leis que os regem, inclusive da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000).

Com isso, nova METODOLOGIA relativamente à apuração da Dívida Líquida do Setor Público (DLSP) e do resultado primário, que compõem as estatísticas macroeconômicas do setor fiscal, publicadas pelo Banco Central do Brasil (BCB), passou a ser exigida, inopinadamente, na apuração dos resultados primário e nominal e de forma retroativa. Esclareça-se que outra metodologia não foi aprovada em lei como obriga a Lei de Reponsabilidade Fiscal para a apuração daqueles resultados. Por isso mesmo, em face da lacuna, a solução de transição, como prediz a própria LRF, foi introduzir o critério utilizado na Lei de Diretrizes Orçamentárias. E isso foi observado, pois desde a primeira LDO editada, após o advento da LRF, adotaram-se, como metodologia oficial, os critérios emanados do Banco Central do Brasil – BCB - (art. 18 da Lei 9.995, de 25 de julho de 2000).

Após a LRF, há quinze anos, portanto, o Banco Central do Brasil é o único senhor, conforme a LDO, dessa metodologia enquanto outra não for adotada. Mas antes do advento da mesma LRF, essa já era a prática nacional (já que o

Câmara dos Deputados
Fl. 6976
Comissões Especiais

Banco Central é a autoridade monetária, indiscutivelmente) de maneira uniforme, há quase vinte e cinco anos, pois não houve uma definição legal diferente de uma metodologia de apuração do superávit primário. Historicamente, nenhum questionamento foi feito em relação à matéria pelo TCU. E poderia ter sido feito?

Inexiste assim parâmetro, sob tal ângulo, para se concluir, relativamente a 2014, pela incorreção da metodologia adotada pelo Banco Central do Brasil, BCB, a não ser afrontando-se as leis e as práticas contábeis e administrativas de décadas.[29]

E mais ainda, a não inclusão nas estatísticas macroeconômicas do setor fiscal, publicadas pelo BCB, das relações da União com o FINAME, com o FGTS e com o Banco do Brasil S/A está em perfeita consonância, informa a Presidência da República, com o padrão metodológico adotado desde 1991 (critério de caixa). É de se ressaltar que o FINAME e o FGTS, não sendo instituições financeiras, fogem aos escopos de análise do BCB. Além do mais, a metodologia do BCB tem consonância com a legislação de regência e com os padrões metodológicos internacionais, em especial o critério de caixa definido no Manual de Estatísticas de Finanças Públicas, cuja primeira versão foi publicada pelo FMI em 1986.

Tres outros fatos atrelam-se indiretamente ao primeiro. E convém aqui pontuá-los, em face da legalidade e da segurança jurídica. Trata-se dos repasses da União a bancos públicos para pagamento a beneficiários de programas sociais, devidamente aprovados em lei específica e constantes de dotações próprias nas leis orçamentárias. Repasses, surpreendentemente, reclassificados como operação de crédito pelo TCU, em interpretação extensiva e ampliativa do art. 29, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O primeiro fato refere-se aos repasses da União à Caixa Econômica Federal (CAIXA), para pagamento aos beneficiários dos programas sociais do Bolsa-Família, do Seguro-Desemprego e do Abono Salarial, nos anos de 2013 e 2014, em contas que, eventualmente, apresentavam saldo negativo, embora, ao final do exercício, o **saldo positivo em favor da União fosse consolidado. Inclusive o saldo médio, ao longo do ano, sempre positivo em favor da**

[29] O acolhimento, pelo TCU, das estatísticas macroeconômicas, divulgadas pelo Banco Central do Brasil, e sua metodologia, é notável, tanto no passado como no presente como registram os processos TC 021.643/2014-8 e 005.335/2015-9.

Câmara dos Deputados
Fl. 6777
Comissões Especiais

União. Por essa razão foi sempre a CAIXA que, sistematicamente, pagou remuneração em favor da União. Essa prática de duas décadas poderia ter sido descaracterizada pelo TCU para **operação de crédito**, em 2014, de modo a configurar ofensa ao art. 36 da LRF, dispositivo que proíbe ... "*operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo*"?

O segundo fato diz respeito aos repasses feitos ao FGTS, dentro do programa "Minha Casa Minha Vida"- PMCMV, fundo administrado pela Caixa Econômica Federal, em execução ao art. 82-A da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009. A mesma descaracterização dos repasses que, na visão do TCU, passaram a ser enquadrados como **operação de crédito,** poderia ser feita em 2014, inopinadamente? Ressalta a Presidência que, em período superior a 14 anos, os contratos firmados com a CAIXA para a operacionalização dos programas sociais foram objeto de auditoria por parte tanto da Controladoria-Geral da União como do Tribunal de Contas da União, **inexistindo qualquer apontamento sobre eventual irregularidade nas previsões contratuais que facultam à CAIXA o pagamento aos beneficiários, na hipótese de insuficiência de recursos na conta suprimento.**

Na verdade, já houve saldos negativos na conta suprimento dos programas sociais administrados pela CAIXA (com a devida remuneração feita pela União) desde 1994, segundo NOTA TÉCNICA SUAFI 2009/2015, a que tivemos acesso. Mas considerando todos os saldos, ao longo dos exercícios, inexiste saldo negativo em detrimento da CAIXA, ao contrário, encerrou-se o exercício de 2014 com remuneração líquida favorável à União, não se podendo falar em empréstimo em favor da União.

O terceiro fato também configura a descaracterização de repasses ao BNDES, a título de subvenção econômica – equalização de juros, embora feitos com a devida autorização da Lei nº 12.096, de 2009, e com a autorização específica de dotações orçamentárias destinadas ao FINAME, consubstanciada no Alerta 1 do Acórdão nº 2461/2015 – Plenário do TCU.

Passemos então à consideração das mutações de entendimento do Tribunal de Contas da União. Mutações de entendimento ou "achados" exegéticos e interpretativos das leis vigentes. Não se trata de analisar, neste tópico, o **mérito** de tais mutações, ou seja, se efetivamente aqueles repasses acima citados

Câmara dos Deputados
Fl. 6978
Comissões Especiais

configurariam verdadeira operação de crédito, não nesse momento. Faremos isso em tópico próprio. Sobre a análise jurídica das operações de crédito, sua natureza intrínseca à luz do art. 29, III da LRF, não nos cabe ponderar agora, mas tão somente examinar os efeitos das mutações de interpretação administrativa, à vista da proibição de sua retroação e da anualidade e mesmo da plurianualidade do planejamento das contas públicas.

Em primeiro lugar, não obstante, esclareçamos os efeitos da segurança jurídica nas normas gerais ou individuais de orientação da conduta de administradores e gestores públicos.

2.1 Por que razão a Constituição somente se refere à irretroatividade das leis?

A Constituição da República somente se refere, de modo expresso, ao princípio da irretroatividade das leis, o que tem longa tradição entre nós. Não obstante, e essa é uma questão contemporânea da mais alta relevância, o princípio da irretroatividade refere-se a todos os Poderes e obriga ao legislador, ao juiz e ao administrador. Trata-se do princípio da **irretroatividade do Direito e não apenas, singelamente, das leis.**

A rigor, a consagração expressa do princípio da irretroatividade das leis, em norma constitucional, se estamos em um Estado de Direito, é desnecessária. Aliás, nas ordens jurídicas democráticas, é costume regular o conflito intertemporal das leis, nas leis de introdução aos códigos civis. Da lógica das coisas, resulta que o legislador, ao impor as normas de conduta, o faça para o futuro, jamais para o passado, quando os fatos são irreversíveis e o comportamento imodificável. O princípio da irretroatividade das leis decorre da segurança jurídica, da previsibilidade, mas ainda, em primeiro lugar, da racionalidade humana. Esse fenômeno explica a razão pela qual, ausente, de forma expressa, de várias constituições, mesmo assim o princípio da irretroatividade das leis, em certas ordens jurídicas, costuma ser extraído, de forma ampla, diretamente do princípio do Estado de Direito (é o caso da Alemanha, em que a Carta somente se refere ao princípio da irretroatividade das leis penais) ou extraído do princípio da capacidade contributiva para fins tributários (como na Itália).

Câmara dos Deputados
Fl. 6979
Comissões Especiais

Entretanto, entre nós, a consagração expressa, na Constituição, do princípio da irretroatividade das leis em geral tem longa tradição, vem da Constituição do Império. A Constituição de 1988, em seu art. 1°., constitui a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito e consagra o princípio da irretroatividade, de forma ampla, como direito fundamental do cidadão, em relação ao Direito Penal (art. 5°, XXXIX e XL); em relação aos demais ramos do Direito, inclusive o Direito Tributário (art. 5°, XXXVI); e, de forma específica, como direito fundamental do cidadão-contribuinte e limitação do poder de tributar (art. 150, III, a). Além disso, a Constituição brasileira ainda consagra o princípio da anterioridade das leis tributárias novas em relação ao exercício subsequente de cobrança (art. 150, III, b), da anterioridade de um ano das leis eleitorais modificativas em relação à eleição (art. 16) e das leis do plano, de diretrizes ou orçamentárias, todas prévias ao exercício financeiro de execução (art. 165).

O princípio da irretroatividade é decorrência normal da natureza das leis, advém da lógica das coisas, da razão e da moral e está na base do princípio da separação de poderes. É antigo e já conhecido do Direito romano. Como as decisões judiciais são operações internas ao sistema, elas se voltam prevalentemente para o passado, para o *input*, como lecionou Niklas Luhmann[30] onde se encontram as leis, os costumes e os precedentes. O futuro é incorporado nas decisões judiciais, sem dúvida, mas somente por meio dos filtros que o legislador já fez em suas escolhas. (O operador do Direito colherá os conceitos determinados ou não, abstratos e gerais, mais ou menos tipificados, e os princípios mais ou menos vagos e imprecisos, todos postos nas leis, para deles extrair conceitos de concreção máxima, adequados aos casos concretos). Já o legislador, não obstante, trabalha na periferia do sistema, no presente, voltado prevalentemente para o futuro. Ele pesa, sim, o passado (a tradição, a moral vigente e os costumes, a Constituição que limita o seu domínio) mas as normas, que põe, devem pesar, muito mais ainda, as conseqüências de toda natureza (políticas, econômicas e sociais) até o fim. Ele está comprometido com o futuro, daí que enuncia, lingüísticamente, as normas por meio de conceitos abstratos, mais ou menos determinados, mais ou menos tipificados e em princípios e

[30] Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema Giuridico e Dogmática Giuridica*. Tradução e Prefácio de Alberto Febbrajo. Bologna: Ed. Il Mulino, 1978.

Câmara dos Deputados
Fl. 6980
Comissões Especiais

cláusulas mais ou menos abertos. Tais questões são o suporte do princípio da separação de poderes[31].

A Dogmática nacional não se coloca, em regra, em discordância com o que se disse. Pontes de Miranda, ao realçar as características essenciais das leis, necessárias, destaca-lhes a generalidade, pois são infensas ao casuísmo e ao arbítrio, e ainda, o transindividualismo desde a sua origem, por não resultarem da vontade de um só, rei ou homem que o represente. Mas logo lhes acrescenta os elementos dinâmicos, resultantes da evolução do Estado e do conceito de democracia: (**a**) o elemento democrático na sua formação; (**b**) o elemento de verdade, com que se procura, continuamente, o aperfeiçoamento paulatino, marchando para o oposto do que disse Hobbes: *autoritas, non veritas, facit legem*; (**c**) o elemento de segurança extrínseca negativa, já que a lei tem de ser feita de antemão aos fatos, antecedendo-os; (**d**) o elemento de segurança extrínseca positiva, pois a lei permanece vigente enquanto outra lei não a subroga ou lhe derroga algum ponto[32].

Não conhecemos Constituição que consagre o princípio da irretroatividade em relação aos atos de todos os Poderes: às leis, aos decretos regulamentares e demais atos do Poder Executivo e às modificações de decisões judiciais. Isso tem um sentido e está na raiz do princípio da separação dos Poderes.

Eis as razões pelas quais a Constituição não se referiu ao princípio da irretroatividade das normas dos demais Poderes, apenas das leis, a saber:

> (i) o Poder Executivo e o Poder Judiciário estão obrigatoriamente vinculados às leis no Estado de Direito e, como as leis não poderão retroagir, é conclusivo que, em decorrência, os atos dos demais Poderes também não poderão retroagir, devendo encontrar o Direito, sempre por meio da lei em vigor no momento da ocorrência dos atos e fatos pretéritos;
>
> (ii) e, se os atos dos demais Poderes ocorrem sempre depois do advento da lei a que estão vinculados, é possível que, no momento em que prolatados,

---

[31] Cf. MISABEL ABREU MACHADO DERZI. *Modificações da jurisprudência:* proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo. Noeses, 2009.

[32] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda nº. 1, de 1969. Tomo V, arts. 153, §2º a 159. 2ª ed. São Paulo, RT, 1974, p. 7.

Câmara dos Deputados
Fl. 6981
Comissões Especiais

exista lei nova inaplicável àqueles fatos pretéritos. Por isso os atos administrativos individuais e as sentenças voltam-se para o passado onde se situam os fatos e a lei que os regeu no tempo em que ocorreram. Ou seja, os atos administrativos e judiciais, como aplicações da lei aos fatos, são proferidos *a posteriori,* por isso sempre aplicam a lei em vigor no momento em que aqueles fatos ocorreram. (Ainda que já esteja em vigor lei nova, posterior à ocorrência daqueles mesmos fatos).

Expliquemos o fenômeno de outra forma, sempre partindo da premissa de que estamos em um Estado de Direito. Em decorrência, todos os Poderes, por mais criativa que seja a função do legislador, ponto de fusão entre o político e o jurídico, encontram-se sob a regência do Direito e que, a diferenciação da localização de cada um deles – se no centro ou na periferia do sistema – não esconde o fato de que ainda estamos falando de sistema. O tempo das leis, já o dissemos, é diferente do tempo da sentença. O princípio da irretroatividade das leis é considerado "natural", ínsito, sempre futuro, algo que lhes é próprio. Como aprendemos com Niklas Luhmann, em especial na teoria da constituição, *como aquisição evolutiva*, o legislador trabalha na periferia do sistema, onde está mais perto dos demais sistemas, de modo poroso em relação ao ambiente, no presente, voltado prevalentemente para o futuro. Ele pesa, sim, o passado relativamente (a tradição, a moral vigente e os costumes, sobretudo a Constituição que limita o seu domínio) mas as normas, que põe, pesam, especialmente, o futuro, porque querem transformar a realidade e, assim, o legislador considera as conseqüências de toda natureza (políticas, econômicas, éticas e sociais) até o fim. Ele é o primeiro filtro do sistema, por meio do qual as melhores soluções, na formação das expectativas normativas para a solução de conflitos, são introjetadas para dentro do sistema. O legislador está comprometido com o futuro, daí que enuncia, lingüisticamente, para ser geral, universal e evolutivo, normas de conduta, como expectativas normativas, valendo-se de conceitos abstratos, mais ou menos determinados, mais ou menos tipificados e de princípios mais ou menos abertos e cláusulas gerais sempre abertas. A irretroatividade das leis é tão lógica e necessária, que a juristas do porte de Savigny ou Affolter, pareceu inútil positivá-la, expressamente, em texto constitucional ou legal.

Fenômeno diferente se passa com os demais Poderes, chamados conjuntamente por Hans Kelsen, de executivos, ou seja, o Poder Executivo

Câmara dos Deputados
Fl. 6982
Comissões Especiais

propriamente dito e o Poder Judiciário. No Estado de Direito, ao primeiro, ensinou Seabra Fagundes[33], cabe executar a lei de ofício, ao segundo, mediante provocação. Não podem se localizar na linha fronteiriça do sistema jurídico, não podem ambos trabalhar porosamente, em relação ao ambiente, não podem filtrar primária e primeiramente os fatos puros, econômicos, políticos e sociais, como se dão no ambiente, como faz o legislador. Lêem o ambiente externo pelos olhos do legislador, e, pois, de modo impermeável. Se assim não for, serão dispensáveis as tarefas do legislador. Essa a primeira diferenciação fundamental, que nos dita o princípio da separação de poderes. Do ponto de vista do tempo, tanto o Poder Executivo, quanto o Poder Judiciário estão voltados para o passado, para o *input* do sistema, para o que pôs o legislador, atuando em estrita vinculação à lei, à Constituição, ao Direito. E o futuro? O futuro é olhado, sem dúvida, na forma de passado-futuro, ou seja, dentro daquilo que já filtrou o legislador.

O princípio da irretroatividade, a rigor, não diz respeito, em um primeiro momento aos Poderes Executivo e Judicial. Essa a razão mais profunda, que explica a ausência de consagração expressa do princípio em relação ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário. Espera-se que tais Poderes Executivos, ambos, cumpram sua função constitucional, a de respeitar as leis, a de cumpri-las estritamente. E como as leis não retroagem, porque isso não é de sua natureza, das leis, não podem os Poderes Executivos, inclusive o Judiciário, retroagir.

Então, o sistema trabalha com a seguinte lógica: as normas regulamentares, os demais atos normativos do Poder Executivo e os atos individuais somente podem viabilizar a execução das leis. Em decorrência, jamais retroagem, jamais determinam, validamente, a invasão do passado, já que a lei, à qual se vinculam, não poderá fazê-lo. Nesse tema, estão envolvidos os seguintes princípios constitucionais, inerentes às Repúblicas Democráticas: o da separação de poderes, indelegabilidade de funções (art. 1°; art. 2°; art.. 84, IV, da Constituição) e da legalidade (art. 5°. II; art. 37; art. 150, I, também da Constituição da República de 1988), como esteio fundamental da democracia brasileira.

O que se abala quando se permite ao Poder Executivo mudar a própria lei é, evidentemente, a República, são as instituições públicas fundamentais e estruturadoras da ordem jurídica nacional. Ao decreto regulamentar cabe tão

[33] Cf. SEABRA FAGUNDES. *O Controle dos Atos Administrativos do Poder Judiciário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 10 a 13.

Câmara dos Deputados
Comissões Especiais

somente viabilizar a aplicação da lei, realizando-a, cumprindo-a, efetivando-a, tudo voltado para garantir a observância fiel de seus comandos. Pode-se dizer mesmo que o princípio da legalidade administrativa em geral, financeira e tributária é o único que encontra consagração constitucional expressa em todas as ordens jurídicas de cultura ocidental, em todos os continentes. A doutrina estrangeira não dissente, nem tampouco a jurisprudência das mais importantes cortes constitucionais, como noticiam, nos EUA, Murphy, Fleming e Harris[34] e, na Alemanha, Richter e Schuppert[35]. O mesmo fenômeno se repete entre nós, quer na Dogmática, quer na jurisprudência.

O tempo que o Poder Executivo contempla é, portanto, mesmo quando produz normas regulamentares, viabilizando a execução das leis, é o tempo passado, o *input* do sistema, no sentido tão somente de buscar as leis que fundam seus atos normativos. Não poderá pretender atingir o passado, anulando direitos, restringindo-os ou criando deveres, que a lei não instituiu. O que a lei não pode fazer, muito menos poderão os regulamentos de execução ou os atos administrativos de aplicação. O olhar do passado é posto no sentido de que a lei é prévia, necessariamente prévia aos regulamentos e aos atos administrativos ou judiciais de execução. O tempo da lei está num "agora" que já se deu em relação ao "agora" em que se dá o regulamento. Até mesmo o futuro, será aquele já filtrado pela lei. Trata-se de passado-futuro. Não mais do que isso. A esse fenômeno, referiu-se, de forma lapidar, F. Carnelutti: *"à irretroatividade das leis corresponde a retroatividade da sentença."*[36]

Fenômeno idêntico se passa com os atos individuais, proferidos pelo Poder Executivo, que são atos de aplicação da lei aos casos concretos.

Não resta dúvida, sob o aspecto temporal, os atos administrativos individuais, no instante em que se dão, no "agora" em que são efetuados, também incorporam o passado, pois restritos às leis que lhes são prévias. Poder-se-ia dizer a respeito dos atos administrativos individuais, o mesmo que Carnelutti disse a respeito das sentenças, ou seja, eles serão, por sua natureza, retroativos, pois devem assegurar a irretroatividade das leis. Se, no "agora" em que são prolatados, estiver em vigor lei nova, tais atos retroagem para garantir que os atos

---

[34] Cf. *American Constitutional Interpretation.* New York: E. Press, Inc., 1986.

[35] Cf. *Casebook Verfassungsrecht*. München: V.C.H. Beck, 1987.

[36] Cf. CARNELUTTI. Francesco. *Lições de Direito Processual Civil*, 1926.

Câmara dos Deputados
Fl. 6784
Comissões Especiais

e fatos praticados sejam analisados e enquadrados na lei em vigor no momento em que se efetivaram no passado.

Mas uma questão de outra natureza, da mais alta relevância se coloca. Ela se refere àquelas hipóteses em que, embora permanecendo inalterada a lei ou a Constituição, surgem modificações dos atos regulamentares ou individuais do Poder Executivo e da jurisprudência dos tribunais. Na verdade, poderá ocorrer que, *não tendo havido nenhuma alteração do enunciado lingüístico das leis, no entanto mudem-se os atos administrativos e judiciais, com base nelas proferidos.* Poderá ter havido mudança de entendimento, singela substituição de uma interpretação anterior por outra, posterior, ou mesmo, correção de erros da Administração. Os atos administrativos são, uma vez inquinados de vícios, isto é, sendo errôneos, falseados ou ilegais, porque distantes das leis que os legitimam, anuláveis por provocação judicial ou alteráveis de ofício (dever de autotutela). Ressurgem, então, fortes, nessas ocasiões (seja por erro ou não) os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé, sempre invocados em favor daquele que confiara na aparência da legitimidade dos atos administrativos. Examinaremos essas questões, brevemente, nos subtópicos que se seguem.

2.2. Mantendo-se inalteradas as leis, as mudanças de interpretações administrativas <u>não podem retroagir.</u> A responsabilidade dos Tribunais pela confiança gerada nos procedimentos desenvolvidos, nas informações, consultas e declarações

Os atos normativos regulamentares do Poder Executivo jamais retroagem, nem tampouco os atos administrativos, como deixamos claro, já que as leis, em que se baseiam, não podem retroagir, por expressa proibição da Constituição da República. É assim, de fato, conseqüência lógica. Nesse passo, não seria necessário declará-lo a Constituição. A dedução a que se chega não configura nem mesmo dedução analógica, mas se trata de mero corolário do princípio da legalidade. Se o Decreto regulamentar somente extrai seus fundamentos de validade da própria lei – esse sim, um princípio consagrado na Constituição - a irretroatividade que acaso perpetrasse, *contra legem,* além de lesar a lógica da irretroatividade, vulneraria, primária e basicamente, o princípio da legalidade.

Então, os vícios havidos nas mudanças em regulamentações. declarações, atos administrativos, alertas e recomendações que configurem retroações ou

Câmara dos Deputados
Fl. 6985
Comissões Especiais

outros, como a restrição de direitos e a criação de deveres e sanções, se representam determinações *contra legem,* são eivados de ilegalidade, não têm qualquer validade, nem se consolidam no mundo do Direito para atingir a esfera jurídica das pessoas. Representariam ilicitude, ilegalidade, podem e devem ser corrigidos de ofício. Tais retificações podem e devem retroagir para garantir a plena vigência das leis, porque, sendo ilegais, são restritivas de direitos e criadoras de deveres inexistentes. Não é esse o caso que está sob análise.

A questão se apresenta de forma diferente, relativamente ao efeito dos erros, advindos de regulamentações, consultas e atos administrativos, se eles eram favoráveis aos cidadãos. Evidentemente, tais erros podem e devem ser retificados, mas as conseqüências de tais correções serão diferentes. Se a Administração tributária, com base na mesma lei, após ter publicado normas regulamentares, mais favoráveis ao contribuinte, por ex., altera seu entendimento, considerando o primeiro, viciado. Nessa hipótese se fala em responsabilidade pela confiança gerada pelo Estado e as modificações, em princípio, poderão ter efeitos apenas *pro futuro,* se a boa-fé daquele que confiou se torna patente.

Também não é essa a hipótese de que tratamos.

Delimitemos bem o objeto de nossas considerações. Não se trata de apontar o erro, nem tampouco de considerar equivocada a interpretação atual ou anterior do Tribunal de Contas da União. Não precisamos tomar nossas considerações sob tal viés. Ou seja, sem ter havido vício, erro, violação literal ou não da norma legal relativamente à interpretação anterior ou relativamente à interpretação nova que a supera, poderá a Administração mudar seu entendimento, para aperfeiçoar a ordem jurídica, adotando outra interpretação, **admissível dentro do espaço compreensivo da lei?** Sim, evidentemente, desde que sejam respeitados os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, em plena força.

Se o administrado, controlado, fiscalizado, confiou na legislação vigente – segundo a interpretação que dela se fazia até então - e se comportou exatamente de acordo com ela, obedecendo aos comandos de seu controlador, em razão dos atos indutores de confiança, praticados por qualquer um dos Poderes (Executivo, ou pelo Poder Legislativo, ou mesmo pelo Poder Judiciário), seria ético que fossem punidos retroativamente, ou, mesmo, em certas circunstâncias, não se mantivessem aqueles atos para o passado?

Câmara dos Deputados
Fl. 6786
Comissões Especiais

Evidentemente que não. Não obstante, deixemos de lado a irretroatividade das decisões judiciais que, embora já consolidada em nossa ordem jurídica, não tem aplicação direta na apreciação das contas prestadas pela Presidenta da República. É que apenas o Congresso Nacional tem competência jurisdicional relativamente a tais contas presidenciais. Ao Tribunal de Contas da União cabe emitir um parecer técnico-opinativo, de cunho administrativo, que somente desencadeará efeitos plenamente vinculantes se, e somente se, acolhido pelo Congresso Nacional. Em relação aos atos jurisdicionais de nosso Poder Judiciário, as súmulas, as súmulas vinculantes, a súmula impeditiva de recurso, a repercussão geral, a força dos precedentes e da jurisprudência consolidada, por si falam da insistência CONSTITUCIONAL e LEGAL do sistema jurídico em prol da segurança, da coerência, da consistência dos julgados e da isonomia. Ou seja, a jurisprudência aplicável sistematicamente a um caso ou a um grupo de casos, que norteou o comportamento de milhares de pessoas naquela mesma direção, conspira para a mesma aplicação isonômica aos demais casos idênticos. Questão de isonomia, consistência e irretroatividade.

As interpretações administrativas do TCU emitidas no parecer – inexistindo alteração dos enunciados das leis aplicáveis – geram efeitos similares e reclamam igualmente a aplicação dos princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, se presentes os requisitos necessários:

> **1. ocorram mudanças de normas regulamentares ou de atos administrativos, agravadoras dos deveres dos fiscalizados e controlados ou restritivas do exercício de seus direitos,** sem que tenha ocorrido, para isso, alteração prévia da lei em que se fundam;
>
> **2. ocorram mudanças surpreendentes em atos capazes de guiar-lhes as condutas, como respostas a consultas, informações prestadas, pareceres prévios anteriores emitidos e demais declarações do TCU.**

A Lei nº. 9.784/99, que disciplina o processo administrativo, além de estabelecer o prazo decadencial de cinco anos, contados da data em que forem praticados, para que a Administração anule os atos administrativos *"de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários"* (art. 54), **vedou ainda a aplicação de nova interpretação de norma jurídica a fatos pretéritos** (art.2º., inciso XIII, parágrafo único).

Câmara dos Deputados
Fl. 6987
Comissões Especiais

Por quê? Quais as razões pelas quais o Poder Legislativo federal foi sensível a tais mudanças de interpretação, protegendo-as da retroação? Por que motivo, interpretações diferentes podem criar confiança e responsabilidade pela confiança gerada, embora a lei não tenha sido alterada, nem tampouco se trate propriamente de erro ou vício condenável? Isso, veremos a seguir.

2.3 A Legalidade existe? A ambiguidade, a polissemia inerente às leis e a possibilidade de interpretações conflitantes

A era moderna tinha reforçado profundamente a crença nas virtudes DA LEI, da razão, no universalismo dos modelos (em especial ocidentais), a fé no Direito, no progresso e no homem. A. J. ARNAUD destaca oito marcantes implicações do pensamento moderno: "*a abstração, o subjetivismo, o universalismo, a unidade da razão, a axiomatização, a simplicidade, a dicotomia estado/sociedade civil, a segurança*"[37].

A crise jurídica, desencadeada pelo questionamento da legitimidade da regra como instrumento de controle e de regulação, agravada por uma dogmática perplexa e cada vez mais desestruturada pela realidade mutante, complexa e pluralista, passa a ser denominada "*crise da modernidade jurídica*". Nesse contexto, passou-se a questionar a força da legalidade.

Instalam-se, ao lado do pluralismo e da complexidade, a ausência de regras, a permissividade, a descrença generalizada, a incerteza e a indecisão, de tal modo que princípios jurídicos até então sólidos e bem fundamentados, como segurança jurídica, capacidade contributiva, progressividade do imposto, igualdade e até mesmo legalidade, são postos em dúvida. Alguns estudiosos chamam o fenômeno de "retorno à Idade Média"[38], outros, de "*concerto barroco*"[39].

---

[37] Cf. ARNAUD, A. J.. *Entre modernité et mondialisation.* Cinq leçons sur la philosophie du droit et de l'État. LGTJ. Droit et Societé: 1998, p. 153.

[38] Cf. BOUVIER, Michel. *Introduction au droit fiscal general et à la théorie de l'impot.* 4ª ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 225.

[39] Cf. VARNEROT, Valérie. Entre essentialisme et existencialisme de la théorie des sources: les sources non formelles du droit fiscal. In: *L'impôt.* Archives de Philosophie du Droit. Tomo 46. Paris: Dalloz, 2002, p. 139 a 195.

Câmara dos Deputados
Fl. 6983
Comissões Especiais

Pode-se constatar, agora, em algumas correntes, que não vamos discutir, pois não aderimos a nenhuma delas, um novo modelo contemporâneo, em que os juízes e mesmo administradores podem criar regras jurídicas (sem vinculações) e em que os jornalistas também criam regras de "boa conduta" (a mídia como quarto poder) e, mais do que isso, em que diversas organizações sociais também criam regras e têm representatividade em relação a determinadas minorias. Em tal contexto, observa Milner, o princípio da não contradição não vale mais; não há mais um Direito, mas vários, infinitos; o conflito entre regras é permanente e não apenas excepcional; e verifica-se, ainda, a ilimitação de regras e de poderes. Acontece assim que "*o conflito seja regrado pela lei do mais forte, no sentido o mais banal, em uma arena indefinidamente variável – a rua, os jornais, a televisão, etc. Poder Judiciário e violência urbana são duas facetas de um mesmo fenômeno. Na verdade, o estado de direito está no regime do estado da natureza*"[40]. Assim explica os novos termos em que é posta a questão da maioria e da minoria:

"No modelo clássico, ela tomava sentido por referência ao sufrágio, de modo que a maioria obriga a minoria e que, assim, a parte vale para o todo (a lei se impõe a todos, estando aí compreendidos aqueles que não votaram). É então a maioria que constitui o ator de um poder. No modelo americano (não-clássico), toda minoria tem o direito de obrigar a maioria, porque na verdade a maioria é, em face dela, uma mistura de minorias indistintas. De resto, uma minoria – note-se o artigo indefinido – não é definida a partir das eleições, mas relativamente à sociedade; ela não é definida negativamente por oposição à maioria, mas positivamente pelo fato de que ela pode criar regras. As minorias constituem de fato os atores reais dos poderes e é a vontade de criação de regra que as define, bem mais do que o seu número. Ora, as minorias somente existem por sua diferenciação. Nem a massa, nem a maioria, nem a indistinção governam, mas ao contrário a diferenciação das regras e dos poderes. A igualdade é apenas a forma-limite da soma infinita das desigualdades postas em confronto"[41].

---

[40] Cf. MILNER, Jean-Claude. *Les Pouvoirs:* dún Modèle à L´Autre. Révue Élucidation, n.6/7, p.9, 2002, p.11.

[41] MILNER, Jean-Claude. *Les Pouvoirs:* dún Modèle à L´Autre. Révue Élucidation, n.6/7, p.9, 2002, p. 11.

Câmara dos Deputados
Fl. 6989
Comissões Especiais

Acreditamos na força do Direito e das leis. De outra forma, o Poder Legislativo seria desnecessário. O que se transformou foi exatamente a compreensão de que o fenômeno da aplicação das leis aos casos concretos e o respeito ao Direito não são simples, mas complexos. Para que a legalidade – baluarte da democracia republicana - possa introduzir a legitimidade e a segurança que lhe são inerentes é então preciso complementar, garantindo força às interpretações que se consolidaram e que orientaram a ação com base naquela mesma lei. Importa destacar somente que a noção de que a decisão administrativa e a sentença podem derivar dos conceitos contidos nas normas legais, podem e devem neles se fundamentar, não é incompatível com a complexidade do fenômeno de aplicação adequada da lei.

É claro que aqueles que supõem que os conceitos abstratos e geral das leis representam a essência das coisas, sem possibilidades de variação, têm mais facilidade para identificar a sentença como mero ato de aplicação das leis aos casos concretos, pois identificam-na com o singelo exercício de encontro da coisidade da coisa, presente nos conceitos formulados nas leis e nos casos concretos. Mas terão muitas outras dificuldades, como, por exemplo, a de explicar o fenômeno da variação da interpretação administrativa ou judicial, colocando-se frente ao dilema: onde terá havido um erro, na interpretação anterior diferente, ou na atual que dela difere e a supera? Criam para si a árdua tarefa de explicar a evolução da compreensão, inexistindo alteração dos enunciados legislativos, tanto em face da experiência empírica dos ordenamentos vigentes, pois a jurisprudência dos tribunais se altera sem que tenha havido qualquer mudança nos textos legais, quanto em face da Dogmática contemporânea, que não se veste mais das ingênuas concepções exegéticas da escola francesa do século XIX. As demais versões dos conceitos, quer como tipos abertos, quer como significações e alternativas de sentido, tão estudados pela filosofia analítica da linguagem, sacam as saídas, conciliando a decisão com a aplicação e a vinculação às leis, por meio da escolha fundamentada entre alternativas possíveis de sentido. Os sentidos possíveis, as lacunas, os tipos abertos são vistos como autorizações ou pressuposições do próprio legislador, tudo dentro dos limites dos enunciados lingüísticos das leis, o que leva a uma acepção de ato-aplicação da lei (e aí se incluem os pareceres prévios do Tribunal de Contas) como uma **escolha entre alternativas possíveis, sem rompimento** com a idéia de vinculação à lei.

Câmara dos Deputados
Fl. 6990
Comissões Especiais

Daí a atualidade e a força da Lei nº. 9.784/99, que vedou a aplicação de nova interpretação de norma jurídica a fatos pretéritos (art.2º., inciso XIII, parágrafo único). Exatamente porque se, no momento do advento da lei (por ex. da Lei de Responsabilidade Fiscal) nas primeiras decisões tomadas, era possível considerar as alternativas de sentido a, b, ou c, como razoavelmente suportáveis pela literalidade da norma legal, depois de firmado o entendimento pelo TCU ou depois de toleradas as práticas e usos administrativos por quem tem o dever de fiscalizá-los, então fecha-se a ambiguidade, extingue-se a polissemia antes possível. As escolhas anteriores, feitas pelo TCU, são orientações de conduta. E somente cumprirão suas nobilíssimas funções se forem efetivas, coerentes e isonômicas.

As escolhas de sentido feitas pelo TCU, em suas interpretações anteriores, em face dos administradores públicos controlados, dotam as leis que regem os atos de gestão de acepção unívoca, espancando-se a ambiguidade e a polissemia possíveis. Daí que a força da legalidade se sustenta, na contemporaneidade, exatamente na irretroatividade das interpretações. *Legalidade* não é superior à *segurança ou à confiança,* como afirmou o Tribunal de Contas da União. Na verdade a legalidade sobrevive, sustenta-se e se salva por meio da jurisprudência consolidada, que lhe reduz a ambiguidade e a polissemia. Daí a força da irretroatividade das decisões administrativas como a própria força da legalidade. Esse é o outro lado da legalidade.

Na contemporaneidade não estamos mais em face daquele dilema clássico. De um lado, acreditava-se na lei, mas ingenuamente supunha-se que ela fosse unívoca, de determinação absoluta e de singela aplicação, desde a sua publicação. A mudança de interpretação era mal recebida **e, por isso, disfarçada, oculta ou negada,** já que implicaria erro, vício ou fraude anterior na compreensão e aplicação da lei. Como reação, em outro extremo, com os avanços da hermenêutica e da filosofia da linguagem, surgiu a descrença absoluta na lei, a sociedade sem regras, a convicção de que a decisão judicial a rigor não se fundamenta em lei, nem tampouco o ato administrativo, pois a subsunção do caso à norma seria impossível. Tais decisões seriam fruto exclusivo do poder.

Não é este o sistema jurídico brasileiro. Nem é isso que predica a Constituição. Deixando de lado a ingenuidade anterior da exegese do século passado, mas pleiteando um "jogo de acordo com as regras", cresceu a importância das interpretações, como orientações, por meio de regras. Portanto a

Câmara dos Deputados
Fl. 6991
Comissões Especiais

garantia da legalidade supõe e pressupõe a garantia da irretroatividade das novas interpretações. Se a Constituição outorgou ao Tribunal de Contas da União a missão de aferir a *legalidade, a legitimidade e a economicidade* da execução orçamentária, é fundamental que o TCU prestigie o Poder Legislativo e a si mesmo. Implicar-se nas escolhas que fez no passado em relação aos procedimentos de gestão operacionais, contábeis e patrimoniais praticados de acordo com as orientações recebidas, significa apenas isso: a Corte prestigia a si mesma e, com isso, cumpre a sua missão constitucional.

Em decorrência, no campo dos atos administrativos, as lições de juristas do Direito Administrativo fertilizam o Direito brasileiro[42], com mais riqueza.

Cabe referir ainda, brevemente, dois aspectos de alta relevância neste Parecer, decorrentes da segurança jurídica: **(a)** se a legalidade existe, o respeito à forma jurídica é essencial e **(b)** a irretroatividade das decisões do TCU, no caso da gestão administrativa e financeira da execução orçamentária está qualificada pela anterioridade anual.

2.4 Se a legalidade existe, o respeito à forma jurídica é imprescindível. Em especial quando a lei restringe a autonomia de um ente estatal: vedação da interpretação ampliativa ou extensiva

Estamos a falar de segurança jurídica, de confiança e de boa fé. Mas antes disso, para interpretar ou para legitimar a mudança de interpretação, temos de levantar alguns pressupostos ou limites condicionantes. Se quisermos respeitar a legalidade e o papel preponderante que o Poder Legislativo assume no Estado de Direito, não podemos consentir na desdiferenciação entre o sistema jurídico, a

---

[42] Cf. GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé na Administração Pública.* O conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 329; MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 247. Confira-se, ainda, por todos, os preciosíssimos artigos de Almiro do Couto e Silva: "Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, *RPGE*, Porto Alegre, n. 27, p. 13 a 31, 2004. Também O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº. 9.784/99), *RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n.6, p. 7 a 59, jul/set, 2004.

Câmara dos Deputados
Fl. 6992
Comissões Especiais

economia ou mesmo a contabilidade, no âmbito da definição dos conceitos e formas jurídicas com os quais opera o Direito Orçamentário, Sua Execução e Controle.

Partimos da análise de LUHMANN e de outros teóricos contemporâneos sobre a diferenciação funcional do Direito em relação ao meio. Com base nas perspectivas teóricas tanto da "teoria dos sistemas" como de autores mais recentes como SHAPIRO, RAZ e SCHAUER, entendemos que o sistema jurídico oferece um domínio limitado de razões, que incidem sobre a competência, posta na Constituição, dos Poderes Legislativo (e de seu grande auxiliar, o TCU), do Executivo e do Judiciário. Até mesmo a competência do Banco Central do Brasil – BCB – depende da diferenciação da forma jurídica.

Quer do ponto de vista econômico ou financeiro, quer do ponto da ciência contábil, a apreensão jurídica dessa mesma realidade difere. Cada um dos sistemas – econômico, financeiro, contábil e jurídico - busca certa harmonização e todos se influenciam reciprocamente. Porém, definitivamente, não configuram a mesma realidade – vista objetiva ou ainda subjetivamente - realidade que se mostra disponível à avaliação, como gestão administrativa e execução orçamentária. Miscigenados e equiparados (o econômico, o financeiro, o contábil e o jurídico), a legalidade e a legitimidade perderiam sua razão de ser. E mais. O Poder Legislativo perderia sua função precípua.

Ninguém dúvida que a gênese do sistema jurídico é moral, ética. Ninguém ignora que o Direito nasce dentro da realidade política, econômica e social, avaliado pela moralidade dominante e que ele, destinado a regrar condutas e planejar soluções de conflitos, converte-a em realidade jurídica. A questão de saber, não obstante, uma vez introjetada pelo *input* do sistema, se tal política econômico-moral forma um sistema que, de fato, deve operar autopoieticamente, de modo fechado, embora cognitivamente aberto, tem sido sempre discutida. Mas é evidente que o complexo de normas, regras e princípios, a reger a ordem jurídica forma um sistema e, mais, entendemos tratar-se de um sistema fechado que se diferencia do ambiente (dentro do qual extraiu a sua realidade), isto é, adotamos o separatismo entre os sistemas, como já o fizeram MAX WEBER[43],

[43] Cf. WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Esbozo de sociologia compreensiva. Vol. 1. Tradução de J.M. Echavarria e outros. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Economica, 1979.

Câmara dos Deputados
Fl. 6492
Comissões Especiais

HANS KELSEN[44], NIKLAS LUHMANN[45] e, em certa medida, mais recentemente, SCOTT SHAPIRO[46].

Ora, o conceito de **operação de crédito, d**o art. 29, III, da LRF deve ser extraído, e não vamos entrar em sua essência, a partir de dois pressupostos vitais:

(a) o respeito à forma jurídica, imposta pela lei, sem equiparações econômicas ou de qualquer outra natureza. É evidente que, financeira e economicamente, toda vez que alguém detém o capital alheio, as causas podem ser diversas – operação de crédito, conta-corrente, atraso no pagamento das obrigações, simples inadimplência, por ex., - poderá haver condenação ao pagamento de juros pela mora; ou indenização por danos emergentes... Os efeitos econômicos e financeiros poderão ser idênticos (privar alguém do próprio capital), mas a forma jurídica é radicalmente diversa. A equiparação será indevida e as consequências são graves; é claro que as contratações de operação de crédito levam ao uso do capital alheio igualmente, mas como forma originária, sem prévia causa em contrato de outra natureza ou decorrência de ato ilícito. E, sobretudo, não se pode confundir a acepção vulgar de "dívida" com operação de crédito, efetuada pelo Poder Público na administração dos dinheiros estatais. Podemos dizer corriqueiramente que estamos em "dívida" com o condomínio porque não pagamos a mensalidade; podemos dizer que estamos em "dívida" com nossos empregados, com nosso dentista, com nosso locador, com prestadores de serviço de toda natureza porque estamos inadimplentes. Isso, porém, não significa que contraimos um empréstimo ou realizamos uma operação de crédito. E a questão se torna mais relevante quando a pessoa envolvida é um Ente estatal. A forma jurídica dada pela lei aos empréstimos públicos, às operações de créditos e às instituições financeiras não podem ser rompida, sob pena de desprezo da própria legalidade;

(b) a essência jurídica da operação de crédito deve ser buscada, sem perturbações acidentais, como o tempo ou o volume de recursos. Uma operação

---

[44] Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 9ª ed. Coimbra: Armenio Amado, 1976.

[45] Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Tradução de A. Febbrajo. Bologna: Ed. Il Mulino, 1978.

[46] Cf. SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, EUA; Londres, Inglaterra: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

Câmara dos Deputados
Fl. 6994
Comissões Especiais

de crédito não se define porque os recursos são elevados, ou porque os prazos convencionados são curtos ou longos. Também não se conceitua o abuso de forma em razão do volume de recursos envolvidos, mas em razão de ela estar ou não ajustada à essência do negócio, seus fins legais e sociais; enfim, a essência jurídica da operação é sua forma;

(c) igualmente, quando se utiliza um conceito – o do art. 29, III, da LRF - relativo à **operação de crédito,** que se presta a limitar ou condicionar a autonomia de um Ente estatal soberano, como a União, proibindo-a de operar com suas próprias instituições financeiras, a **observância da forma** deve ser rígida, quer em relação ao conceito de instituições financeiras (sem possibilidade de a elas se equiparar o FGTS ou o FINAME), quer em relação ao conceito de operação de crédito;

(d) finalmente a desdiferenciação entre o econômico-financeiro e o jurídico acarreta outras consequências como a lesão da regra de competência quer do Congresso Nacional, único competente para legislar, quer do BCB, único competente para decidir – na hipótese de lacuna, como se dá em nosso País, sobre a metodologia adequada para apuração do déficit primário.

2.5 A irretroatividade das interpretações do TCU está qualificada pela anualidade das leis orçamentárias

Como sabemos, a Constituição da República consagra o princípio da anterioridade das leis tributárias novas em relação ao exercício subsequente de cobrança (art. 150, III, b), da anterioridade de um ano das leis eleitorais modificativas em relação à eleição (art. 16) e das leis orçamentárias, todas prévias ao exercício financeiro de execução (art. 165).

Razão pela qual as normas legais que devem orientar os atos de gestão e execução orçamentária são prévias. Mas não apenas prévias à ocorrência do fato ou do ato. Isso seria mera irretroatividade das leis e das interpretações que as precisam e acertam a sua significação por meio das decisões judiciais ou administrativas. Esse fenômeno é universal e comum a todas as áreas do Direito. Aqui, no Direito Financeiro, a anterioridade da lei orçamentária se impõe em relação ao exercício de execução.

Câmara dos Deputados
Fl. 6995
Comissões Especiais

É rigorosa, é extraordinária a insistência da Constituição no planejamento, na consistência, na previsibilidade da harmonização articulada dentro de uma série de leis e documentos legislativos que se integram, a saber: leis de desenvolvimento econômico, nacionais e regionais e de suas diretrizes; lei do plano plurianual; lei de diretrizes orçamentárias e, finalmente, lei orçamentária anual. Execução e controle fiscalizados e atribuídos ao Congresso Nacional. Competência exclusiva para julgamento das contas prestadas pela Presidenta da República.

E sabido que a lei orçamentária é única em nível operativo, aquela que se executa anualmente. Assim, a execução das despesas de capital ou genericamente integrantes das metas do plano plurianual, além de incluíveis no planejamento da lei de diretrizes orçamentárias, que não estiverem autorizadas na lei orçamentária, ano a ano, em créditos e dotações próprias, é vedada. Em compensação, despesas de duração continuada, inclusive investimentos, despesas de capital, não previstas na lei do plano e na lei de diretrizes, embora autorizadas na lei orçamentária anual também não podem ser realizadas. A Constituição o proíbe expressamente.

Aqui se trata de ponderar que a irretroatividade das interpretações do TCU está qualificada em face da anualidade da LOA ou da LDO. Quando se executa o orçamento de 2014, as normas legais foram postas antes, em anterioridade, no mínimo anual. A Constituição da República está carregada de previsibilidade, de conhecimento antecipado e antecipatório, de *pronóia*. A Constituição é forte em planificação, em planejamento, em programação.

Vejamos o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 637.485, sendo Relator o Min. Gilmar Mendes, a propósito da mudança de jurisprudência em matéria eleitoral:

> "(...) II- MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURIDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. **Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica.** Não só a Corte Constitucional mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral **devem adotar tais cautelas por**

Câmara dos Deputados
Fl. 1996
Comissões Especiais

> **ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais** que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. **Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia posterior."** [grifamos]

Como se pode observar, o Supremo Tribunal Federal garante, em face do princípio da anualidade, que as alterações de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, não estão sujeitas apenas à vedação de retroação. Mais do que isso. Somente se aplicam – respeitada a anterioridade – ao próximo pleito eleitoral, não lhes bastando a irretroatividade.

Com mais razão aqui se deve ter o mesmo entendimento, adotado pelo STF em relação à jurisprudência eleitoral. A anualidade das leis orçamentárias, atreladas que estão ao planejamento e às programações, necessariamente leva à mesma conclusão. No ano de 2014, somente se aplica a LOA aprovada em

Câmara dos Deputados
Fl. 1197
Comissões Especiais

exercício anterior pelo Poder Legislativo, de conformidade com a LDO e o Plano Plurianual. Mas como a LOA é a única em nível executório e operativo, fixemos apenas a inteligência da anualidade.

Ora, se no parecer prévio às contas prestadas, exarado pelo Tribunal de Contas da União, no ano de 2015 e referente ao exercício de 2014, nova interpretação das leis se impôs – leis não apenas orçamentárias, mas leis financeiras e administrativas que regem a boa gestão do dinheiro público, inclusive a LRF - então tal exegese somente poderá ter efeito válido para a execução orçamentária de 2016. É que, no ano de 2015, o parecer prévio **final** do TCU apenas se concluiu no segundo semestre de 2015. Assim, os **alertas** nele constantes não poderiam ter sido implementados integralmente no mesmo exercício de 2015, em que foram emitidos.

Além disso, a plena vinculação e obrigatoriedade das "ressalvas" e "alertas", feitas pelo TCU, tornam-se vigorantes e validadas se, e apenas se, o Congresso Nacional, único competente para o julgamento das contas prestadas pela Presidenta da República, aceitá-las e repeti-las. A rigor, tão somente a partir do julgamento efetuado pelo Congresso Nacional, terá a Presidenta garantia e orientação a nortearem a gestão das contas públicas.

A relevância da apreciação prévia do Tribunal de Contas da União é de tal ordem que suas "ressalvas", alertas e recomendações, prestam-se a dirigir a conduta e a orientar a boa execução orçamentária. Lamentamos, pois, tanto a demora do Congresso Nacional no julgamento das contas presidenciais, como ainda e, sobretudo, a inexistência, no âmbito federal, por falta de lei própria, dos "termos de ajuste de gestão" firmados por governadores, como praticam alguns Estados da Federação. Ganhou notoriedade o "termo de ajuste de gestão" subscrito pelo Governador Antonio Augusto Anastasia em Minas Gerais, que foi capaz de evitar qualquer qualificação de "irregularidade" à execução orçamentária. (Processo nº 862943 – TCE/MG, sobre proposta para adequação dos percentuais mínimos de aplicação de recursos na área de saúde e educação).

Assim, não temos dúvida de que demandam respeito e obediência quaisquer "ressalvas" emanadas do TCU, em especial se referendadas pelo Congresso Nacional. Mas quando correspondem a novas interpretações, ou a uma exegese que altera a prática administrativa até então vigente, somente poderão ser

Câmara dos Deputados
Fl. 1198
Comissões Especiais

aplicadas para o exercício financeiro seguinte àquele em que foram exaradas e não para o mesmo exercício em curso.

2.6 Em resumo: a segurança jurídica por orientação da jurisprudência do TCU é incompatível com a surpresa – A Proibição de excesso e a garantia da proporcionalidade

Constitui importante garantia do constitucionalismo, no modelo de Estado Democrático de Direito brasileiro, a criação de um sistema jurídico incompatível com a surpresa. Eis a razão pela qual, à Administração Pública (*lato sensu*), cabe planejar a sua ação, reportando-se a manifestações anteriores, à luz de determinadas situações concretas, com o intuito de preservá-las ou, em caso de mudança, conservá-las, comprometendo-se a aplicar a nova orientação firmada, de modo *prospectivo*.

Na constelação de garantias constitucionais consgradas pelo modelo de Estado Democrático de Direito, assentado no país, destaca-se aquela que veda a retroatividade das normas jurídicas; especialmente daquelas dotadas de natureza sancionatória. Esta é a exegese que deve ser feita da norma consignada no inciso XL do art. 5° da CF/88, à luz do garantismo que se irradia por todo o texto constitucional vigente.

A realização do princípio da segurança jurídica, em sua vertente material, opera efeitos não só em face do legislador, mas de todos os demais poderes e órgãos do Estado, cujos pronunciamentos sirvam de orientação à ação dos primeiros. Nesta ordem de ideias, ditos pronunciamentos, legislativos, administrativos ou judiciais devem evidenciar coerência, sob pena de restar obstacularizada qualquer tentativa de organização. O modelo de Estado Democrático de Direito brasileiro exige que os particulares e mesmo os agentes do Estado possam, previsivelmente, antever as consequências jurídicas dos atos que decidem praticar, no mundo da vida.

Para fins da manutenção de coerência, destacada no parágrafo anterior, ganha relevo a *jurisprudência*, aqui entendida como um repertório de pronunciamentos da Administração Pública (*lato sensu*), o qual deve manter uma dada unidade de sentido; unidade, esta, coerente com o texto constitucional. Por certo, com esta afirmação não se pretende o anacronismo jurídico ou o afastamento absoluto entre o Direito e a dinâmica do real-social; o que daria azo

Câmara dos Deputados
Fl. 6999
Comissões Especiais

a um artificialismo devera inconsistente. Apenas, busca-se preservar a confiança legítima daqueles que acreditaram em um resultado reiteradamente posto (*segurança jurídica por orientação*), quando da aplicação normativa, pelo Estado.

E a dimensão subjetiva da segurança jurídica, enquanto proteção da confiança, a qual ganha força, repita-se, no âmbito sancionador; seja na esfera administrativa, a exemplo dos Tribunais de Contas, seja na judicial.

Ressalte-se o teor do artigo 9° da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada, no Brasil, através do Decreto n° 678/1992:

> "*Art. 9°. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que foram cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.*"

Importante deixar claro que a dinâmica punitiva do Estado brasileiro não se esgota no Direito Penal. Ou como diz Fábio Medina Osório:

> "*A irretroatividade das leis sancionadoras decorre, em realidade, dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, ambos de origem constitucional, mostrando-se inviável interpretar o sistema de modo a sancionar condutas que, antes, não admitiam determinadas sanções, eram lícitas ou não proibidas pela ordem jurídica.*"[47]

A certeza do Direito, ora apregoada, revela-se a mais genuína garantia do ordenamento jurídico, com vistas à estabilidade das instituições, à eliminação do arbítrio e, enfim, à garantia da previsibilidade na ação do Estado, relativamente à aplicação das normas jurídicas; sem o que padece qualquer tentativa de planejamento, repita-se à exaustão.

Com efeito, a discricionariedade dos aplicadores das normas jurídicas, somada à complexidade crescente do real-social parece comprometer a realização plena do princípio da segurança jurídica, em sua multidimensionalidade. Esta é a

---

[47] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 275.

Câmara dos Deputados
Fl. 4002
Comissões Especiais

razão pela qual, precisamente, no Estado Democrático de Direito brasileiro, devem ser consagrados instrumentos jurídicos, aptos a viabilizar soluções destinadas à estabilidade das relações jurídicas; dentre estes, destaca-se a técnica do *prospective overruling* – tratado no tópico seguinte – o qual deveria ter sido observado, pelos membros do Tribunal de Contas da União, na situação aqui examinada.

Como esclarece Régis Fernandes de Oliveira: "*O Estado não pode agir como elemento surpresa. Não pode fraudar as expectativas nele depositadas. Não pode criar coisas novas. Não pode inovar sem o consentimento legal. Tudo há que ser previsto para que possa ser executado.*"[48] Este é o âmbito de aplicação do princípio da segurança jurídica das finanças públicas, igualmente caro à preservação da estabilidade no regramento das contas públicas no País; regramento para o qual, como é evidente, contribui diuturnamente o Tribunal de Contas da União, com os seus pronunciamentos, a exemplo das ressalvas do Acórdão nº 2461/2015.

A certeza do Direito gera uma *segurança jurídica de orientação*. Neste particular, a continuidade do ordenamento é a mais relevante tradução da estabilidade e da previsibilidade do sistema. Não basta para o princípio da segurança jurídica o controle sobre a produção normativa ou a preservação dos efeitos de atos passados; importam, ademais, as exigências de consistência e de coerência das normas em um dado sistema, o que requer estabilidade e unidade de sentido entre os elementos que o compõem.

Por força do art. 71, I, da CF/88, compete, ao Tribunal de Contas da União, consoante restou aqui antecipado, apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante Parecer Prévio, o qual é *opinativo*, para fins do julgamento efetivo, a cargo do Congresso Nacional, a quem cabe, igualmente, o julgamento dos relatórios sobre a execução dos planos de governo (CF/88, art. 49, IX). [49]

---

[48] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 224.

[49] Importa destacar que este julgamento de contas deverá ser empreendido por meio de *sessão conjunta* de ambas as Casas do Poder Legislativo Federal, conforme indicado, de modo expresso, na Constituição Federal de 1988, cujo procedimento não deverá ser atropelado. Esta Comissão Parlamentar Mista confirma a opção, feita pelo constituinte, em sede do art. 44, por um sistema bicameral. Sobre o tema já se manifestou o Supremo Tribunal Federal,

Como já foi dito, a rejeição das contas da Presidência da República constitui verdadeira espécie de sanção, enquanto consequência jurídica do cometimento de supostas irregularidades, no âmbito do Direito Financeiro e das normas técnicas da contabilidade pública da União. Isso se o Congresso Nacional, único competente para julgá-las, entender de acolher o parecer prévio exarado pelo TCU.

Nesta ordem de ideias, precisamente, o E. STF, em 15/09/1997, quando do julgamento da Suspensão de Segurança nº 1.197 – PE, sob a Relatoria do Min. Celso de Mello, firmou o escorreito entendimento, no sentido da possibilidade de o Chefe do Poder Executivo exercer as garantias constitucionais da plenitude de defesa e do contraditório, no âmbito do procedimento administrativo destinado a ensejar, ao Tribunal de Contas, o oferecimento de parecer prévio sobre as contas governamentais.

Confira-se excerto da extensa ementa do julgado em foco:

"(...)Tenho salientado, em decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal (RTJ 132/1034, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 152/73, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que, com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais vieram a ser investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável

cautelarmente, em sede de mandado de segurança, conforme excerto do Voto proferido pelo relator, Min. Luis Barroso, a saber: *"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. JULGAMENTO DAS CONTAS ANUAIS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL, EM SESSÃO CONJUNTA DE AMBAS AS CASAS. 1. Decorre do sistema constitucional a conclusão de que o julgamento das contas do Presidente da República deve ser feito pelo Congresso Nacional em sessão conjunta de ambas as Casas, e não em sessões separadas. 2.* Tal interpretação se extrai do seguinte conjunto de argumentos constitucionais: (i) caráter exemplificativo do rol de hipóteses de sessões conjuntas (CF, art. 57, § 3º); (ii) natureza mista da comissão incumbida do parecer sobre as contas (CF, art. 161, § 1º); (iii) reserva da matéria ao regimento comum, que disciplina as sessões conjuntas (CF, art. 161, caput e § 2º), nas quais ambas as Casas se manifestam de maneira simultânea; (iv) quando a Constituição desejou a atuação separada de uma das Casas em matéria de contas presidenciais, instituiu previsão expressa (CF, art. 51, II); e (v) simetria entre a forma de deliberação das leis orçamentárias e a de verificação do respectivo cumprimento". (STF – Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 33729-DF, Rel.Min. Luis Barroso. Decisão de 13.08.2015)

Câmara dos Deputados
Fl. 1.903
Comissões Especiais

> essencialidade dessa Instituição surgida nos albores da República.A atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso mesmo, importância fundamental no campo do controle externo e, por efeito do natural fortalecimento de sua ação institucional, constitui tema de irrecusável relevância. (...) A apreciação das contas anuais da Chefia do Executivo constitui uma das mais elevadas atribuições do Tribunal de Contas, a quem compete examiná-las de forma global, mediante parecer prévio, no que concerne aos seus aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade. (...) *A circunstância de o Tribunal de Contas exercer atribuições desvestidas de caráter deliberativo não exonera essa essencial instituição de controle - mesmo tratando-se da apreciação simplesmente opinativa das contas anuais prestadas pelo Governador do Estado - do dever de observar a cláusula constitucional que assegura o direito de defesa e as demais prerrogativas inerentes ao due process of law aos que possam, ainda que em sede de procedimento administrativo, eventualmente expor-se aos riscos de uma sanção jurídica. Cumpre ter presente que o Estado, em tema de sanções de natureza jurídica ou de limitações de caráter político-administrativo, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade institucional, o princípio da plenitude de defesa (...)*"[50] [grifamos]

Do aludido julgado, evidencia-se que o processo de julgamento de contas do Chefe do Poder Executivo constitui *processo administrativo sancionador*, o qual deverá observar o catálogo de pressupostos materiais do garantismo constitucional. Deste modo, o exame, empreendido pelo TCU, deve atender à garantia da motivação jurídica, e não simplesmente política, sob pena de flagrante insegurança jurídica para os gestores da coisa pública.

A assertiva ganha ainda mais força quando considerada à luz das normas gerais do processo administrativo fiscal. Nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9784/1999, nos processos administrativos, serão observados, entre outros, os critérios de: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); indicação dos

[50] STF – SS nº 1.197 PE , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 15/09/1997, Data de Publicação: DJ DATA-22-09-97, p. 46243.

Câmara dos Deputados
Fl. 703
Comissões Especiais

pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão (inciso VII); interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação (inciso XIII).

A exigência de motivação, mormente para justificar o excesso da medida de rejeição, inclusive, serve à *judicial review* da medida.

Com efeito, diante da constitucionalização das normas de Direito Financeiro, cabe ao Poder Judiciário o exame quanto à adequação das razões utilizadas pelo TCU, em particular, quando decide pela "rejeição" das contas do Poder Executivo na forma de excesso incompatível com o que determina o art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92, ao tempo que este exclui expressamente a decisão de irregularidade quando não estiver presente o "dano ao erário" e, mais ainda, quando bem justificada a finalidade dos gastos públicos, incorridos pela União – ressalvado o espaço da decisão legislativa do Congresso Nacional, ao "julgar" a prestação das contas do balanço da União.

Portanto, relativamente ao Acórdão nº 2461/2015, cabe ao Congresso Nacional recuperar a *segurança jurídica por orientação* e, assim, garantir a *proporcionalidade* da decisão, mediante a aprovação das contas como *regulares com ressalva*, dado que o Regimento Interno do TCU - Resolução TCU nº 155/2002, prevê, no art. 208, que as "*as contas serão julgadas regulares com ressalva quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal* de que *não resulte dano ao erário*". Como a decisão não conclui pela existência de "dano ao erário", as impropriedades ou eventuais faltas apontadas autorizam afastar a medida extrema de rejeição das contas; especialmente, quando justificados juridicamente os gastos públicos incorridos. E nem se olvide, também, todas as fortes dúvidas, de cunho jurídico, que repousam sobre os novos entendimentos firmados, de forma inédita, acerca dos princípios, procedimentos, categorias e institutos de Direito Financeiro, tratados neste Parecer.

Ao dispor sobre as "Contas Regulares com Ressalva", o art. 18 da Lei nº 8.443/92 prescreve que a decisão "*lhe determinará, ou a quem lhe haja sucedido, a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes.*" Assim, acaso sejam mantidas as "ressalvas" pelo Congresso Nacional, o cumprimento

Câmara dos Deputados
Fl. 7001
Comissões Especiais

vinculante para a Administração tem caráter corretivo e torna-se vinculante contra as pessoas ou órgãos da Administração, com a finalidade de "prevenção" das faltas que possam ser bem justificadas e, ademais, não tenham resultado em prejuízos patrimoniais para o Tesouro.

Desvela-se nítido, no exame de contas da Presidência da República, uma miríade de Pareceres Prévios do TCU, os quais consignaram opinião pela aprovação, na forma de contas "regulares com ressalvas", das Contas do Poder Executivo, nunca pela rejeição.[51] E não houve qualquer motivo de reincidência, de dano ao erário ou mesmo de gravidade equivalente para justificar tamanha severidade com singular "surpresa", logo, em grau máximo de excesso e sem graduar a sanção pela proporcionalidade.

Em dissertação sobre o tema, Paulo Soares Bugarin, analisando a jurisprudência do TCU, afirma a prevalência do princípio da proporcionalidade, o que não se viu observado na hipótese aqui analisada:[52]

> "Revela-se inegável que, conforme bastante enfatizando durante o decorrer desta pesquisa, tanto a doutrina como a própria jurisprudência da Corte Federal de Contas reconhecem a 'umbilical' relação entre os princípios da *economicidade* e *razoabilidade* (proporcionalidade)."

Os Pareceres Prévios, de se ver, podem assumir a condição de precedentes, consoante reconhecido pelo próprio STF, pois integram verdadeiro *processo administrativo sancionador*, no que concerne às "ressalvas" que eventualmente possam conter.

No mínimo, deveria o TCU, no Acórdão nº 2461/2015, em prestígio à segurança jurídica, ter adotado a aludida técnica do "*prospective*

---

[51] É o que afirmam, categoricamente, Jefferson Carús Guedes e Thiago Aguiar de Pádua, após o exame dos Pareceres do TCU, referentes aos anos de 2003, 2004, 2005, 2008, 2009, 2012 e 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/pedaladas-jurisprudenciais-tcu-ou-prospective-overruling?pagina=3>. Acesso em 10 de novembro de 2015.

[52] BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. 2002, p. 195. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília. Como exemplo, confira-se: Decisão nº 084/99 – Plenário, Acordão nº 029/01 – 1ª Câmara; Decisão nº 196/99 – Plenário; Decisão nº 188/99 – Plenário; e Decisão nº 753/96 – Plenário.

Câmara dos Deputados
Fl. 1.005
Comissões Especiais

overruling".Trata-se de instituto processual cuja utilização, no Direito brasileiro, como é sabido, tem sido largamente referendada pelo E. STF.[53]

Destarte, devem ser rechaçadas mudanças bruscas ou inesperadas de orientação jurisprudencial do egrégio TCU. Como arremata Robert Alexy: "quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação".[54] E o mesmo vale para a inovação dos precedentes, a exigir a necessária motivação. Caso firmem novo entendimento acerca de uma dada matéria, validamente, este deverá ser vinculante para futuro, "ex nunc", com observância clara do princípio de proporcionalidade.

O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA – A QUALIDADE DO GASTO PÚBLICO E A SUSTENTABILIDADE FISCAL DEVEM ESTAR VOLTADOS À CONCREÇÃO DOS FINS E VALORES CONSTITUCIONAIS

Não pode existir Estado sem finanças. Por isso, cabe à Constituição Financeira estabelecer todo o complexo de relações jurídicas e condições institucionais para que o Estado possa organizar seu orçamento, com responsabilidade fiscal, eficiência administrativa, observância das limitações ao poder de tributar, assim como dos princípios da ordem econômica.

---

[53] A título de exemplo, citam-se, sem qualquer pretensão exauriente, alguns precedentes: ADI 4060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2015 PUBLIC 04-05-2015; e Pet 2859 MC-segunda, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2005, DJ 20-05-2005 PP-00007 EMENT VOL-02192-2 PP-00333 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 169-202 RTJ VOL-00193-03 PP-00866.

[54] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 267. Confira-se ainda: TOULMIN, Stephen Edelston. *The uses of Argument.* New York: Cambridge University Press, 2003. MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.* Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Gumarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2006. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: A nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Câmara dos Deputados
Fl. 706
Comissões Especiais

No Estado Democrático de Direito busca-se a efetividade de múltiplos valores constitucionais, como o desenvolvimento, a concretização dos direitos fundamentais, a afirmação dos direitos sociais, dentre outros. Por isso, as normas orçamentárias ou de fiscalização não são um fim em si mesmas. São regras e princípios instrumentais, os quais existem para assegurar a continuidade do Estado e o cumprimento dos fins e valores constitucionais.

Nesta linha, o art. 208 do RITCU, assim como o art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92, somente admitem qualquer forma de "rejeição" quando as contas "evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal" da qual resulte *dano ao Erário*. Ou ainda quando as condutas consideradas *impropriedades* ou *faltas identificadas* não se tenham pautado pela *boa e regular aplicação dos recursos públicos*. São regras que devem ser interpretadas em fino alinhamento com a ordem constitucional e seus fins.

Diante das múltiplas fontes de despesas, segundo os fins constitucionais vários, os limites orçamentários são sempre escassos para atender ao campo de decisões e atuações dos órgãos ou das pessoas, ao tempo que as demandas públicas são amplas e crescentes. Neste sentir, a decisão política deve operar escolhas de prioridades e de preferências na aplicação dos recursos públicos, em conformidade com os critérios estabelecidos pela Constituição, para continuidade e preservação do Estado fiscal. Por conseguinte, as "ressalvas" apresentadas pelo egrégio Tribunal de Contas da União - TCU no Acórdão nº 2461/2015 merecem a necessária depuração segundo estes critérios e pressupostos.

São muitas as posições sobre os limites máximos de receitas e de despesas, segundo as mais variadas escolas econômicas. Nos momentos de crise, porém, é que a continuidade e a atuação do Estado revelamse de fundamental importância para recompor o equilíbrio e a estabilidade dos setores mais afetados, e são momentos como estes que testam a capacidade adaptativa da economia e do Estado e exigem a decidibilidade da autoridade legitimada pela escolha democrática. A decisão deve ser tomada, ante a impossibilidade de conduta diversa, segundo o princípio de *economicidade*.

Quando se trata de conflitos de interesses entre poderes ou entes estatais, em matéria financeira, somente a força normativa da Constituição, no sentido empregado por Konrad Hesse, tem capacidade de dirimir conflitos, para evitar ou eliminar a origem ou as consequências decorrentes, ao regular e gerar a harmonia

Câmara dos Deputados
Fl. 1001
Comissões Especiais

determinada pela própria Constituição PolíticoFederativa, de modo a assegurar a continuidade do Estado fiscal.

As decisões políticas de Direito Financeiro legitimamse pela concretização de escolhas públicas coerentes com preferências democráticas, ao perseguirem os fins e valores constitucionais do Estado, como é o caso da redução de desigualdades regionais e sociais, do desenvolvimento equilibrado, da sociedade livre, justa e igualitária, do interesse público, do bemestar, da redução da pobreza, dentre tantos outros.

Por intermédio da política é que a justiça das escolhas públicas integrase às normas de finanças públicas pela eficiência e alocação de prioridades, segundo as necessidades coletivas. Assim, posta a competência legislativa em matéria de orçamento, e observados os limites constitucionais, o Poder Executivo e o legislador têm ampla liberdade para definir o melhor direcionamento das despesas públicas, programas de redistribuição de rendas, procedimentos a serem seguidos, instrumentos de controle e outros.[55]

Nesse contexto, acertadamente, cabe, ao Congresso Nacional, a última palavra em matéria de decisão sobre o que se viu apurado no Parecer da CMPOF e pelo Parecer Prévio do órgão de assessoramento técnico, que é o Tribunal de Contas da União, cujo papel tem sido exemplar na condução das suas elevadas funções de controlador externo das contas públicas. A sinalização de eventuais erros, segundo uma perspectiva hermenêutica, dentre outras possíveis, é exigência constitucional, para que se opere a preparação para a decisão política, esta reservada, pela Constituição, ao Congresso Nacional, a quem cabe a decisão de mérito sobre a natureza das escolhas realizadas, nos limites da Constituição, mormente quando o órgão de assessoramento técnico não indica qualquer "dano ao erário" (art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92).

O ideal será sempre a busca pela *estabilidade orçamentária* (i) e pela *qualidade do gasto público* (ii). Porém, quando se colocar em conflito o

[55] Segundo Paulo Sandroni, a política fiscal, no plano conceitual, corresponde à ação do Estado quanto aos gastos públicos e à obtenção da receita pública. Sua área de ampliação acompanha o crescimento do papel do Estado e do setor público na demanda efetiva de bens e serviços, uma vez que a atividade fiscal afeta o poder aquisitivo dos diferentes segmentos da economia e da sociedade, bem como os tipos de bens e serviços que serão produzidos e consumidos. (SANDRONI, Paulo. *Dicionário de Economia.* São Paulo: Best Seller, 2000, p. 140)

Câmara dos Deputados
Fl. 7003
Comissões Especiais

atingimento de fins constitucionais do Estado e o atingimento de determinadas metas econômicas que se lhe tenham sido impostas de modo artificial, dissociado da realidade, deverá prevalecer sempre a Constituição Financeira do Estado Democrático de Direito, nos seus princípios e valores a serem concretizados. Com isso, deve prosperar o exame de estabilidade ao longo de período certo, avaliado em modo dinâmico, sem restrição a exercício anual.

Ora, se não podemos falar de um princípio do *equilíbrio orçamentário* como típico princípio constitucional, não se pode deixar de reconhecer que diversas regras da Lei de Responsabilidade Fiscal convergem para sua afirmação como um "fim", algo a ser atingido, sempre que possível, ainda que saibamos da existência de orçamentos provisoriamente deficitários, frequentes entre estados e municípios. De todo modo, a estabilidade financeira será sempre um valor a ser concretizado, mas de um modo "dinâmico", como diz Georghio Tomelin, ao examinar sua aplicação no caso dos "restos a pagar".[56]

No que concerne à *qualidade do gasto público*, o constituinte optou, não bem pelo "equilíbrio orçamentário",[57] mas pela *economicidade*, medida de controle do mérito administrativo, ao lado da *legitimidade*, as quais se impõem, ao orçamento, como princípios, também estes inerentes à *função de controle*. Por isso, cabe ao Poder Legislativo o firme controle das *metas*, programas, objetivos e todo o planejamento, sempre com atenção para a legitimidade e economicidade das despesas e dos recursos alocados.

A *economicidade*, além de ser critério inerente aos procedimentos de controle da execução do orçamento (art. 70 da CF/88), deve nortear permanentemente seu procedimento de elaboração e de aprovação legislativa, como requisito vinculante para todo o controle político.

---

[56] TOMELIN, Georghio. Os dois últimos quadrimestres do mandato e a correta aplicação das normas de Direito Financeiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 51/52, p. 199.

[57] Como diz Gilberto Bercovici, "a Constituição não contempla o princípio do equilíbrio orçamentário. E não contempla para não inviabilizar a promoção do desenvolvimento, objetivo da República, fixado no seu art. 3.º, II. A implementação de políticas públicas exige, às vezes, a contenção de despesas, outras vezes gera *déficits* orçamentários" (BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 209).

Câmara dos Deputados
Fl. 7009
Comissões Especiais

O *princípio da economicidade* tem sido construído pelo Tribunal de Contas da União, cuja jurisprudência destaca diversos casos nos quais se evidenciou sua importância. Percebemse, assim, dois aspectos metodológicos preponderantes nestas decisões: 1) o TCU admite ingressar no mérito administrativo[58], quando a decisão do gestor encontrarse em evidente descompasso com a finalidade da economicidade, porquanto não seja possível efetuar o controle unicamente pela "legalidade"; 2) a apuração da economicidade compreende a avaliação da legitimidade dos aspectos relacionados à eficiência, eficácia e efetividade da gestão pública; e 3) a razoabilidade e a comparação são os métodos empregados para determinar o ato antieconômico.

Em conclusão, a Administração Financeira, na elaboração da sua proposta orçamentária, deve adotar todas as cautelas necessárias para bem qualificar a economicidade, assim como a *legalidade* e a *legitimidade* das despesas, quanto ao *controle da qualidade do gasto público*. O *equilíbrio orçamentário* como "fim" ou valor do Direito Positivo, por sua vez, só tem sentido se compreendido como pauta da *estabilidade financeira*, apurada em períodos que podem envolver mais de um exercício financeiro, segundo os objetivos ou *performance* a serem atingidos, sem qualquer fixidez ou restrição intransponível.

Referida *estabilidade das contas públicas* não se coaduna com a brusca interrupção da ação prestacional do Estado brasileiro; pelo contrário, deverá combinar-se com parâmetros de equilíbrio, a fim de que restem superadas as crises que, de forma imprevista, acometam o país. Tampouco se pode admitir a suspensão de programas de políticas públicas, quando se revele possível encontrar condições jurídicas que, licitamente, permitam a melhor adequação entre os fins perseguidos pela Constituição e o adequado rigor de responsabilidade fiscal no trato da coisa pública.

Em verdade, o tema da sustentabilidade do gasto público permeia todo o sistema do Direito Financeiro pátrio, por força do texto constitucional vigente.[59] Como sabido, serão consideradas *não autorizadas* e *irregulares*, lesionando o

[58]. Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera exagero inaceitável, e corretamente, as alegações de que o "mérito administrativo" já não prospera como limite ao controle judicial, por uma leitura equivocada da noção de legalidade. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo – reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 83 a 106, jan./jun., 2012.

Câmara dos Deputados
Fl. 7010
Comissões Especiais

patrimônio público, as despesas e a assunção de obrigações que violarem os arts. 15 a 17 da LRF, os quais impõem que o gasto público seja programado e coerente.

Na lição de Weder de Oliveira:

> "*Em nosso sistema constitucional, a noção primeira de equilíbrio orçamentário é a de que no orçamento anual o total das despesas fixadas seja igual ao das receitas previstas. Esse pressuposto básico se deduz de disposições constitucionais esparsas que partem da mesma ideia fundamental: a concessão de crédito orçamentário (fixação de despesa) deve estar lastreada em fonte de recursos devidamente identificada. (previsão de receita).*[60]

Todos os setores da grande constelação do Poder Público devem pautar as suas respectivas esferas de organização em tal compromisso de estabilidade fiscal; o que pressupõe, de maneira continuada, a capacidade de pagamento das obrigações (crescentes) do Estado, ou seja, que os ingressos de recurso no setor público sejam suficientes para financiar os programas de governo, de modo a não comprometer metas importantes da política econômica, a exemplo da inflação e da geração de riquezas.

É o que afirmam Gabriel Rosas Veja, Maurício A. Plazas Veja e Sergio Bernal Castro, a saber:

> "*Sin una Hacienda Pública sólida, que garantice seguridad a todos los associados en un entorno de estabilidad económica, no resulta posible que se cumplan realmente los princípios fundamentales del Estado social de derecho. De ahí que la acogida de la sustenibilidad fiscal por la Carta Politica compromete ineludiblemente a todas las autoridades estatales, de todos los órdenes, y desde luego a los particulares en cuanto tengan que ver con tan variados aspectos como son los que abarca la atividad financiera pública. Todas las ramas del poder público tendrán que asumir, decididamente, el compromiso ineludible de velar por unas*

[59] Referências expressas ao equilíbrio e a sustentabilidade do gasto público, no sistema do Direito Financeiro pátrio, podem ser encontradas, dentre outros, nos seguintes dispositivos: CF/88, art. 166, § 3°, II; art. 167, VII; art. 167, IV; art. 167, V; Lei n° 4.320/64, art. 4°, I.

[60] OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal.* Vol 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 385.

Câmara dos Deputados
Fl. 70 11
Comissões Especiais

finanzas públicas sanas y ser protagonistas ejemplares de los princípios de transparência y responsabilidade fiscal (...)."[61]

São diversos os efeitos positivos, na economia, do bom controle dos gastos públicos, associado à política de tributação, como bem apontam Alex Pereira Benício, Fabiana M. A. Rodopoulos e Felipe Palmeira Bardella:

"*Em estudo bastante conhecido, Alesina e Perotti (1997) investigaram empiricamente padrões de resposta da economia em episódios de grandes ajustes fiscais no período de 1960-1994.*"[62] Em seguida, ponderam: "*o tamanho do ajuste fiscal afeta diretamente o funcionamento dos serviços públicos prestados à população, de modo que uma interrupção sem critério pode causar sérios transtornos.*"

Concluem os mencionados autores, destarte, ser importante a informação de quais programas detêm margem para redução de gastos sem grandes prejuízos à qualidade e cobertura dos serviços prestados.[63]

Eis a razão pela qual, apesar de toda a necessidade de contenção dos gastos públicos no País, acerta o Governo Federal em contingenciar recursos, limitar empenhos e rever metas – o que se revela juridicamente possível e desejável, como se verá adiante –, sem que, com isto, reste gravemente comprometida a continuidade de programas sociais e, assim, satisfeitos os fins constitucionais do Estado prestacional brasileiro.

Consoante tem sido, aqui, asseverado, a sustentabilidade fiscal não deve servir para obstacularizar a execução do gasto social no País.

Em cenários de crise econômica, ao lado de mecanismos corretivos do orçamento – aos quais será dedicado setor específico deste Parecer – revela-se

---

[61] VEJA, Gabriel Rosas; VEJA, Mauricio A. Plazas; CASTRO, Sergio Bernal. *Sostenibilidad Fiscal y Regla Fiscal.* Aspectos jurídicos y económicos. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2013, p. 184.

[62] BENÍCIO, Alex Pereira; RODOPOULOS, Fabiana M. A.; BARDELLA, Felipe Palmeira. Um retrato do gasto público no Brasil: por que buscar a eficiência. In: BOUERI, Rogério; ROCHA, Fabiana; RODOPOULOS, Fabiana (organizadores). *Avaliação da qualidade do gasto público e mensuração da eficiência.* Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2015, p. 21 e 22.

[63] *Ibidem*, p. 23 e 24.

Câmara dos Deputados
Fl. 7012
Comissões Especiais

profícua, igualmente, para fins de sustentabilidade e equilíbrio nos gastos públicos, a capacidade dos governos de rever despesas.

Nesta seara, digno de nota é o trabalho de Marc Robinson, ao buscar identificar a melhor maneira de estruturar a análise dos gastos públicos, a partir do exame das práticas de revisão de despesas em seis países da OCDE (Austrália, Canadá, Dinamarca, Holanda, Reino Unido e França).[64]

Certamente, por mais que os administradores públicos, no momento de formação das peças orçamentárias, voltem-se às propostas de despesas – na margem limitada de recursos que se lhes são disponibilizados[65] – é certo que, lateralmente à sustentabilidade e ao equilíbrio das contas públicas, não se pode olvidar da otimização do cenário de referência de gastos, ou seja, da melhoria dos processos já existentes, dos controles a serem operados e das mudanças de cenários ao longo da execução orçamentária.

Para fins de equilíbrio e sustentabilidade das finanças públicas, não basta a enumeração principiológica, do texto constitucional, da Lei de Responsabilidade Fiscal ou da Lei nº 4.320/1964. Com efeito, a política fiscal é componente da gestão macroeconômica do governo brasileiro. Eis a razão pela qual devem estar concertadas todas as peças que compõem a engrenagem fiscal nacional.

---

[64] Cf. "Uma revisão de despesas é um processo institucionalizado para a revisão do *cenário base* de gastos com o principal objetivo de identificar opções de economia a serem analisadas no processo orçamentário. *Cenário Base* de gastos nesse contexto significa gasto em projetos ou programas existentes (serviços ou pagamentos de transferências existentes). Portanto, a revisão de despesas não está relacionada à avaliação orçamentária de *novas* propostas de despesas.

A identificação de opções de economia é uma parte essencial do processo de revisão de despesas. No entanto, esse processo pode ser designado para identificar opções de aumento ou de redução de financiamentos destinados aos programas existentes. No que se refere a opções de redução de financiamento, a revisão de despesas visa a identificação de opções de economia orçamentária que podem ser realizadas, melhorando a eficiência ou reduzindo gastos ineficazes ou de baixa prioridade." ROBINSON, Marc. Revisões de Despesas na OCDE. In: BOUERI, Rogério; ROCHA, Fabiana; RODOPOULOS, Fabiana (organizadores). *Avaliação da qualidade do gasto público e mensuração da eficiência.* Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2015, p. 108 e 109.

[65] No caso brasileiro, não se deve perder de vista o fato de que as despesas obrigatórias comprometem, sobremaneira, os recursos disponíveis no orçamento da União.

Câmara dos Deputados
Fl. 7013
Comissão Especial

3.1 A natureza jurídica da lei orçamentária e seu conteúdo material – a infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial de que não resulte "dano ao erário"

A "natureza jurídica" do orçamento é tema de debate permanente na doutrina. Para alguns, seria simples ato administrativo, cuja aprovação legislativa teria unicamente caráter "formal". Esta seria, basicamente, a linha mestra da escola formalista de Laband. Para outra corrente, a lei de orçamento público seria típica lei material, por não haver qualquer motivo jurídico para a pretendida distinção.[66] Diante disso, cumpre examinar: 1) se realmente persiste algum "dualismo" de atos jurídicos (administrativo e legislativo); 2) se a distinção do orçamento como lei formal ou material pode ser mantida no Estado Democrático de Direito; se, 3) a partir dessa diferenciação, temse alguma vinculação à lei para a Administração, em relação ao conteúdo que veicula (impositivo); e, por fim, 4) se o orçamento é uma lei de efeitos "concretos", a justificar até mesmo o afastamento do controle de constitucionalidade.

A escola formalista alemã, de Paul Laband, deixou contribuição fundamental para a adequada compreensão das funções das leis orçamentárias e que por muitas décadas influenciou fortemente sua qualificação jurídica como "lei de efeito concreto", o que até hoje conserva seguidores.[67]

As concepções que se seguiram mais adiante compreenderiam a lei anual de orçamento de um modo formal, mas sob hipóteses distintas, como se viu em Gaston Jèze e em Léon Duguit.

Para Jèze,[68] defensor da teoria do "ato-condição", a lei orçamentária seria preponderantemente um ato político, porque a função parlamentar na apreciação

[66] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p. 309.

[67] Deve-se a Laband a virtude da primeira vez em que se deu uma aplicação estrita do método jurídico ao orçamento: "Si Laband avait done appliqué en 1871, pour la prerniére fois, le principe de la pureté de la méthode juridique ('*Methodenreinheit*') au droit budgétaire, il renouvela, cinq ans plus tard, le traitement systématique du droit financier allemand dans le septiéme et dernier tome de son monumental *Staatsrecht des Deutschen Reichs*. Cette somme a d'ailleurs connu une formidable diffusion." (BOURGET, Renaud. *La science juridique et le droit financier et fiscal*. Étude historique et comparative du développement de la science juridique fiscale (fin XIXe et XXe siécles). Paris: Dalloz, 2012, p. 100).

Câmara dos Deputados
Fl. 7014
Comissões Especiais

do orçamento teria muito pouco de significação jurídica e sequer poderia ser qualificada como "lei". Daí ser, a lei do orçamento, um típico "ato-condição" para as despesas a serem aprovadas, e, ao mesmo tempo, um "dever jurídico" para aquelas despesas já assumidas no passado.

Quanto às "despesas públicas", Gaston Jèze as separa em dois grupos: 1) *despesas relativas a contratos ou obrigações anteriores ao orçamento* (orçamento funcionaria como "dever jurídico"); e 2) *despesas futuras*, a serem realizadas no curso do exercício (orçamento teria função de "ato-condição").

Para o grupo das *despesas assumidas*, o Parlamento deveria efetuar a necessária aprovação, por serem atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos, não sendo possível recorrer a qualquer poder discricionário sobre o tempo, o *quantum* ou as condições dessas despesas; o Parlamento teria o "devoir juridique" de votar os créditos orçamentários. Esta mesma situação seria aplicável aos serviços públicos instituídos por lei, sobre os quais o Poder Legislativo não poderia impedir sua continuidade.

Quanto às *despesas futuras*, em termos jurídicos, estas dependeriam de, no máximo, um "actecondition". Assim, apenas para esse grupo de despesas, a lei de orçamento poderia ter alguma significação jurídica, de tal modo que qualquer despesa não se pudesse realizar, enquanto o orçamento não a autorizasse. Numa síntese, a depender dos tipos de despesas públicas, o orçamento seria aferido quanto à sua relevância jurídica, que somente caberia para aquelas futuras, como "atocondição".

De modo aproximado, Léon Duguit divide o orçamento em pelo menos duas partes: uma para as receitas públicas, compreendidos os impostos e rendas autorizados (*lei financeira* – para esta parte do orçamento ele admitia o efeito de "lei material") e outra para despesas públicas autorizadas ao governo, com créditos a serem abertos (orçamento propriamente dito), o que justifica o tratamento em separado.[69] Fixemonos nas despesas. Neste caso, Duguit considerava o "orçamento" como simples "ato administrativo" condicionado pela lei ("acte administratif condition"). A realização das despesas dependeria sempre

[68] "Le budget n'est jamais une loi." (JÈZE, Gaston. *Cours de finances publiques*. Paris: LGDJ, 1935, p. 24 a 26).

[69] DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Toma 4: L'organisation politique de la France. Paris: Boccard, 1924, p. 433.

Câmara dos Deputados
Fl. 1015
Comissões Especiais

da aprovação da lei pelo Parlamento, mas o orçamento ("loi de finances") não seria "*un acte législatif au point de vue matériel*". Assim, temse sua dualidade: internamente, ato administrativo concreto; externamente, lei em sentido formal. E isso porque, sem a autorização democrática do legislador, nenhum "centime" poderia ser gasto.[70]

A força dessa tese influenciou profundamente o Direito brasileiro,[71] com repercussões inclusive no STF, que contempla diversas decisões sob a base metodológica que considera as leis orçamentárias como *leis com efeitos concretos*, por veicularem *atos administrativos em sentido material*, como motivo para negar o respectivo controle de constitucionalidade *in abstracto*.[72] Ou seja, por ser lei de efeitos concretos, a lei orçamentária não estaria sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. E até mesmo para a lei de diretrizes orçamentárias essa tese foi empregada.

A posição originalmente adotada, pelo STF, foi modificada em 2003, no julgamento da ADIn 2.925/DF. Numa formulação oportuna e coerente com a Constituição de 1988, e em boa hora, o exame de constitucionalidade passou a receber tratamento conforme o tipo de dispositivo legal da lei orçamentária e correspondente regra constitucional afetada. A maioria dos ministros reconheceu a falência da tese que compreende a lei orçamentária como do tipo meramente

---

[70] Idem, ibidem, p. 444.

[71] Pontes de Miranda o qualifica como "ato político", porque o orçamento só regula as relações entre o Legislativo e o Executivo, e lei no sentido só formal (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. Tomo III, 2ª ed. São Paulo: RT, 1970, p. 195). Para Dídimo da Veiga, que seguia Jèze, o "orçamento é, pois, uma lei formal – constitucional e cientificamente anual" (VEIGA, Dídimo Agapito da. *Ensaios de sciência das finanças e de economia publica*. Rio de Janeiro: Editora Jacinto Ribeiro dos Santos, 1937, p. 112). Viveiros de Castro entendia tratarse de um ato de administração praticado pelo Legislativo, porquanto a natureza deveria ser determinada pelo exame intrínseco do ato praticado. "Realmente o orçamento não é uma lei, é um acto de administração, porquanto não estabelece nenhuma regra geral e permanente e sim assegura simplesmente a execução de leis preexistentes" (CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado dos impostos*: estudo theorico e pratico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910, p. 5). Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 414 a 416.

[72] Este posicionamento já era encontrado no RE 17.184, Pleno, Rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 03.07.1952.

Câmara dos Deputados
Fl. 7016
Comissões Especiais

"formal". Basta pensar que, em se tratando da lei de diretrizes orçamentárias, grande parte do seu conteúdo visa a determinar critérios a serem atendidos, mediante planos, metas ou programas. Consequentemente, pela abstração, nada impede que possam ser objeto de controle de constitucionalidade.

A concepção que considera o orçamento como "lei formal" não encontra guarida na Constituição de 1988. Não há um único dispositivo da Constituição Financeira que a confirme. Ao contrário. De início, o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei de orçamento anual guardam entre si conteúdos distintos e não podem ser qualificadas (as leis) sob a mesma "natureza". Quanto à abstração, há uma ordem decrescente, do mais abstrato para o mais concreto, segundo as funções de planejamento e de vinculação que exercem. Ademais, não é correto atribuir função de "autorização" ao plano plurianual e a muitas das partes que compõem a lei de diretrizes orçamentárias. E, em nenhum caso, a proposta orçamentária apresentada pelo Poder Executivo pode ser reduzida a um ato administrativo, na medida em que ingressa no processo legislativo, ainda que amparada pelo rito da especialidade que a caracteriza, passível de emendas e diversas modificações, inclusive vetos, após sua aprovação.

Numa interpretação analítica do orçamento, verseá que muitos dos créditos orçamentários devem constar apenas formalmente do orçamento, porquanto a Constituição ou leis prévias condicionaram seu cumprimento como "obrigatórios". Para estes, examinados isoladamente, confirmarseia a tese do orçamento como "lei" em sentido "formal". De outra banda, para aqueles que dependem de materialização futura, a "autorização" terá sempre sentido constitutivo dos limites administrativos para a respectiva execução. Se a Administração age em sentido contrário, poderá até mesmo ensejar crime de responsabilidade para o agente que descumpre seus requisitos materiais, temporais ou quantitativos (art. 85, VI, da CF/88). Nestes, como em todos os demais casos, estar-se-á tratando de lei em sentido material.[73] E isso porque não se pode ter uma lei com dois efeitos. Toda lei, no Estado Democrático de Direito, é lei em sentido formal e material, admitido o tratamento jurídico diferenciado segundo o conteúdo da norma jurídica veiculada, e tantas quantas forem possíveis de ser construídas pela interpretação jurídica.

---

[73] Cf. ADAM, François; FERRAND, Olivier; RIOUX, Rémy. *Finances publiques*. 2a ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 65.

Câmara dos Deputados
Fl. 7017
Comissões Especiais

Deveras, como ressalta Cabral de Moncada, "não é transponível para o moderno Estado Social de Direito a distinção entre lei formal e lei material".[74] De fato, mormente com a função de planejamento (orçamentoprograma), compreendida na sua integração com o planejamento econômico geral do art. 174 da CF/88, não se pode tolher a natureza material das leis orçamentárias, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade vitanda.

Por isso, corretamente, Regis de Oliveira alude à concepção moderna de orçamento pelo caráter de lei material, que "passa a vincular a ação administrativa e a ação política", inclusive quanto ao planejamento, por não ser mais possível admitir "um orçamento sem compromissos", pois "tornase um poderoso instrumento de intervenção na economia e na sociedade. Passa a ser um programa de governo".[75]

O Poder Legislativo exerce todas as etapas do processo legislativo, inclusive com emendas, somente limitadas naquelas hipóteses definidas na Constituição. O fato de a proposta orçamentária ter origem no Poder Executivo e, após aprovação, autorizar a execução de outras leis materiais, pela realização das despesas, não define qualquer justificativa para imputar efeitos meramente formais à lei oriunda do processo legislativo regular.

A regularidade da despesa pública reclama uma decisão quanto ao gasto público, tomada no âmbito da Administração por múltiplos agentes de decisão e ordenadores de despesas. Para "aprovação com ressalvas", entretanto, ainda que formalmente as faltas ou impropriedades possam, à primeira vista, sugerir a rejeição das contas, importará, em sentido contrário, a verificação do atingimento das finalidades do gasto público, reputadas, corretamente, como suficientes ao afastamento da sanção em tela, a saber: *a)* quando se comprove, por outros meios, a *boa e regular aplicação dos recursos* (excludente do art. 209, § 2° do RITCU) e *b)* a ausência de *dano ao erário* (excludente do art. 16, III, "b", da Lei n° 8.443/92).

E o próprio Tribunal de Contas assim reconhece:

---

[74] MONCADA, Luís S. Cabral de. *A problemática jurídica do planeamento económico.* Coimbra: Ed. Coimbra, 1985, p. 187.

[75] *Passim.* OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro.* 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p, 404 a 410.

Câmara dos Deputados
Fl. 7018
Comissões Especiais

"*O Tribunal de Contas da União é de parecer que as Contas atinentes ao exercício financeiro de 2014, apresentadas pela Excelentíssima Senhora Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, exceto pelos possíveis efeitos dos achados de auditoria referentes às demonstrações contábeis da União, consignados no relatório, representam adequadamente as posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial, em 31 de dezembro de 2014;*" (Grifos nossos)

Evidencia-se, assim, que a medida extrema de rejeição das contas públicas, quando o Acórdão nº 2461/2015 do TCU assinala que elas estão rigorosamente em conformidade com a legalidade, salvo "*possíveis efeitos dos achados de auditoria referentes às demonstrações contábeis da União*", queda-se prejudicada no seu âmago, pela ausência de um comprovado "dano ao erário" e não elidida, no caso, a *boa e regular aplicação dos recursos*.

Quanto aos requisitos da *aprovação com ressalvas* das contas públicas, importa verificar que não tenham sido suficientes para rejeição a *impropriedade* ou outra *falta* de natureza *formal* decorrente de infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, por não resultar em "dano ao erário". É o que assegura o Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002, no seu art. 208.

Fixadas as prioridades do gasto público, estes devem ser efetivados nas formas autorizadas pelo Poder Legislativo, na maior parte das vezes, mediante licitações, contratatações públicas, notas e empenho etc., devendo ser o gasto documentado para fins de efetivo controle.

Não se pode, porém, atribuir caráter meramente instrumental ao ciclo *receita-orçamento-despesa.* As etapas deste ciclo envolvem direitos e deveres fundamentais, entre quem suporta os ônus do custeio do Estado e os beneficiários das atividades deste, além do próprio equilíbrio da economia em sua integralidade. Logicamente, a satisfação das questões formais, que podem até mesmo implicar "faltas" ou "impropriedades", devem ser sopesadas, segundo o princípio da proporcionalidade, em coerência com os direitos e valores atendidos pelo orçamento.

Ao longo dos tempos, verificou-se que não bastaria a lei para submeter o Poder Executivo à necessária higidez do sistema de finanças públicas. Eis a razão

Câmara dos Deputados
Fl. 7019
Comissões Especiais

do esforço de constitucionalização da matéria financeira, com vistas ao aprimoramento dos controles sobre receitas e gastos públicos.

O conteúdo da legalidade financeira contemporânea perpassa, logo, por uma análise de *economicidade*, de *custo-benefício* do gasto público realizado. Deve haver equilíbrio na consecução dos fins constitucionais do Estado, em atenção à razoabilidade e à prudência que devem nortear o gestor da coisa pública. No contexto de mudanças ora decortinado, por maior que seja a crise pela qual passe o Estado Democrático de Direito brasileiro, por força do garantismo do texto constitucinal vigente, não poderá ser abruptamente sacrificada a promoção de direitos e liberdades individuais e coletivas, ademais do intervencionismo estatal, voltado a tal fim.

LIMITES JURÍDICOS DO CONCEITO DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO PÚBLICO E AS DÍVIDAS FUNDADAS E FLUTUANTES

Os controles exercidos no império da legalidade devem observar coerência com a Constituição, para que sejam observados os valores e fins a serem atingidos. É neste equilíbrio, entre o cumprimento da Constituição e o exercício de legalidade nos atos de controle, que se constróem, com solidez, as decisões e escolhas dos gestores e ordenadores de despesas.

Dentre outros temas, coloca-se a questão central neste Parecer sobre o limite entre *operações financeiras típicas* e *operações de crédito*.

O *crédito público* é o conjunto de operações, levadas a efeito pelo Estado, tendo em vista a obtenção de meios de liquidez (empréstimo público) para a satisfação de suas responsabilidades financeiras.

Todas as normas sobre endividamento público, logo, mormente a LRF, devem receber interpretação afinada à Constituição Federal, sob pena de violação de caros princípios constitucionais, dentre os quais sobreleva o princípio federativo.

Não há de se negar a competência da União para a edição de normas gerais relativas ao Direito Financeiro e ao endividamento público, ante o disposto

Câmara dos Deputados
Fl. 1020
Comissão Especiais

nos artigos 163 e 169 da Constituição Federal de 1988. O tema, também, constitui atribuição do Senado, nos termos do art. 52 da CF/88.[76]

Quanto ao acesso ao crédito público, a exegese do art. 7°, I, da Lei n° 4.320/1964, prevê que a lei de orçamento autorize o chefe do Executivo a abrir créditos suplementares. Trata-se de salutar exceção ao princípio da exclusividade, consagrado no art. 165, § 8°, da CF/88.[77] E o mesmo raciocínio deve persistir, como se verá adiante, quando do exame de dispositivos consignados na LRF.

Na clássica lição de Geraldo Ataliba, "*todas as operações de crédito realizáveis pelo Poder Público, no Brasil, ou são (a) por antecipação de receita, ou (b) incidem na restante categoria geral.*"[78] Para o autor, seria livre a escolha do legislador entre as modalidades em tela.

Kiyoshi Harada, igualmente, separa as *operações de crédito por antecipação de receita* das *operações de crédito em geral.* A saber:

> "(...) *constituem uma modalidade de empréstimo que o Estado promove com o objetivo de suprir o déficit de caixa. São empréstimos de curto prazo a serem devolvidos no mesmo exercício financeiro. Para tanto, a constituição até abre exceção ao princípio da vedação da vinculação do produto da arrecadação de impostos a órgãos, fundos ou despesas,*

---

[76] CF/88, "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios."

[77] No mesmo sentido: J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis. *A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal.* 31ª ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2002/2003, p. 24.

[78] ATALIBA, Geraldo. Operações de crédito público e sua classificação jurídica – Antecipação de receita e operação de dívida fundada. São Paulo, *Revista de Direito Público,* n. 22, p. 33, out./dez., 1972.

Câmara dos Deputados
Fl. 1021
Comissões Especiais

permitindo a utilização de receitas futuras como instrumento de garantia nas operações de crédito por antecipação de receita."

Noutro giro, o autor classifica as *operações de crédito em geral* como aquelas que, por exclusão, não se acham compreendidas nas operações de crédito por antecipação de receitas, correspondendo aos empréstimos de longo prazo que objetivam atender, em geral, a despesas de capital: investimentos, inversões financeiras e transferências de capital.[79]

As *operações de crédito por antecipação de receitas orçamentárias*, sinteticamente designadas pela sigla AROs, dizem respeito àquelas em que o poder público, no curso de um mesmo exercício financeiro, pressupondo período de melhora na arrecadação, levanta dinheiro, por prazo curto, buscando compensar a falta de receitas ordinárias, no momento em que estas se revelarem baixas, não conseguindo cobrir os dispêndios normais e ordinários, até que se alcance período de alta arrecadação.

Geraldo Ataliba aponta algumas características desta operação, a saber: (i) curto prazo; (ii) volume reduzido e sempre proporcional, não só às necessidades, mas às possibilidades de pagamento dentro do curto prazo; (iii) aplicação dos valores em despesas corriqueiras, em regra classificáveis como correntes, muitas das quais são inadiáveis; (iv) desnecessidade de indicação precisa da finalidades do gasto, porquanto subentendido que o caso será a obtenção de recursos para fazer frente às despesas normais, corriqueiras, inclusive, despesas eventualmente novas, ou mesmo não ordinárias, mas que a Administração entenda conveniente, interessante, importante ou oportuno sejam feitas naquele determinado período de baixa ou insuficiência de arrecadação.[80]

Com o seu habitual rigor, Geraldo Ataliba critica a denominação da categoria de Direito Financeiro sob exame:

"*É nítido que, juridicamente, não se antecipa nada. Juridicamente, a receita será realizada no momento legalmente previsto. Financeiramente, entretanto, não repugna que assim se qualifique tal situação; sob a*

[79] HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário.* 24ª ed. São Paulo: Atltas, 2015, p. 136.

[80] ATALIBA, Geraldo. Operações de crédito público e sua classificação jurídica – Antecipação de receita e operação de dívida fundada. São Paulo, *Revista de Direito Público,* n. 22, p. 34 e 35, out./dez., 1972.

Câmara dos Deputados
Fl. 7022
Comissões Especiais

perspectiva financeira, não é errado dizer que destarte se antecipa a receita."[81]

Em suma, no caso das AROs, a dívida gerada deverá ser paga com o resultado do que se espera arrecadar com alta probabilidade, em período previsível e a curto prazo. Trata-se de empréstimo contraído para fazer frente a desequilíbrios temporários de tesouraria, que não incrementam o patrimônio público, como fica claro no incido II do art. 7° da Lei n° 4.320/64.[82]

Com efeito, não poderia o Estado brasileiro restar paralisado, em suas funções essenciais, diante de momentos de pouca fartura na dinâmica cíclica da economia nacional. Esta é a justificativa para a contratação de dívidas flutuantes, a qual se robustece, como visto, diante dos diversos objetivos prestacionais que devem ser concretizados, no país, por força do texto constitucional vigente.

Neste sentir, destaca-se que as AROs já podem vir consignadas nas Leis Orçamentárias Anuais; o que constitui exceção, ao já referido princípio constitucional da exclusividade, segundo o qual a lei orçamentária somente poderia fixar receitas e despesas. Esta previsão somente confirma o caráter de normalidade e previsibilidade da operação de antecipação em tela.

Noutro giro, as aludidas *operações com demais tipos de empréstimos*, em princípio, somente são limitadas pelo vulto dos benefícios que podem gerar. Certo de que o Senado poderá discipliná-las, exercendo a competência que lhe foi atribuída pelo art. 52 da CF/88. Trata-se, em regra, de *dívidas fundadas*, compreensivas de categoria ampla, a qual se define por exclusão daquilo que, logicamente, não constitui antecipação de receita. Nas palavras de Geraldo Ataliba:

"*Ora, todas as demais operações de crédito que podem as pessoas públicas realizar – desde que não se caracterizem rigorosamente como*

---

[81] ATALIBA, Geraldo. Operações de crédito público e sua classificação jurídica – Antecipação de receita e operação de dívida fundada. São Paulo, *Revista de Direito Público,* n. 22, p. 39, out./dez., 1972.

[82] Nos termos do art. 67 da EC n° 1/1969, havia algumas limitações, as quais serviam para caracterizar as AROs, que não mais se sustentam, no ordenamento jurídico em vigor. Eram elas: *(i) limitação a 25% da receita prevista para o exercício; (ii) prazo para liquidação limitado a 13 meses; (iii) objetivo de cobrir deficiências de caixa; (iv) não podiam gerar déficit no orçamento.*

Câmara dos Deputados
Fl. 1023
Comissões Especiais

'operações de crédito por antecipação de receita para atender a insuficiência de caixa' (art. 7º, n. II, da Lei n. 4.320), constituem o que nós classificamos como 'demais operações de crédito', sujeitas a regime de maior liberdade, portanto, inteiramente diferente deste, que se peculiariza pela especial finalidade, pelo prazo reduzido e pela limitação do montante."[83]

A flexibilidade do regime jurídico da modalidade de operação de créditos em comento, igualmente, dá-se por exclusão, ou seja: não se presta a cobrir desequilíbrios do Tesouro, bem como é qualificada, a partir de seus prazos para pagamento.

O conceito de *dívida flutuante*, dívida não inscrita, de curto prazo, é extraído da Ciência das Finanças, que a classifica como tal, em razão de sua variação no ritmo do fluxo das receitas e despesas, mês a mês; daí porque o seu *quantum* está em contínua oscilação. Esta modalidade de dívida é contraída para fazer frente às necessidades temporárias.

Inversamente, a *dívida consolidada ou fundada* recebe esta denominação, da Ciência das Finanças, em razão da tradição histórica de inscrevê-las em fundo único, designado *"consolidated"* ou *"funded"*. Trata-se de antiga experiência inglesa, voltada à racionalização financeira no país. O caso é de dívida mais estável, resultando de um contrato de crédito, estipulado a prazos longos, inscrita no livro da dívida pública.[84] Divergem das operações de *dívidas fluantes*, cujos recursos ingressam nos cofres públicos para cobrir déficits, em época posterior à realização de despesas prementes ou com vencimento em data estipulada em lei.

A separação das dívidas, entre *flutuantes* e *fundadas*, evidencia-se, logo, baseada em aspectos econômico-financeiros, pré-legislativos; não corresponde, destarte, necessária e simetricamente às classificações jurídicas, que variam, por razões de política legislativa, no tempo e no espaço.[85]

---

[83] ATALIBA, Geraldo. Operações de crédito público e sua classificação jurídica – Antecipação de receita e operação de dívida fundada. São Paulo, *Revista de Direito Público*, n. 22, p. 38, out./dez., 1972.

[84] ATALIBA, Geraldo. Operações de crédito público e sua classificação jurídica – Antecipação de receita e operação de dívida fundada. São Paulo, *Revista de Direito Público*, n. 22, p. 26, out./dez., 1972.

Câmara dos Deputados
Fl. 1024
Comissões Especiais

Para o discernimento do Direito Financeiro, logo, em nada importará o *nomina juris*, mas o regime legalmente atribuído, pelo legislador, a cada uma das citadas modalidades de dívida. Deste modo, o exame jurídico da matéria sob referência deve ter início no texto constitucional vigente, perpassando, na sequência, pelos demais diplomas que compõem o sistema jurídico do Direito Financeiro. E, verificado o vício da falta de coerência, à doutrina caberá empreender os aperfeiçoamentos necessários.

A Constituição Federal de 1988 não traz distinção precisa entre as modades de dívida pública, ora consideradas. De um lado, o art. 52, VI, diz ser competência do Senado a fixação, por proposta do Presidente da República, dos limites globais do montante da *dívida consolidada* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A *dívida flutuante*, noutro giro, associa-se àquela referência, feita no texto constitucional, no art. 165, § 8°, à exceção do princípio da exclusividade. Nos termos deste último dispositivo, a Lei Orçamentária Anual, além de conter disposições acerca da previsão de receita e da fixação de despesa, bem poderá consignar dispositivo que autorize a abertura de créditos suplementares ou a contratação de operações de crédito, pelo Executivo, ainda que estas se dêem, como dito, por antecipação de receita orçamentária, na forma da lei.

Nos termos do art. 115, do Dec. n° 93.872/1986, fica claro que a *dívida pública* abrange a *dívida flutuante* e a *dívida fundada ou consolidada* (*caput*). A *dívida flutuante* compreende aqueles compromissos exigíveis, cujo pagamento independe de autorização orçamentária[86], a exemplo das operações de crédito por antecipação de receita (§ 1°). Noutro giro, a *dívida fundada ou consolidada* vê-se associada aos compromissos de exigibilidade superior a 12 (doze) meses contraídos mediante emissão de títulos ou celebração de contratos para atender a desequilíbrio orçamentário, ou a financiamento de obras e serviços públicos, e que dependam de autorização legislativa para amortização ou resgate (§ 2°).

---

[85] Nas palaras de Geraldo Ataliba: "a classificação da dívida pública em fundada e flutuante é econômico-financeira. Nada significa em Direito. Não se transporta para o mundo jurídico. Não tem expressão jurídica. As palavras 'flutuante' e 'fundada', em Direito, nada significam. As categorias pré-jurídicas jamais se transportam para o Direito." (Operações de crédito público e sua classificação jurídica – Antecipação de receita e operação de dívida fundada. São Paulo, *Revista de Direito Público*, n. 22, p. 27 a 29, out./dez., 1972).

[86] Disposição neste sentido já estava prevista no art. 439 do Dec. n° 15.783/1922.

Câmara dos Deputados
Fl. 7025
Comissões Especiais

Incoerentes, neste sentido, as disposições consignadas no art. 92 da Lei nº 4.320/64. O citado art. 92, sem trazer o conceito de *dívida flutuante*, limita-se a dizer que esta compreende (i) os restos a pagar, excluídos os serviços da dívida, (ii) os serviços da dívida a pagar, (iii) os depósitos e (iv) os débitos de tesouraria. Salta aos olhor, logo, o fato de o legislador ter se olvidado das aludidas operações de crédito por antecipação de receitas orçamentárias.

Melhor parece ter sido a formulação do art. 98 da Lei nº 4.320/64, segundo o qual "a divida fundada compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financeiro de obras e serviços públicos", ainda que este requisito temporal não seja determinante.

A diferenciação entre as dívidas *consolidadas ou fundadas* e as *dívidas flutuantes*, a nosso ver, repousa nos objetivos para os quais o Poder Público irá contrair uma ou outra; o que, certamente, irá perpassar os fins constitucionais. Neste plano, *consolidada ou fundada* seria a dívida voltada a um investimento de capital, a um incremento do patrimônio público, ou a uma inversão de qualquer forma duradoura, que apresente um saldo positivo – ou financeiro, ou patrimonial – para o Estado, ou, pelo menos, equilíbrio entre a quantia que fica o Estado devendo e o benefício que ela produz ou propicia. Noutro giro, *dívida flutuante* será aquela, levantada a curto prazo, destinada ao custeio de serviços transitórios ou eventuais, a atender às despesas correntes e, deste modo, sendo consumidas, economicamente. Se toda dívida, sob um prisma lógico, é igual, o discernimento jurídico entre elas, apenas, poderá se fundar na finalidade a que servem os recursos obtidos, pelo Estado, com as operações de crédito que contrata.

4.1 Operações de crédito e figuras jurídicas afins. Distinções necessárias.

A noção de *operação de crédito* – seja esta pública ou privada – repousa na confiança depositada por aquele que fornece capital, em momento presente, contando com a capacidade de adimplemento futura do devedor, de cuja situação econômica se tem conhecimento ou, ao menos, a possibilidade de avaliação, para fins de precificação dos riscos assumidos.

Capital, confiança e tempo constituem os elementos constitutivos das operações de crédito que, por anteciparem o futuro, necessariamente, deverão

Câmara dos Deputados
Fl. 1026
Comissões Especiais

considerar os riscos envolvidos; riscos, estes, que se refletem nas condições de remuneração entabuladas pelas partes contratantes.

Em matéria de operações de crédito, o Direito Financeiro vale-se de formas e institutos do Direito Privado, a exemplo da finalidade da obtenção de recursos, no momento da contratação de crédito, por parte do Estado, a qual se contrapõe à ampla liberdade de causas, finalidades e motivos, que vigora nesta última seara jurídica.

Acerca do tema, afirma Sergio Assoni Filho:

> *"Na atualidade, como ficou demonstrado em sua evolução histórica, o recurso aos empréstimos públicos passou a ser corriqueiro, deixando de estar vinculado àquela idéia de que ele seria um meio extraordinário de contenção de ingressos aos cofres públicos, como expediente do Estado, somente em casos de urgência, calamidade pública, beligerância ou sua iminência.*
>
> *Até mesmo porque, com a ampliação da atuação estatal e seu intervencionismo crescente em quase todas as atividades humanas, outros recursos além daqueles advindos da exploração de seu próprio patrimônio e da tributação passaram a se constituir em uma necessidade não só para que o Estado pudesse arcar com seus desacertos momentâneos de caixa e investimentos de utilidade pública, mas também para atender a uma crescente demanda social."*[87]

Apesar de a dívida pública ser consequência direta das operações de crédito, isto não as engessa de tal sorte a impedir o adimplemento dos fins constitucionais revelantes, por parte do Poder Executivo. Tão amplo é o acesso ao crédito público, no país, que o ordenamento jurídico, (i) antevendo a possibilidade de serem ultrapassados os limites da dívida contratada, dispôs, expressamente, sobre os modos de recondução desta aos patamares aceitáveis (LRF, art. 31) e (ii) ocupou-se em balizar a alteração dos limites de contratação, em situações de crise (LRF, art. 30, § 6°, art. 65 e art. 66).

O regime jurídico do crédito público busca combater a assunção de dívidas associadas à satisfação de financiamento continuado de despesas

---

[87] ASSONI FILHO, Sérgio. *Crédito Público e Responsabilidade Fiscal.* Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2007, p. 27.

Câmara dos Deputados
Fl. 7027
Comissões Especiais

correntes, o que representaria expressivo aumento da dívida pública, tornando as finanças estatais desequilibradas, no longo prazo. Este é o sentido constitucional aplicável à espécie: a manutenção do equilíbrio orçamentário e da sustentabilidade das finanças públicas, mas sem excessos.

Convém destacar que, das operações de crédito público, decorrem entradas, no caixa do ente que as contrata, sem qualquer perenidade, de modo que incrementam, apenas temporariamente, o patrimônio público. Eis a razão pela qual, tecnicamente, ditas entradas não constituem receitas, na medida que os ativos, ingressados no Tesouro, revelam-se associados a consequente passivo, para fins de contabilidade pública. Por conseguinte, é ilusória a ideia de que o recurso ao crédito público pode alterar ou modificar as contas públicas no seu aspecto de patrimonialidade.

A LRF busca combater operações de crédito que se voltem à consecução de finalidades outras, que não a satisfação dos objetivos públicos, encartados no texto constitucional vigente. Trata-se de combate ao desvio de poder, materializado na forma do desvio de finalidade do gasto público[88]; para o que concorrem atos administrativos distanciados dos objetivos constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Não é outro o sentido adotado por Sérgio Assoni Filho:

> "(...) *legítima será a atuação do administrador que fizer uso de sua faculdade discricionária para o atendimento do genuíno interesse público, ou seja, a fim de cumprir a lei não meramente sob o aspecto formal, mas visando ao bem comum.*
>
> *Evidentemente, isso se aplica à utilização do crédito público, pois a contratação de uma operação de crédito, enquanto prática de um ato administrativo, somente será sinônimo de legalidade e moralidade se for motivada pelo alcance do chamado 'espírito da lei', isto é, em nome do*

[88] Na topografia do direito positivo brasileiro, o conceito de *desvio de finalidade* pode ser encontrado no art. 2º, "e", da Lei nº 4.717/1965: "São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência."

Câmara dos Deputados
Fl. 7028
Comissões Especiais

alcance de uma finalidade especificada na lei como socialmente relevante."[89]

Em matéria de crédito público, o governante não pode olvidar-se das gerações futuras e deve atender aos reais objetivos constitucionais do Estado, protegendo o interesse público. A Lei de Responsabilidade Fiscal, com vistas a intensificar o controle das operações de crédito público, partilha-o com o próprio Ministério da Fazenda e as instituições financeiras, que, caso a caso, deverão examinar a regularidade das operações contradas pela União – atentando, inclusive, para o custo-benefício da operação, a realização do interesse econômico-social e a previsão, em lei, para a contratação do crédito, seja no bojo

[89] ASSONI FILHO, Sérgio. *Crédito Público e Responsabilidade Fiscal.* Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2007, p. 100.

Câmara dos Deputados
Fl. 7029
Comissões Especiais

da lei orçamentária, na forma da abertura de créditos adicionais, seja em lei específica (LRF, art. 32 e art. 33).

No particular, cumpre-se diferenciar a autonomia entre (i) o ato de *autorização legislativa para a contratação do empréstimo* e (ii) o ato de *concretização do empréstimo propriamente dito*. O primeiro ingressa no mundo jurídico por meio de lei, enquanto fruto da soberania do Estado; o segundo revela-se como espaço para a livre manifestação de vontade daqueles que vierem a adquirir os títulos emitidos pelo Estado ou simplesmente emprestar-lhe dinheiro, mediante a constituição ou não de garantias.[90] Por certo, o fato de a Administração Pública, muitas vezes, estipular as condições do ajuste, não retira a natureza contratual deste; daí porque Gerado Ataliba referencia a expressão da vontade livre dos contratantes, ao tratar do tema.

Nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira:

> "*Operação de crédito é uma figura contratual que pressupõe agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, nos exatos termos do art. 104 do CC. Guarda peculiaridade, no caso de contratos públicos, pelo fato de que um dos contratantes é ente federativo. Trata-se de compromisso bilateral em razão de um empréstimo, gerando crédito e débito.*"[91]

Conclui-se, pois, que o ato de tomar emprestado propriamente dito cabe ao Poder Executivo, como resultado (i) de uma oferta, proposta por este, e (ii) da adesão voluntária, por parte dos prestamistas, públicos ou privados.

Nos termos acima, repudia-se a natureza jurídica do crédito público como puro ato de soberania do Estado, de sua capacidade de auto-obrigação, que, nesta condição, revelar-se-ia insuscetível de qualquer tipo de controle, mesmo o jurisdicional. Privilegia-se, aqui, a corrente que entende o crédito público como um **contrato**, ainda que, em sua maioria, os termos das contratações de crédito público sejam ditados pelo Estado, assemelhando-se a "contratos de adesão."[92]

---

[90] No mesmo sentido: OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 154.

[91] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 745.

Câmara dos Deputados
Fl. 1030
Comissões Especiais

A nosso ver, os empréstimos públicos apresentam os seguintes caracteres: (i) natureza contratual; (ii) autorização legislativa prévia (iii) dotação orçamentária para juros e amortização; (iv) satisfação de finalidade pública; e (iv) dever de prestação de contas.[93]

Deste modo, através de normas jurídicas – inclusive constitucionais – busca o sistema do Direito Financeiro racionalizar as finanças públicas, instrumentalizando os gastos para a consecução dos fins constitucionais do Estado, o que, como visto, coaduna-se com a responsabilidade e a moralidade, no trato da *res publicae*, por seus administradores.

4.2 *Serviços financeiros* e o conceito restritivo de *operações de crédito* na Lei de Responsabilidade Fiscal

Respeitados os fins constitucionais que balizam o gasto público, destaca-se a liberdade das formas pelas quais o Estado poderá contratar, com terceiros, objetivando o recebimento de uma importância que se compromete a devolver, após certo prazo, consensualmente fixado, com ou sem acréscimos. O Poder Público pode pedir dinheiro emprestado a pessoas físicas ou jurídicas nacionais, estrangeiras e internacionais (estas, só pessoas jurídicas). Pode receber o dinheiro, para aplicá-lo, ou pode simplesmente receber uma carta de crédito. Pode adquirir bens ou serviços para pagamento em prestações. Pode instrumentar

---

[92] No particular ora tratado, ilustrativa é a conclusão a que chega Kiyoshi Harada: "No fundo, a tese do ato legislativo, também, reconhece a natureza contratual, ainda que conduzindo o mutuante a uma situação estatutária. Assim, para a generalidade dos autores, crédito público é um contrato que objetiva a transferência de certo valor em dinheiro de uma pessoa, física ou jurídica, a uma entidade pública para ser restituído, acrescido de juros, dentro de determinado prazo ajustado. Corresponde, portanto, na teoria geral dos contratos, ao mútuo, espécie do gênero empréstimo, ou seja, empréstimo de consumo, em contraposição ao comodato, que configura empréstimo de uso." (*Direito Financeiro e Tributário.* 24ª ed. São Paulo: Atltas, 2015, p. 130)

[93] Adicionalmente, Regis Fernandes de Oliveira, destaca alguns outros elementos essenciais, os quais caracterizam as operações de crédito público como contratos de direito público: (i) inexistência de autorização e controle de Senado; (ii) possibilidade de alteração unilateral de algumas cláusulas, se isto estiver previsto em lei; (iii) inviabilidade de execução específica; (iii) possibilidade de rescisão unilateral. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 749)

Câmara dos Deputados
Fl. 7031
Comissões Especiais

todos estes negócios pelas formas mais variadas, desde que com aquiescência do mutuante.

Como bem aduzia Geraldo Ataliba:

> *"Nenhum instrumento lhe é vedado. São-lhe acessíveis todas as formas e meios que servem o mercado financeiro de modo geral. Nesta matéria, nenhuma restrição sofre o Estado, pelo fato de ser Poder Público."*[94]

A necessidade do uso do crédito depende de fatores que o justifiquem para fazer face aos gastos públicos. Neste caso, presume-se a presença de dificuldades econômicas, determinantes da escassez de receitas estatais, a exemplo das receitas tributárias. Nessa linha, Jorge Wehbe enfatiza que naturalmente:

> *"El fisco verá disminuidos sus ingresos, y si además desea realizar gastos para reactivar la economía, se hallará ante un déficit que necesariamente deberá cubrir mediante el crédito, puesto que si opta por los impuestos lo único que conseguirá es aumentar la presión paralizante sobre el sector que se mantiene activo, ya que en definitiva es este el único que paga impuestos."*[95]

No bojo do inciso III, do art. 29 da LRF, tão invocado por aqueles que se debruçam sobre a temática em apreço, identifica-se, unicamente, a exemplificação das formas de exteriorização das operações de crédito, que foram consideradas, pelo legislador, para fins de imposição de limites jurídicos, associados à estabilidade e ao equilíbrio do gasto público, no país.

A interpretação do art. 29 da LRF, sobretudo o seu *caput*, demanda a percepção das finalidades, reputadas relevantes, pelo legislador. Para tanto, convém visualizar o contexto no qual foi editado o diploma sob referência.

---

[94] ATALIBA, Geraldo. Operações de crédito público e sua classificação jurídica – Antecipação de receita e operação de dívida fundada. São Paulo, *Revista de Direito Público*, n. 22, p. 20 e 21, out./dez., 1972.

[95] WEHBE, Jorge. *Los Efectos Económicos Del Gasto Público.* Buenos Aires: Depalma, 1975, p.75.

Câmara dos Deputados
Fl. 1032
Comissões Especiais

Ainda que a Lei nº 101/2000 tivesse por finalidade declarada regulamentar os artigos 163[96] e 169[97] da CF, de modo a atender a exigência constitucional expressa, ela também compunha o chamado Programa de Estabilização Fiscal – PEF, que visava à redução do déficit público,[98] e à estabilização da dívida pública, a tomar-se como referencial o Produto Interno Bruto – PIB.[99] Portanto, ao lado da LRF, apresentaram-se outras formas de modificar o modo de gestão dos recursos públicos, no País.

Durante os últimos anos da década de 90, diversas medidas foram adotadas para fins de contenção do gasto público e de saneamento das dívidas dos entes estatais brasileiros.[100]

---

[96] "Art. 163. Lei complementar disporá sobre: I - finanças públicas; II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público; III - concessão de garantias pelas entidades públicas; IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública; V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta; VI - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional."

[97] "Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar."

[98] "Para entendermos as razões da necessidade da implantação de uma lei tão inovadora, como a LRF, precisamos analisar as origens próximas da crise fiscal brasileira. No período pós-estabilização houve uma aguda crise financeira nos Estados, tanto que no período entre 1995 e 1998, os Estados e Municípios apresentaram déficits primários em média de 0,4% do PIB, ao passo que o Governo central apresentava superávits de cerca de 0,3% do PIB". Cf. FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos. *Responsabilidade fiscal*: aspectos polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 67 e 68. Para maiores considerações sobre o processo de endividamento estadual, recomenda-se: MORA, Mônica. Federalismo e dívida estadual no Brasil. *Texto para discussão,* n. 866, Rio de Janeiro, IPEA, 2002; CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. Dívida pública, lei de responsabilidade fiscal e as empresas estatais. *Interesse Público*, n. 30, p. 274 a 277, mar./abr. 2005.

[99] ROCHA, Francisco Sérgio Silva. Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal e o equilíbrio do orçamento público. In: *Lei de Responsabilidade Fiscal* – 10 anos de vigência – Questões atuais. Florianópolis, Conceito Editorial: 2010, p. 222.

[100] Neste período, "a política econômica do governo passou a se apoiar no tripé câmbio flutuante, metas de inflação e de superávit primário para as contas públicas globais". SIQUEIRA, Jorge Cesar. *Dívida pública brasileira 1995-2005*: alongamento e perfil de

Câmara dos Deputados
Fl. 7033
Comissões Especiais

Assim, ainda que tenha outras finalidades, por surgir, em grande medida, como resposta ao desequilíbrio fiscal e financeiro de entes da Federação, a LRF visa à garantia da *sustentabilidade* no controle do endividamento público. Para tanto, dentre outras disposições voltadas à responsabilidade na gestão fiscal, essa lei cria limitações à assunção de dívida pública, pelos entes federativos, com o fito de evitar situações de déficit potencial.

Pode-se afirmar, então, que o ponto crucial da Lei de Responsabilidade Fiscal é a limitação dos gastos em geral, de pessoal, tributários de renúncia fiscal, endividamento público excessivo, limitação cara à gestão fiscal responsável. Dito de outro modo, em termos de uma regra de proporcionalidade responsável, a LRF equivale a uma tentativa de *proibição de excesso* para gastos públicos assumidos com dívidas sem controles.

Delineado o contexto em que foi editada a LRF, importa destacar que a qualificação jurídica das operações de crédito não é de livre determinação subjetiva, pelos intérpretes, do Direito Financeiro pátrio, por se encontrar definida no art. 29, III, do mencionado diploma, *in verbis*:

> "*Compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros*".

Nesse sentido, a fim de se delimitar o campo material alcançado (i) pela vedação contida no art. 36 e (ii) pela equiparação feita no art. 37, ambos da LRF, faz-se necessário definir os termos jurídicos utilizados, pelo legislador, ao formular o inciso III do art. 29, sob referência.

O *contrato de mútuo* é definido pelo art. 586 do Código Civil de 2002:

> "*O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.*"

---

indexação. Mestrado em Economia Política, PUC, São Paulo, 2007, p. 40. Cf. TORMIN, Sérgio. *Déficit público, dívida pública e crescimento econômico*: uma análise do período pós-real. Dissertação de Mestrado, PUC, São Paulo, 2008, p. 68.

Câmara dos Deputados Fl. 7034 Comissões Especiais

Esta definição de direito positivo coincide com aquela veiculada pelo art. 1.256 do Código Civil de 1916, ao que Pontes de Miranda observava[101]:

> "*O mútuo é contrato com relação jurídica permanente ou duradoura. Há a transferência de propriedade, que é instantânea, mas dura. Se há juros, de jeito que se bilateralize o contrato de mútuo, isto é, que se faça oneroso, o mutuário tem de prestá-los periodicamente, ou, se foram pagos à conclusão do contrato, correspondem ao tempo do contrato, ou ao que está dentro do que fica aquém do têrmo para ser feita a contraprestação. (...) Trata-se do contrato de restituição: o mutuário, que recebe, tem de restituir. Econômicamente, o mútuo é contrato de crédito.*" [102]

Ora, tanto a "*aquisição financiada de bens*", como o "*recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços*" devem ser compreendidos como modalidade de compra e venda a termo[103], em que o "termo" atua tão somente em relação a uma das partes. No primeiro, caso, o

---

[101] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. T. XLII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 7 e 8.

[102] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. T. XLII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 18. Nesse aspecto reside importante diferenciação entre o conceito jurídico de abertura de crédito e de empréstimo: *"Não se trata, evidentemente, de empréstimo, porque, no empréstimo, quem, na abertura de crédito é devedor, seria credor. Êsse é o ponto a que maior atenção se há de dar. Não se mutuou, nem se prometeu mutuar. Concluiu-se o contrato de abertura de crédito; e abrir-se crédito já é dever a prestação do que se considerou pôsto à disposição do credor. Não mais se precisa de qualquer negócio jurídico entre os dois contraentes da abertura de crédito. Vincular-se a ter à disposição de alguém soma de dinheiro é vincular-se a prestar a soma de dinheiro que o credor queira retirar (=de que o credor queira dispor). O direito do credor é direito de crédito. O crédito é certo, líquido e exigível. Se o credor quer dispor somente de parte dêle, ou sucessivamente quer dispor de partes dêle, a parte há de ser certa e liquida, ou as partes hão de ser certas e líquidas"*. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. T. XLII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 170.

[103] "Trata-se de uma modalidade de compra e venda que diz respeito à execução do contrato, a exemplo do que ocorre com as vendas. Nas vendas a termo, após a concussão do contrato, comprador e vendedor acordam que a execução se fará dentro de certo tempo, o qual se desenvolverá dentro de termos, inicial (suspensivo ou primordial) e extintivo (final)". BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 265.

Câmara dos Deputados
Fl. 1035
Comissões Especiais

termo aplica-se em relação ao pagamento; e à entrega da mercadoria ou à prestação de serviço, no segundo.[104]

Ademais, o art. 29, III, da LRF, faz referência à "emissão e aceite de título", referindo-se, logicamente, à emissão e aceite de *títulos de crédito*.[105]

Como bem aponta Egas Rosa Sampaio, as operações de crédito em foco devem ser materializadas em títulos:

> "Denomina-se *crédito público* o conjunto de operações monetárias, das quais o Estado resulta devedor e os fornecedores do capital, portadores de títulos, são os credores."[106] (sem grifos no original)

Acertam, pois, os vários Pareceres da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que têm consagrado *interpretação restritiva* às "operações de crédito", para fins de aplicação das limitações da LRF, a exemplo da vedação contida em seu art. 36, exigindo, para tanto, "o elemento volitivo do ente da federação em se endividar". A título de exemplo, citam-se o Parecer PGFN/CAF nº 392/2007, o Parecer PGFN/CAF nº 1.473/2007 e o PGFN/CAF nº 2.194/2010.

Persiste a "*necessidade de contrato para o cumprimento de obrigação de pagamento em moeda corrente (assunção de compromisso financeiro) para que fique caracterizada a realização de operação de crédito*", como bem assenta a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no PGFN/CAF nº 1.230/2012.

O título de crédito, pelo seu aspecto *documental*, foi definido por Vivante como "*um documento necessário para o exercício literal e autônomo que nele é*

---

[104] BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 265.

[105] "Tendo presente o nexo que liga o crédito ao título, pode afirmar-se que o documento de um título só adquire o caráter jurídico de um título de crédito, quando pela sua disciplina – que pode ser fixada pela lei ou pelo contato – é necessário para transmitir ou exigir o direito literal e autônomo nele mencionado. O direito contido no título é um direito *literal*, porque o seu conteúdo e os seus limites são determinados nos precisos termos do título; é um direito *autônomo*, porque todo o possuidor o pode exercer como se fosse um direito originário, nascido nele pela primeira vez, porque sobre esse direito não recaem as exceções, que diminuíram o seu valor nas mãos dos possuidores precedentes". VIVANTE, Cesare. *Instituições do direito comercial*. 2ª ed. Sorocaba: Minelli, 2007, p. 166.

[106] SAMPAIO, Egas Rosa. *Instituições de Ciências das Finanças*. Uma abordagem econômico-financeira. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 250.

Câmara dos Deputados
Fl. 7036
Comissão Especial

mencionado". *Documental* porque deve vir amparado em uma base cartular que lhe servirá de expressão; *Literal* porque existirá nos limites do teor descrito como direito de crédito; e *Autônomo* porque sua posse designará o exercício de um direito próprio, de boa-fé, sem qualquer vínculo com as situações que antecederam sua emissão[107].

Há diversas hipóteses de "valores mobiliários", representativos de obrigações societárias, também expressos documentalmente, mas estes não se confundem com os "títulos de crédito", na medida que estes não têm natureza de participação no capital de determinada sociedade.

Como dizia Tullio Ascarelli, o título de crédito é documental, mas um documento tipicamente destinado à *circulação do crédito*. Com a *subscrição*, ato unilateral que é, tem-se a entrada no mundo jurídico do título. A sua eficácia, na esteira dos ensinamentos de Pontes de Miranda, dependerá do ato de *emissão*, que é o ato de o subscritor (emitente) pôr determinado título de crédito em circulação[108], fundado em necessária irrevogabilidade da promessa, para transferir a outrem (adquirente) o título subscrito e emitido, ao qual se vincula com o dever de cumprir o prometido. "Emissão é o lançamento do título ao portador", sintetiza Pontes de Miranda[109], o ato pelo qual o título deixa os domínios do emitente e passa a outras mãos, mediante assunção de obrigações pecuniárias próprias. A emissão decorre do ato unilateral de subscrição, que é uma disposição de vontade do próprio patrimônio. A seguir, o subscritor assume o dever legal de irrevogabilidade da declaração relativa ao crédito. A partir deste ato, podem surgir distintos atos bilaterais que tenham por conteúdo a transmissão do título representativo do crédito contra o subscritor da dívida assumida.

A digressão acima feita, acerca dos *títulos de crédito* em geral, justifica-se, à medida que os títulos públicos em pouco diferem das características dos primeiros: são títulos de crédito de natureza pública, porque emitidos com base

---

[107] BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito.* Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 12 e ss..

[108] Quanto à diferenciação entre subscrição e emissão, veja-se: ASCARELLI, Tullio. *Problemi in tema di titoli obbligazionari.* Milão: Giuffrè, 1951, p. 33 e ss..

[109] MIRANDA, F. Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. T. XXXIII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 148.

Câmara dos Deputados
Fl. 1037
Comissões Especiais

legal, o que se exige pelos riscos que trazem ao patrimônio público, mas igualmente à esfera patrimonial privada, como proteção aos direitos dos credores.

O processo de emissão dos títulos públicos acompanha os regimes de empréstimos públicos[110]. E não há qualquer diferença entre créditos públicos e créditos privados, como bem observou Geraldo Ataliba:

> "*O crédito é igual, assim para os privados como para o poder público: em qualquer caso, seus princípios gerais são os mesmos. Repousa, essencialmente, na confiança que o mutuário inspira ao mutuante. Quanto aos meios para sua instrumentação, todos são comuns, assim aos negócios entre privados, como aos em que seja parte pessoa pública.*"[111]

Títulos públicos são títulos *documentais* emitidos pelo Estado, sob base legal que discrimina o objeto, as condições, os modos e os limites da sua circulação e resgate. São da espécie dos chamados títulos cambiariformes, cuja circularidade, custódia e liquidação são *dependentes* da relação jurídica original, qual seja, a emissão pelo Estado, representativa de um direito de crédito, para liquidação futura.

Não se pode deixar de anotar, ainda, que, ao delimitar o alcance da expressão *operações de crédito*, o art. 29, III, dispõe que também serão consideradas operações de crédito as operações arroladas nesse dispositivo inclusive quando realizadas com o "uso de derivativos financeiros".

Questão problemática, todavia, reside na utilização da expressão "e outras operações assemelhadas", o que permitiria a compreensão de que se está diante de definição exemplificativa, e não taxativa.[112]

---

[110] FERREIRA, Eduardo Manuel Hintze da Paz. *Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado.* Coimbra: Almedina, 1995, p. 544.

[111] ATALIBA,Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico.* SP: RT, 1972, p. 77.

[112] Discordamos, assim, da parcela da doutrina que vê mera exemplificação no dispositivo sob exame. A título de exemplo: "Objetiva assim dar maior amplitude possível ao termo 'operações de crédito', a fim de não ser a lei descumprida devido à dinamicidade dos mercados, que a todo momento criam novas formas de financiamento". ASSONI FILHO, Sérgio. *A lei de responsabilidade fiscal e o federalismo fiscal.* In: CONTI, José Mauricio (organizador). Barueri: Manole, 2004, p. 229.

Câmara dos Deputados
Fl. 7033
Comissões Especiais

CARLOS VALDER NASCIMENTO	HELENO TAVEIRA TÔRRES	MISABEL A. MACHADO DERZI
Professor de Direito Financeiro e Doutor pela UFPE	*Professor Titular de Direito Financeiro da USP*	*Professora Titular de Direito Financeiro e Tributário da UFMG*

Pela expressão "*outras operações assemelhadas*", de que se valeu o legislador pátrio, somente pode-se entender aquilo que se mantenha em conexão material ou causal com contratos de "mútuo", de "abertura de crédito", de "emissão e aceite de título", de "aquisição financiada de bens", de "recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços", de "arrendamento mercantil" ou do "uso de derivativos financeiros".

Em suma, somente terá o condão de se afirmar, validamente, como *"operação de crédito"*, vedada pelo art. 36 da LRF, operação, contratada pela União, que mantenha alguma identidade ou semelhança com as aludidas modalidades do art. 29, III, de tal diploma. Trata-se de norma jurídica de inegável *caráter taxativo* e *vinculante dos atos e negócios jurídicos defesos pela LRF*. Esta é a razão pela qual sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica, os aplicadores do Direito Financeiro deverão ter máximo cuidado, quando da *avaliação jurídica de serviços financeiros*, contratados pela União.

É bem verdade que ditas hipóteses arroladas no inciso III do art. 29 da LRF não esgotam todas as referências feitas no assinalado diploma. Nessa esteira, o § 1° do art. 29 da LRF equipara, à "operação de crédito", a *assunção*, o *reconhecimento* ou a *confissão de dívidas*. Mas não só. Também o art. 37, abaixo transcrito, veicula outras equiparações, a saber:

> "Art. 37. *Equiparam-se a operações de crédito e estão vedados*:
>
> I - *captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo* ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, sem prejuízo do disposto no § 7° do art. 150 da Constituição;
>
> II - *recebimento antecipado de valores de empresa* em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação;
>
> III - *assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada*, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de título de crédito, não se aplicando esta vedação a empresas estatais dependentes;
>
> IV - *assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento a posteriori de bens e serviços*."

Câmara dos Deputados
Fl. 7039
Comissões Especiais

Bem entendidas, as designações em comento evidenciam, contudo, desdobramentos daquelas operações discriminadas como "mútuo", "abertura de crédito", "emissão e aceite de título", "aquisição financiada de bens", "recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços", "arrendamento mercantil" ou "uso de derivativos financeiros". Nesse contexto, são modalidades de "*outras operações assemelhadas*", previamente definidas em lei. Trata-se, portanto, de operações que guardam vínculo objetivo com a materialidade daquelas situações referidas no art. 29, III, da LRF.

Nesse sentido, não é ocioso destacar a semelhança que se pode vislumbrar entre as operações descritas nos incisos I e II o art. 37 da LRF e as operações de "*recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços*", expressamente arrolado no art. 29, III. Da mesma forma, resta claro que a operação a que se refere o inciso III do art. 37 pode ser reconduzida à "emissão e aceite de título". Similarmente, a operação descrita no inciso IV do art. 37 relaciona-se à noção de "aquisição financiada de bens".

Ora, se as operações que se encontram expressamente equiparadas, pela lei, delimitam o sentido e o alcance do art. 29, III, da LRF, expressamente não pode o intérprete usar de interpretação extensiva ou analógica para obter resultado estranho aos limites que guarde semelhança com os referidos atos ou negócios jurídicos, quando do exame jurídico dos serviços financeiros contrados pela União – repita-se à exaustão.

Para que determinada operação seja considerada *assemelhada* àquelas dispostas no art. 29, III, da LRF, faz-se necessário, logo, um vínculo objetivo entre a operação considerada e aquelas listadas no dispositivo em questão. Se as equiparações realizadas pela própria lei mantêm esta relação objetiva com as *operações de crédito* expressamente referidas pelo inciso III do artigo em foco, não restam dúvidas de que tal vínculo deve ser perquirido pelo intérprete ao pretender tratar determinada operação como *assemelhada* àquelas expressamente arroladas no texto legal.

Com diz Geraldo Ataliba:

> "*Tanto é operação de crédito o levantamento direto de um empréstimo em dinheiro, quanto a aquisição de bens e serviços para pagamento a médio ou longo prazo.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7040
Comissões Especiais

> *As pessoas públicas recorrem aos empréstimos, realizando operações de crédito.*
>
> *Conforme se expõe detidamente, em outra passagem deste estudo, não deixa de ser uso do crédito público a compra, pelo poder público, de bens ou serviços mediante contrato para pagamento em parcelas, ou 'em prestações', como vulgarmente se costuma dizer, a médio ou longo prazo.*
>
> *Porque é a mesma coisa – como mesmo é o resultado – tomar dinheiro, de que se não dispõe por empréstimo –, para adquirir um bem ou serviço de terceiro e proceder à mesma aquisição, diretamente do fornecedor de bens ou serviços, sem dispor do numerário necessário. Em ambos os casos, é ao crédito que o poder público recorre, realizando dois negócios ao mesmo tempo.*"[113]

As citadas equiparações adotadas pela LRF bem revelam que o legislador não pretendeu conferir margem de discricionariedade ao intérprete, para alcançar, pela definição legal de *operações de crédito*, situações dessemelhantes daquelas referidas até mesmo como "equiparadas". Feita essa delimitação material, a sua extrapolação, pela via da aplicação normativa, compromete a realização do princípio da segurança jurídica, voltado à tutela da regularidade do gasto público, no país.

A noção de *operações de crédito* está há muito assentada na ciência jurídica e econômica. Toda a disciplina da LRF relativa a operações de crédito destina-se tão-somente às operações assim caracterizadas segundo a forma de qualificação adotada pela Lei Complementar. Portanto, a exegese dos art. 29, 36 e 37 da LRF e dos demais dispositivos versando sobre *operações de crédito* requer o exato alcance da expressão *operações de crédito*, em obediência à legalidade, à impessoalidade, à moralidade e à autovinculação da Administração contratante (no caso, a União) ao dever de se impor à ordenação do emprego dos mesmos critérios contratuais, quando estes sejam usados em condições mais gravosas, quando isso não se vincule a alguma das hipóteses definidas como operações de créditos ou equiparadas.

---

[113] ATALIBA, Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 42.

Câmara dos Deputados
Fl. 7041
Comissões Especiais

A compreensão sobre "operações de crédito" exige o esclarecimento do termo "crédito", "que penetrou na linguagem jurídica por meio da economia"[114], apresentando caráter equívoco, exigindo ser traçada uma linha divisória entre a definição geral de *crédito* e aquela referente ao *negócio de crédito*.

Na teoria geral das obrigações, *crédito* é entendido como o direito subjetivo do sujeito ativo, no âmbito de uma relação obrigacional.

Todavia, ao se falar em *operações de crédito* está-se fazendo referência ao *negócio jurídico de "crédito"*, o qual se relaciona à noção basilar de "empréstimo".[115] E nada disso se verifica no caso presente, como se verá, detidamente, nos três próximos subtópicos.

Logo, as *operações* de *crédito* podem se revestir de variadas formas e consubstanciar diversos negócios jurídicos.[116]

Destarte, não obstante a multiplicidade de negócios caracterizadores de *operações de crédito*, à luz da LRF, sua configuração está balizada pelas qualificações adotadas expressamente, bem como pelas equiparações que a própria Lei Complementar admite. Para aquelas admitidas como "*outras operações assemelhadas*", porém, requer-se, necessariamente, equivalência material com aquelas tipologias e que se possa determinar a presença de três elementos: (i) vontade, (ii) confiança, (iii) capital e (iv) tempo,[117] tendo em vista

[114] ATALIBA, Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 12.

[115] "Usa-se, aqui, o termo 'crédito', para designar um instituto jurídico específico, também conhecido por negócio de crédito. Trata-se de tipo de contrato.

Quando, em direito financeiro – à semelhança do que ocorre em ciência das finanças – se fala em crédito público, está-se referindo aos empréstimos em que é parte o poder público." ATALIBA, Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*. São Paulo: RT, 1973, p. 14.

[116] "En segundo lugar, parece igualmente claro que la Deuda pública se concibe en él como una operación de crédito cuyo mecanismo esencial está constituido por la toma de una cantidad de dinero que, en el futuro, se ha de restituir. Es decir, como un operación de préstamo, entendido éste como figura general". FERRREIRO LAPATZA, Jose Juan. *Curso de derecho financiero español.* Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 550.

[117] A confiança relaciona-se à própria razão de ser da *operação de crédito*, uma vez que o vocábulo "crédito" está estreitamente relacionado à "confiança": "É que a dívida pública se cria pelo fato de recorrer o Estado ao seu crédito, fazendo-se devedor. Daí o nome de batismo que se dá ao tema, nos diversos autores: ora se fala em débito público, ora em dívida pública,

Câmara dos Deputados
Fl. 7042
Comissões Especiais

que o negócio em tela, o qual deverá ser materializado em contrato, no qual reste expressa a intenção do ente público de se endividar, pressupõe justamente a "*troca de um bem ou valor no presente por uma promessa de riqueza futura que, aliás, será a responsável pelo reembolso do que foi emprestado e pelo pagamento dos juros ou outros benefícios oferecidos aos prestamistas*".[118]

Como já realçamos no tópico 2.4, a propósito da observância da legalidade:

(a) o respeito à forma jurídica, imposta pela lei, sem equiparações econômicas ou de qualquer outra natureza, é essencial;

(b) a essência jurídica da operação de crédito deve ser buscada, sem perturbações circunstanciais, como o tempo ou o volume de recursos;

(c) igualmente, quando se utiliza um conceito – o do art. 29, III, da LRF - relativo à **operação de crédito,** que se presta a limitar ou condicionar a autonomia de um Ente estatal soberano, como a União, proibindo-a de operar com suas próprias instituições financeiras, a **observância da forma** deve ser rígida, quer em relação ao conceito de instituições financeiras (sem possibilidade de a elas se equiparar o FGTS ou outros Fundos), quer em relação ao conceito de operação de crédito; aqui não há possibilidade de interpretação extensiva;

(d) finalmente, deve-se repetir à exaustão, a desdiferenciação entre o econômico-financeiro e o jurídico acarreta outras consequências como a lesão da regra de competência quer do Congresso Nacional, único competente para legislar, quer do BCB, único competente para decidir – na hipótese de lacuna, sobre a metodologia adequada para apuração do déficit primário.

Conclui-se, assim, que o art. 29, III, da LRF delimita o campo material da noção de "operações de crédito", defesa sua extensão para ampliar o alcance da vedação do art. 36 da citada lei a procedimento que não possa ser reconduzido à noção de *operações de crédito.*

---

ora em crédito público, indiferentemente. Como assinalamos, são designações que variam em função da perspectiva em que se ponha o observador". ATALIBA, Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 13 e 14.

[118] ASSONI FILHO, Sérgio. *Crédito público e responsabilidade fiscal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007, p. 18.

Câmara dos Deputados
Fl. 7043
Comissões Especiais

4.3 A natureza jurídica dos juros e da atualização monetária: a impossibilidade de sua recondução à noção de "operações de crédito"

Quanto à natureza jurídica dos *juros* e da *atualização monerária,* cumpre esclarecer que tais institutos não se revelam elementos suficientes à caracterização de determinado negócio jurídico como "operação de crédito".

Os *juros* são estipulados em função do valor do capital (principal) e do tempo pelo qual o credor esteve privado da utilização do capital que emprestou ou a que fazia jus.[119] *Frutos civis são elementos produzidos por uma determinada coisa, mas que com ela não se confundem.*[120] Por conseguinte, juros são frutos civis do crédito ou do capital, ou como Pontes de Miranda, "o *fruto civil do crédito; no plano econômico, renda do capital*".[121] Washington de Barros Monteiro, igualmente, assinala que juro é "*o rendimento do capital, os frutos civis produzidos pelo dinheiro*".[122]

Como sabido, há classes distintas de juros: (i) os *juros remuneratórios*, expressando o rendimento do capital em termos financeiros, ou seja, do capital como fator produtivo; (ii) os *juros compensatórios*, correspondendo à privação do capital; (iii) os *juros moratórios*, devidos, a título de reparação, pelo atraso no cumprimento de uma obrigação pecuniária; (iv) os *juros indenizatórios*, relacionados ao não cumprimento definitivo de uma obrigação".[123]

Para sua distinção, somente o exame da "causa" pode oferecer segurança na demarcação da individualidade das espécies de juro em cada caso concreto.

---

[119] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. T. XXIV. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 15.

[120] "Se fruto é o que o bem produz, qualquer que seja a causa, juros são frutos (...) donde se poder falar de juros-frutos, *reditus pecuniae*". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. T. XXIV. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 17.

[121] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. T. XXIV. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 15.

[122] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações 1ª parte. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 337.

[123] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 686.

Câmara dos Deputados
Fl. 7044
Comissões Especiais

Nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo,[124]: "*É indispensável o exame da causa*", porquanto seja esta a finalidade, a função, o fim que as partes pretendem alcançar com o ato que põem em execução. Por isso, conferir tal individualidade ao ato jurídico (pagamento de juro), revela-se como um importante e inafastável elemento para o procedimento de interpretação."

Em qualquer uma das modalidades assinaladas, o surgimento dos juros pressupõe uma "causa jurídica", dotada de eficácia geradora da dívida de juros.[125] Assim, além da imprescindível existência da obrigação principal, o pagamento de juros decorre de um fato jurídico: a indisponibilidade do capital, na hipótese dos *juros compensatórios* (i), o dano e o dever de indenizar, na modalidade dos *juros indenizatórios* (ii) ou o atraso da prestação à qual o devedor está obrigado, no caso dos *juros moratórios* (iii).

Quanto à distinção entre os juros compensatórios e os juros de mora, quadra a lição de Arnoldo Wald:[126]

> "No tocante aos juros, o Código Civil fez a adequada distinção entre os *compensatórios*, previstos no art. 1.262, que trata do mútuo e os *moratórios*, regulados no art. 1.062. Os primeiros constituem a compensação paga, pelo devedor ao credor, pelo uso de uma quantidade de coisas fungíveis, ou, ainda, a remuneração que o credor exige para privar-se de uma soma em dinheiro que adiantou ao devedor, enquanto os segundos são devidos em virtude de retardamento (ou mora) do devedor no cumprimento de sua obrigação de restituir o valor por ele recebido, constituindo uma indenização pelo inadimplemento relativo ou um

---

[124] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 156. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro.* Vol. IV. Tomo. I. Campinas: Russell, 2003, p. 286. Veja-se ainda: DI MAJO, Adolfo. *Le obligazioni pecuniarie.* Torino: Giappichelli, 1996, p. 41 e ss.; MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La prestación de intereses.* Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 191 e ss.; SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Juros no direito brasileiro.* SP: Revista dos Tribunais, 2003, p. 40 e ss..

[125] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Tomo XXIV. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 15 e 16.

[126] WALD, Arnoldo. Do regime jurídico dos encargos moratórios no sistema financeiro: a reforma monetária. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 25, n. 63, p. 5 a 28. jul./set., 1986.

Câmara dos Deputados
Fl. 7045
Comissões Especiais

quantum mínimo devido, em tais casos, independentemente da prova de existência do prejuízo."

Os juros relativos às "operações de crédito" apresentam natureza *compensatória,* na medida em que têm por finalidade remunerar o capital, que quedou indisponível para o credor. Note-se que o caráter *compensatório* dos juros relativos a operações de crédito relaciona-se à própria natureza da operação que, já se disse, pressupõe para sua configuração, além do elemento "confiança", os elementos "capital" e "tempo".

Na lição de Pontes de Miranda, os juros são interesses que atendem a não *investibilidade* das quantias durante o tempo em que se espera que nasçam as pretensões. Há o direito às prestações, mas o termo (algumas vezes a condição) retarda o nascimento da pretensão, da exigibilidade. O tempo, nos meios sociais em que há a procura de fundos, tem sempre de ser levado em conta, porque o dinheiro, cujo recebimento se aguarda, raramente pode ser investido e o investimento de créditos se faz abaixo do valor do crédito.[127]

Neste sentido também é a lição de Paulo Luiz Netto Lobo:[128]

"*Juro é o fruto civil do crédito, deste sendo bem acessório: o rendimento do capital no campo econômico. Como bem acessório, sua existência supõe a do principal, pois não há dívida de juros sem dívida principal, mas pode ser objeto de negócio próprio.* [129]

Deveras, os juros são obrigações de natureza acessória, acompanham sempre o destino das obrigações principais, como amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência.[130] Esse entendimento tem sido recorrente no STJ, como se vê no voto do Ministro Benedito Gonçalves: "*Entendimento desta Corte no*

---

[127] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Tomo XXIV. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 29.

[128] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 290.

[129] Na mesma linha: "Os juros são frutos civis, constituídos por coisas fungíveis que representam o rendimento de uma obrigação de capital. São, por outras palavras, a compensação que o obrigado deve pela utilização temporária de certo capital, sendo o seu montante em regra previamente determinado como uma fracção do capital correspondente ao tempo de sua utilização. (...) A obrigação de juros pressupõe a obrigação principal (...)". VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7ª ed. Vol. I. Coimbra: 1993, Almedina, p. 867 e ss.

Câmara dos Deputados
Fl. 7046
Comissão Especial

sentido de que os juros de mora possuem caráter acessório e devem seguir a mesma sorte da importância principal, de forma que, se não incide imposto de renda sobre valor principal em face de seu caráter indenizatório, o mesmo acontece quanto aos juros de mora". Ou como diz Pontes de Miranda: *Os juros decorrem do crédito principal e juntam-se ao que se há de solver do capital devido. Dai falar-se de direito acessório*".[131] Resta evidente que este é um efeito da aceitação pacífica de que as obrigações acessórias de juros devem acompanhar a obrigação principal à qual se vinculam. Assim, os juros têm caráter acessório, e são inúmeras as consequências dessa acessoriedade, seja no âmbito do Direito Privado,[132] seja no âmbito do Direito Público.

Partindo-se desse pressuposto, observa-se que a fixação de taxa de juros em contratos de prestação de serviços financeiros, prestados à União, por si mesma, não tem o condão de transmutá-los em operação de crédito. Não são, os juros, que integram *per se* a noção de *operações de crédito*, como elemento essencial das modalidades de negócio jurídico, previstas na LRF.

Paralelamente a isso, ressalta-se que, embora tenham caráter acessório, os juros podem ser objeto de negócio jurídico autônomo, consoante disposição expressa do Código Civil: "Art. 95. *Apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico*". Ou seja, a negociação relativa a juros, mais exatamente sobre a taxa de juros, não se afigura,

---

[130] Cf. AgRg no REsp 1063429/SC, Relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 04.12.2008, DJe 15.12.2008. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Tomo XXIV. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 34; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros*: no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41.

[131] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Tomo XXIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 33.

[132] Nesta linha é o entendimento de Luiz Antonio Scavone Junior: "Da qualidade de acessórios restam algumas consequências, de tal sorte que: a) a contagem dos juros não subsiste com a extinção da obrigação principal; b) não se concebe a obrigação de pagar juros sem que haja uma obrigação principal; c) o reconhecimento da obrigação de pagar juros implica o reconhecimento da obrigação principal, o que, inclusive, interrompe a prescrição da ação de cobrança da obrigação principal (Código Civil de 1916, art. 172; Código Civil de 2002, art. 202). SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros*: no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41.

Câmara dos Deputados
Fl. 7017
Comissões Especiais

por si, como *operação de crédito*, a qual poderá, inclusive, ser gratuita. O mesmo raciocínio vale para o instituto da correção monetária.

Carlos Ayres Brito, considerando a "correção monetária" como instituto de Direito Constitucional, afirma que este "*tem por fato-condição de incidência uma dada obrigação de pagamento em dinheiro*".[133] Trata-se de uma forma de resguardar o poder aquisitivo da obrigação de pagamento em tela. É evidente que o fenômeno inflacionário, no Brasil, não se verifica nos patamares galopantes de outrora; este, todavia, ainda se faz sentir, daí porque necessária a preservação do instituto da correção monetária.

A citada cláusula de correção monetária, apta a ser pactuada de forma autônoma em qualquer negócio jurídico, configura instrumento de estabilização obrigacional, o qual contempla as estipulações sobre ajustes que derivam da variação do poder aquisitivo da moeda, ou seja, do *valor financeiro* do conteúdo de determinada relação obrigacional. Dito *valor financeiro*, a seu turno, representa "a significação de algo em termos de moeda ou dinheiro: quando dizemos que determinado objeto 'vale' 100 unidades monetárias, exprimimos implicitamente a ideia de que ele pode ser fonte ou origem desta quantidade de moeda".[134]

Como diz Fábio Konder Comparato: "a correção monetária não pode ser, tecnicamente, considerada um acréscimo ao principal, mas sim uma *recomposição*. Se o devedor de pecúnia está em nova mora temporal de pagá-la e vem a ser condenado no principal em valor nominal, ele se encontrará em situação melhor do que se tivesse cumprido pontualmente o seu dever; o credor, por sua vez, não obterá a plena satisfação de sua pretensão contratual nem verá ressarcido o prejuízo que a mora lhe causou".[135]

---

[133] BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional da correção monetária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 203, p. 42 e 43, jan./mar., 1996.

[134] PEDREIRA, José Luís Bulhões. Obrigação pecuniária - correção monetária - indexação cambial. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, n. 193, p. 353, jul./set., 1993.

[135] COMPARATO, Fábio Konder. A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas consequências. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo, ano XXVIII, n. 74, abr./jun., p. 82, 1989.

Câmara dos Deputados
Fl. 3048
Comissões Especiais

Ante todo o exposto, resta claro que a pactuação de *cláusula de compensação pelos custos de oportunidade da indisponibilidade dos recursos*, em contrato de prestação de serviço financeiro, firmado pela União, quer do principal, quer dos seus acréscimos penais ou moratórios, não os transmuta, *per se*, igualmente, em operações de crédito, para fins de aplicação das vedações constantes na LRF. Referida cláusula de *cláusula de compensação pelos custos de oportunidade da indisponibilidade dos recursos*, apenas, assegura a identidade da moeda, através dos tempos, preservando as instituições financeiras, prestadoras de serviço, dos efeitos da inflação, além de remunerá-las quanto ao custo de oportunidade pela indisponibilidade dos recursos. Enquanto não paga, a dívida de valor, decorrente da prestação de tais serviços, esta deverá ser reajustada para que possa atender à sua finalidade contratual específica, de liberação.[136]

4.4 Características gerais dos contratos bancários

As autoridades públicas de contas (TCU), no caso sob exame, findaram por requalificar juridicamente serviços financeiros, contratados pela União, transmutando-os em "operações de crédito", com vistas à aplicação das limitações e consequências previstas na LRF.

Trata-se de interpretação extensiva, vedada, seja porque afastada do conceito restritivo de "operações de crédito", previsto pelo legislador pátrio, seja porque desconhece mesmo os regramentos jurídicos próprios, que balizam as contratações bancárias, no País, em flagrante insegurança jurídica, seja ainda porque se presta a restringir a autonomia da União.

Neste particular, alude Eduardo Salomão Neto:

> "*Por mais díspares e variadas que possam ser as diferentes atividades nas quais as instituições financeiras se envolvem, é sabido que todas elas, em maior ou menor grau, giram em torno o conceito de atividade privativa. Esta ligação de diferentes atividades justifica que se fale em*

[136] WALD, Arnoldo. Correção Monetária nas Desapropriações. *Revista de Direito Público*. São Paulo, ano XIV, n. 57/58, p.101, jan./jun., 1981.

Câmara dos Deputados
Fl. 2049
Comissões Especiais

'contratos bancários' como um conjunto de modalidades negociais com certas características comuns."[137]

Faz-se necessário, logo, destacar quais são as características gerais dos contratos bancários.

Inserem-se as operações bancárias na atividade empresária, como sendo aquela economicamente organizada para a prestação de serviços, à lume do art. 966 do Código Civil vigente. Nesta senda, aduz Nelson Abrão:

"*Dois são, portanto, os aspectos da operação bancária: o econômico e o jurídico.*

Economicamente, há que se considerar a prestação de serviços no setor creditício que redunda em proveito tanto para o banco como para o cliente.

Juridicamente, a operação bancária, para se ultimar, depende de um acordo de vontades entre o cliente e o banco, razão pela qual se diz que se insere no campo contratual, conforme, aliás, prescreve a própria lei."[138]

O referido autor, amparado na doutrina de Giacomo Molle, observa que a característica principal das operações bancárias, porque específica, é a da sua independência, *in verbis*:

"*Elas se coligam em uma relação recíproca de interdependência, pela qual às operações chamadas passivas, nas quais o banco assume a veste de devedor, que não se limita àquelas típicas, com as quais recolhe depósitos, correspondem operações chamadas ativas, nas quais assume, ao invés, a veste de credor, que não se limitam, igualmente, àquelas típicas, com as quais faz crédito. É nesta coligação de operações passivas e ativas que são possíveis efeitos jurídicos e econômicos que não seriam cogitáveis, se as operações da empresa fossem avulsas.*"[139]

E, buscando uma classificação para as operações bancárias, adota a doutrina de Ferri, assentando que:

---

[137] SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário.* São Paulo: Atlas, 2005, p. 167.

[138] ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79 e 80.

[139] ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83.

Câmara dos Deputados
Fl. 7050
Comissões Especiais

> "*A atividade atual dos bancos resulta de uma dúplice categoria de operações: aquelas essenciais à função que é própria dos bancos (exercício do crédito), e que consistem, de um lado, na coleta de capitais junto aos poupadores (operações passivas) e, de outro, na distribuição de capitais (operações ativas); aquelas que consistem na prestação de determinados serviços (chamados serviços bancários) a favor do público e que, não obstante a notabilíssima relevância assumida na prática, econômica e juridicamente desempenham uma função acessória e complementar.*
>
> *Destarte, podemos classificar as operações bancárias em essenciais, ou fundamentais, e acessórias.* ***Pelas primeiras, os bancos exercitam sua negociação de crédito; por meio das segundas, o banco não concede nem recebe crédito, mas presta serviços.***"[140](Grifamos).

Segundo a lição de Pontes de Miranda, "*as operações de crédito baseiam-se, quase sempre, em empréstimos, principalmente em empréstimos de bens fungíveis.*"[141] Já destacada, em tópico antecedente, a natureza jurídica dos contratos de mútuo, convém dinstingui-lo, corretamente, de outras figuras, caras ao quotidiano bancário.

Para tanto interessa pontuar algumas diferenciações, propostas por Eduardo Salomão Neto, a fim de esclarecer que, juridicamente, os serviços financeiros prestados à União, nas situações apontadas pelo TCU, não se confundem com o conceito jurídico de "operações de crédito", afastando, do caso ora examinado, as normas consignadas no bojo da LRF, anteriormente mencionadas.

Tratando da possível coincidência entre o mútuo e o "saque a descoberto", afirma Eduardo Salomão Neto:

> "*Não nos parece, entretanto, que o saque a descoberto possa ser considerado mútuo. Falta elemento essencial para tanto que é a vontade do tomador dos recursos no sentido de realizar um contrato de mútuo, pois pensa em princípio estar sacando contra depósito que tem. Parece-*

---

[140] ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 85 e 86.

[141] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado* – Parte Especial. T. XLII. 3ª ed. São Paulo: RT, 1984, p. 5.

Câmara dos Deputados
Fl. 7051
Comissões Especiais

nos que o melhor nesse caso é falar de mandato em que a posição do mandatário é assumida pelo banco depositário, de forma a evitar constrangimento para o seu cliente."[142]

O citado autor, com precisão, igualmente diferencia a "abertura de crédito" e a simples "tolerância de saldo negativo em conta corrente", pela instituição financeira. Neste sentido, aduz que a abertura de crédito é contrato porque deriva da vontade das partes; o que, a seu ver, pressupõe tanto a vontade do banco de conceder o benefício, como a do cliente de recebê-lo. Esta cobertura de saques, inversamente, equivale à mera forma de operação, sem a criação de direitos para o cliente.[143]

O caso, novamente, seria equiparado ao mandato, vez que, nos termos do art. 676 do CC/2002, o mandante se vê obrigado a pagar, ao mandatário, quaisquer despesas relacionadas à assunção do encargo.

Para que a referida tolerância de *saldo negativo em conta corrente*, pela instituição financeira, representasse, juridicamente, *operação de crédito*, haveria que ser *expressamente formalizada* a "novação" desta dívida. Este ânimo de novar constitui elemento essencial do negócio jurídico em foco.[144]

Como é sabido, a atividade financeira é objeto de extensa regulamentação; grande parte dela presente em normas do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central (BC).

Observa, todavia, Eduardo Salomão Neto que o descumprimento das normas administrativas em tela não conduz à nulidade dos contratos bancários, mas sim à aplicação de punições em face das instituições financeiras, nos termos do art. 44 da Lei n. 4.595/64, além de facilitar – em casos em que a nulidade não vier expressa – a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Destaca, ademais, que as normas estatutárias e os regulamentos operacionais de cada banco só tem por regra efeito interno, ainda que façam referência aos contratos

---

[142] SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário.* São Paulo: Atlas, 2005, p. 183.

[143] SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário.* São Paulo: Atlas, 2005, p. 216.

[144] "CC/2002, Art. 360. Dá-se a novação: I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior."

"CC/2002, Art. 361. Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito, mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira."

celebrados pela instituição financeira, impondo requisitos e limites, proibindo certas modalidades de operações. Trata-se de conclusão que resiste, inclusive, ao fato de tais estatutos estarem sujeitos à autorização governamental.[145]

Nos termos acima, importa destacar o item IX da Resolução n. 1.559/1988 do CNM, com redação dada pela Resolução n. 3.258/2005. Isto porque o assinalado dispositivo **veda** expressamente a *concessão de créditos* ou de *adiantamentos*, por instituição financeira, *sem a constituição de um título adequado*, representativo da dívida. A saber:

> "RESOLUÇÃO Nº 1.559 (...) IX - É vedado às instituições financeiras: a) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos; b) conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida. (Redação dada ao inciso IX pela Resolução 3258, de 28/01/2005)."

No caso dos serviços financeiros prestados à União, nos termos do Decreto nº 8.535/2015, adiante analisados com mais vagar, não se teve notícia, porém, de quaisquer títulos sacados, pelos bancos, em face do Governo Federal.

Tem-se, pois, um primeiro indício apto a desnaturar os aludidos serviços bancários como "operações de crédito público".

E não se olvide, neste particular, que todas as instituições financeiras, atuantes no país, estão submetidas a rigorosos controles, pelo Banco Central do Brasil, nos termos do art. 10, VI, da Lei n. 4.595/64, que, ao criar o Sistema Financeiro Nacional, estabeleceu um robusto arcabouço institucional, destinado à disciplina da atividade bancária brasileira. Também, relembra-se que, nos termos dos artigos 32 e 33 LRF, ditas "operações de crédito público" são submetidas a rigoroso controle (i) tanto do Ministério da Fazenda, que verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização das mesmas, bem como (ii) das próprias instituições financeiras.

---

[145] SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário.* São Paulo: Atlas, 2005, p. 176 a 179.

Câmara dos Deputados
Fl. 7053
Comissões Técnicas

4.5 As impropriedades das insuficiências eventuais da conta de suprimento, mantida na Caixa Econômica Federal, pela União, nos termos do Decreto nº 8.535/2015

Ainda que tenham sido objeto de "ressalvas", dúvida não pode haver quanto ao permanente esforço do Governo Federal para eliminar todos os aspectos que o e. TCU considerou, em sede Acórdão nº 2461/2015, como "impropriedades" ou "faltas formais".

Conforme Nota à Imprensa, divulgada em 02/10/2015, pela Assessoria de Comunicação Social do Gabinete do Ministro da Fazenda, sobreveio o Decreto nº 8.535/2015, o qual "*disciplina aspectos relativos à contratação, gestão e execução orçamentária e financeira de serviços de instituições financeiras no interesse da execução de políticas públicas, bem como acerca das dotações orçamentárias alocadas em programações específicas no âmbito de Encargos Financeiros da União - EFU, da Lei Orçamentária Anual e de seus créditos adicionais, descentralizadas pela Secretaria do Tesouro Nacional.*" Esta é uma das tantas medidas a que se referè o parágrafo anterior. O caso é, pois, de incentivo à ação pública planejada e transparente.

Tratou-se, como menciona a Nota, de regramento voltado aos "*fluxos financeiros entre os órgãos e entidade do Poder Executivo e as instituições financeiras controladas pela União*", com vistas a fornecer maior previsibilidade e equilíbrio às contas públicas, e, em conformidade com a orientação do TCU proposta pela ressalva, vedou a possibilidade, em contratos de prestação de serviços financeiros, da ocorrência de insuficiência de recursos, por parte da União, por período superior a cinco dias úteis.

Doravante, como deixa claro o mencionado Decreto nº 8.535/2015, "*é vedado aos órgãos e entidades do Poder Executivo federal firmar contrato de prestação de serviços com instituições financeiras, no interesse da execução de políticas públicas, que contenha cláusula que permita a ocorrência de insuficiência de recursos por período superior a cinco dias úteis.*" (Art. 3º, *caput*). Ademais, corretamente, restou inadmitida "*a existência de saldos negativos ao final de cada exercício financeiro.*" (Art. 3º, § 3º).

Uma leitura apressada das normas acima, poderia conduzir à conclusão de que os serviços financeiros contratados teriam natureza jurídica de *antecipação*

Câmara dos Deputados
Fl. 7054
Comissões Especiais

bancária; modalidade esta sim de "operação de crédito". Este raciocínio, todavia, não resiste a um exame jurídico mais rigoroso.

É que, pelo contrato (autônomo) de *antecipação bancária*, a instituição financeira entrega, ao seu cliente, o adiantamento de uma soma, mediante prévia constituição de uma garantia em títulos, mercadorias ou documentos representativos dessas, cujo valor mantenha relação constante com dita soma antecipada. Nas palavras de Nelson Abrão:

> "(...) a *antecipação* consiste numa oferta de garantia real (I) visando a um adimplemento pecuniário (II). Donde podemos conceitua-la como sendo contrato pelo qual o banco adianta uma importância contra a garantia real de certos bens. (...) A três figuras contratuais costuma se assemelhar a antecipação bancária: ao mútuo com garantia pignoratícia, à abertura de crédito e ao desconto. Se é verdade que ela tem em comum com esses três contratos o fato de tratar-se, em última análise, de um empréstimo, deles diverge em pontos fundamentais. Assim, no mútuo com garantia pignoratícia e na abertura de crédito, o penhor aparece como figura acessória, enquanto na antecipação é essencial; no desconto, há uma cessão de crédito com a transferência da propriedade dos títulos representativos destes créditos, enquanto na antecipação os títulos dados em garantia remanescem de propriedade do cliente. Tem, pois, a antecipação aspecto de contrato autônomo pelo fato de consistir na entrega de bens contra a obtenção de um adiantamento em dinheiro, de valor proporcional (sempre inferior) ao dos bens ofertados, para que assim o banco se forre a uma eventual depreciação deles."[146]

De igual sentir é a lição de Pontes de Miranda:

> "*Adiantamento bancário* é o contrato pelo qual, tendo-se dado em garantia algum bem, o banco põe à disposição do outorgado quantia que é percentual ao valor do bem dado em garantia, tendo o banco a pretensão a exigir o aumento da garantia, se ela diminui, para que se mantenha a quantia fixada, proporcionalmente, como máximo de disponibilidade, e o outorgado a pretensão a pedir parte da garantia, com a diminuição da quantia posta à disposição. (...) Se o outorgado quer, pode retirar parte da garantia, se, com isso, não desrespeita o percentual, ou se previamente o

[146] ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145 e 146.

Câmara dos Deputados
Fl. 7055
Comissões Especiais

evitou, com restituição antecipada. No mútuo com direito real de garantia, não se procede assim (há o princípio da *individualidade do penhor,* da *hipoteca*, ou da caução). No adiantamento bancário, há, de regra, a permissão de restituição parcial, o que, no mútuo, só existe se houver cláusula neste sentido."[147]

Ocorre que o aludido Decreto nº 8.535/2015 não faz sequer menção a garantias pignoratícias ou equivalentes, a afastar, do presente caso, a figura jurídica do *adiantamento bancário*.

Poderiam remanescer dúvidas, todavia, quanto ao contrato de *abertura de crédito*. Este constitui, a seu turno, operação de crédito, por meio da qual "*o banco coloca certa soma em dinheiro à disposição da outra parte, que poderá dela se utilizar ou não, mediante certas contraprestações.*"[148] Trata-se de operação de crédito, que não se confunde com o *mútuo*, em razão da diversidade de causa: na *abertura de crédito*, a falta de utilização da soma creditada não tem significado de adimplemento contratual; diversamente, no *mútuo*, constitui inadimplemento o fato de o mutuário não tomar como seus os valores mutuados.

Nos contratos de *abertura de crédito*, alguém se vincula a por soma de dinheiro, que permanece sua, à disposição de outrem, por determinado tempo, ou por tempo indeterminado. Nestes termos, o creditado terá crédito líquido e certo, podendo exigir a prestação a qualquer momento. A *abertura de crédito bancário* constitui espécie deste gênero.

A abertura de crédito, então, diz sobre a atribuição, ao creditado, de um poder. Deste modo, reputa-se elemento essencial a esta figura contratual a definição precisa deste "poder", na forma da quantificação do crédito disponibilizado pela instituição financeira, o que, mais uma vez, não foi previsto pelo aludido Decreto nº 8.535/2015.

Ainda que, na abertura de crédito, os recursos permaneçam em propriedade da instituição financeira – *diferentemente do mútuo* – impõe-se que exista consenso quanto ao montante dos recursos disponibilizáveis, ao creditado, para que se repute nascido o contrato.

---

[147] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Tomo XLII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 27 e 28.

[148] ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169.

Câmara dos Deputados
Fl. 7056
Comissões Especiais

É o que bem esclarece Pontes de Miranda:

> "Quando, no contrato de abertura de crédito, o outorgado retira dinheiro, não está a tomar emprestado. Não há, em tal ato, negócio jurídico; o que há é exercício de pretensão, que a eficácia do contrato de abertura de crédito criara ao outorgado. Quanto o outorgado retira parte da quantia, ou tôda a quantia, o outorgante *adimple*. Há tradição do dinheiro, e não negócio jurídico, seja de mútuo seja outro qualquer. (...) Na abertura de crédito, o outorgado adquire direito e pretensão aos levantamentos, é credor do crédito aberto. (...) Na abertura de crédito, há outorga de poder de disposição sobre bem de outrem. (...) O contrato de abertura de crédito tem de dizer *como* se há de levantar o que se põe à disposição do creditado (aliás, do que se deve pôs à sua disposição), *onde* e *quando*, inclusive *desde quando* e *até quando*."[149]

Os serviços financeiros, previstos pelo Decreto nº 8.535/2015, também, não ostentam a natureza jurídica de *contrato de mandato de renda*, segundo o qual A entrega a B dinheiro ou certo bem fungível, para que B o empregue e lhe pague a renda; contrato este que, de modo nenhum, confunde-se com o mútuo, em razão da álea envolvida.[150]

E nem se confudem com o *contrato de desconto*, através do qual, quem desconta (descontante) recebe do descontatário crédito contra terceiro, por cessão *pro solvendo*, deduzidos do importe do crédito os interesses do desconto.[151]

Por fim, cumpre verificar se o caso é de *contrato de conta corrente*.

Este é negócio jurídico que funciona como recurso técnico-jurídico para facilitar a manutenção de relações negociais diversas entre as partes envolvidas, de modo que, ao invés de proceder a um acerto, a cada operação negocial, lançam-se os créditos e os débitos de cada uma, em formato contábil, verificando-se o saldo eventualmente existente, apenas, no momento do

---

[149] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Tomo XLII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 59.

[150] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Tomo XLII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 25.

[151] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Tomo XLII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 26.

Câmara dos Deputados
Fl. 7057
Comissões Especiais

encerramento da conta, em prazo ajustado por lei, ou pela vontade. Neste cenário, operação de crédito haverá, apenas, quando do encerramento da conta, em caso de débito mantido por uma parte, em face da outra. Só a partir deste marco temporal, é que exsurge, juridicamente, a prestação creditícia.

E não é outro o entendimento do notável Nelson Abrão:

"*É, pois, um contrato pelo qual dois empresários resolvem lançar, sob representação contábil os créditos dos valores que um presta ao outro, em decorrência de atos negociais, no seu todo, ou em parte, sejam eles bens e serviços, verificando-se o saldo no encerramento convencional ou legal, o qual, só a partir daí, se torna exigível.*

Daí resulta que: a) se as partes não convencionaram colocar todas as operações de conteúdo econômico que praticam em uma só conta, podem levar certos valores, oriundos das operações, particulares, particulares, a contas separadas; b) as partes podem estipular um prazo de duração do contrato ou então que ele se finde após abranger operações predeterminadas; c) é lícito convencionar o limite máximo de obrigações que uma das partes assume perante a outra, mas não que uma opere com vantagem em relação à outra, porque, então, 'não surgiria a conta corrente'; d) na vigência da conta, nenhuma das partes pode considerar-se credora da outra.

Finalmente, no contrato, as partes podem convencionar os juros a incidir durante a fluência da conta e sobre o saldo a ser apurado no encerramento.

Na modernidade e na escassez do tempo livre, a realidade indicativa do priorizar o entabular da operação mostra vantagem de ambos os lados, pois enquanto o tomador tem data certa para aprazar o pagamento, o credor, sem outras formalidades, dispõe do mecanismo de recebimento catalogado."[152] (sem grifos no original)

Nos termos acima, resta claro que os serviços financeiros, tratados no bojo do Decreto nº 8.535/2015, assemelham-se, em muito, ao contrato de *conta corrente*. Não diz respeito a "operação de crédito", a *mera tolerância*, por parte

[152] ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 221 e 222.

Câmara dos Deputados
Fl. 7058
Comissões Especiais

da instituição financeira, de saldo a descoberto, pelo Poder Público, no curtíssimo prazo de que trata o citado diploma infralegal.

Em termos estritamente jurídicos, os quais não podem ser desconsiderados para fins de aplicação açodada da vedação constante no art. 36 da LRF, crédito em favor da instituição financeira, como dito, somente exsurgiria, no mundo do Direito, quando do encerramento da conta. E, neste particular, o aludido Decreto nº 8.535/2015 foi claríssimo: "*É vedada a existência de saldos negativos ao final de cada exercício financeiro*" (art. 3°, § 3°); sendo certo que este é o lapso temporal de existência da conta.

Na lição de Eduardo Salomão Neto, a simples *tolerância de saldo negativo em conta corrente*, pela instituição financeira, não constitui operação de crédito, mas "mera forma de operação", sem a criação de direitos para o Poder Público."[153] Portanto, mesmo antes do Decreto nº 8.535/2015, a matéria jurídica não se viu assentada pelo Acórdão nº 2461/2015. Uma inovação absoluta, pretendida pelo Relator, tanto em matéria de contabilidade pública, quanto no próprio Direito Bancário, que certamente será, o Brasil, único no mundo em tão inusual entendimento.

Na hipótese vertente, não se verificou, em face da ausência de título de crédito, repita-se, qualquer operação apta a infringir a lei fiscal. Não se pode dizer, também, que houve simulação capaz de comprometer os programas sociais do Governo. Ao contrário, estes foram assegurados e os serviços foram prestados com regularidade. Assim, eventual concessão de prazo para pagamento jamais poderia configurar um fato de natureza grave.

De se ver, pois, que a aplicação de efeito suficiente para declarar as "contas irregulares" é um excesso, na medida que a "ressalva" seria em tudo suficiente para dirigir a conduta da União, mesmo que a orientação não encontre guarida na doutrina mais qualificada do Direito Bancário, unicamente por respeito à v. decisão do Acórdão nº 2461/2015.

Em conclusão, o serviço financeiro de *tolerância de saldo negativo em conta corrente* não se equipara a "operações de crédito", para os fins do art. 36 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Seja como for, ainda que a orientação do egrégio TCU seja diversa, a ressalva foi cogente e suficiente para modificar a

[153] SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito Bancário.* São Paulo: Atlas, 2005, p. 216.

Câmara dos Deputados
Fl. 7059
Comissões Especiais

quase secular compreensão da doutrina do Direito Bancário, o que certamente trará impactos não só para os bancos públicos, como igualmente para os bancos privados, em nítida medida de intervenção estatal na ordem econômica e financeira do País. Tudo para atender a "ressalva".

4.6 As subvenções econômicas feitas pela União em programas de financiamento promovidos por Bancos Públicos

No que toca às equalizações, feitas pela União, a título do Programa de Sustentação do Investimento – PSI, previsto na Lei nº 12.096/2009, importa fixar os conteúdos de alguns conceitos de Direito Financeiro – *a exemplo das subvenções* –, a fim de afastar arbitrárias equiparações a "operações de crédito público", com o fito de aplicar as vedações da LRF.

As subvenções encontram-se no *caput* do art. 70 da CF/88. Trata-se de auxílio que não se exaure na atuação da União, em favor de Estados e Municípios, mas igualmente, engloba os ajustes entre o Poder Público e entidades públicas – ou mesmo privadas – para o cumprimento de objetivos comuns, na formação jurídica de convênios.

Na lição de Regis Fernandes de Oliveira:

> "*Podemos definir subvenção como o auxílio financeiro, previsto no orçamento público, para ajudar entidades públicas ou particulares a desenvolver atividades assistenciais, culturais ou empresariais.*"[154]

Rafael Valim, em obra lapidar sobre o assunto, associa o tema das subvenções à atividade de fomento, no bojo do Estado Democrático de Direito. Para tanto, antes de conceituar o instituto em foco, o autor julga conveniente traçar as "características mínimas", às quais poderia ser reconduzido o tema da atividade de fomento, nos mais distintos ordenamentos jurídicos. Destaca, então, que, por meio da atividade de fomento, a Administração Pública, ao transferir bens, em favor de particulares, sem contraprestação, ou com contraprestação em condições mais favoráveis do que as do mercado, não distribui "benesses", senão que, simplesmente, implementa um meio legítimo para a consecução de finalidades públicas. Ademais, reconhece que a atividade de fomento é marcada

[154] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 668.

Câmara dos Deputados
Fl. 7060
Comissões Especiais

pela voluntariedade do particular, relacionando-se à ampliação da esfera jurídica destes, na forma de vantagem patrimonial.

Afastando-se de elementos acidentais que tenham marcado o tema, no Direito brasileiro, o autor, presentemente considerado, propõe uma definição restrita do instituto subvenção, assentando que esta corresponde "*a uma relação jurídico-administrativa típica, caracterizada por uma prestação pecuniária do Estado em favor de um sujeito de direito privado, ao qual corresponde aplicar os valores percebidos, desinteressadamente e com a concorrência de recursos ou bens próprios, no desenvolvimento de uma atividade revestida de interesse público.*" Para o autor, "*o fomento se limita aos denominados 'meios econômicos'*", disponibilizados pelo Estado, dos quais deriva vantagem patrimonial em favor do beneficiário, a título gratuito ou oneroso.

Convém notar que nem todas as medidas de fomento configuram técnicas de encorajamento de condutas, o que nos impede de afirmar que a atividade de fomento, em sua inteireza, constitua expressão da função promocional do Direito. Em rigor, apenas as transferências de bens e direitos preordenadas à satisfação indireta de interesses públicos, entre as quais se circunscreve a subvenção, prestam-se a persuadir os administrados a adotar certos comportamentos.

Em se tratando de subvenções, está-se, logo, diante de "obrigação de dar", devida pela Administração Pública, a qual tem por objeto vantagem – condicionada ou não –, representada por dinheiro público, que poderá ser exigido, pelo particular que se circunscreva aos termos e condições desta.

O tema está presente, no caso brasileiro, em diversas passagens do texto constitucional. Por força do art. 43, § 2°, restou a União autorizada a articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. O art. 165, especificamente dispondo de matéria afeita ao Direito Financeiro, faz remissão às agências oficiais de fomento (§ 2°), além de reconhecer a possibilidade de inserção, no bojo do ordenamento jurídico brasileiro, de subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia (§ 6°).

No âmbito do Direito Financeiro, as subvenções podem assumir duas feições: *subvenções sociais* e *subvenções econômicas*, em conformidade com o § 3° art. 12 da Lei n° 4.320/1964.

Câmara dos Deputados
Fl. 7061
Comissão Especial

Nos termos do art. 61 do Decreto nº 93.872/86, a subvenção econômica será concedida a empresas públicas ou privadas, de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril, mediante expressa autorização em lei especial. E o legislador permitiu, inclusive, a concessão de subvenções voltadas à cobertura de déficits de manutenção das empresas públicas, desde que expressamente autorizada na Lei de Orçamento ou em crédito adicional (art. 61, § 1º, do Decreto nº 93.872/86 e art. 18 da Lei nº 4.320/64).

Consideram-se, igualmente, como subvenção econômica, (i) a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou de outros materiais; (ii) o pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais.

Em suma, mediante as subvenções econômicas em tela, os governos cumprem o seu papel constitucional de fomento ao desenvolvimento da economia nacional.

No bojo dos arts. 17 a 19 da Lei nº 4.320/1964, encontram-se previstos alguns limites, voltados à concessão de subvenções econômicas; deixando expresso que esta modalidade de gasto público, como qualquer outra, deve atender a parâmetros de economicidade. Não é por outra razão que somente às instituições, cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização, serão concedidas subvenções (art. 17).

Comentando o art. 26 da LRF, o qual estabelece requisitos para a destinação de recursos públicos para o setor privado, Maria Sylvia Zanella di Pietro aduz que isto ficará a depender de lei específica, impedindo que o legislador dê autorização genérica ou cheque em branco para o Poder Executivo fazer a destinação ao seu exclusivo critério. E, para a autora, "entende-se que a lei específica é da mesma esfera de governo a que se refere o orçamento; fora dessa hipótese, a exigência de lei específica não tem fundamento constitucional."[155]

À guisa de complementação dos parágrafos antecedentes, cumpre-se destacar que, nos termos do art. 19 da Lei nº 4.320/1964, também poderão receber ajuda financeira do Estado, a qualquer título, as empresas *de fins*

[155] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentário ao art. 26. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder (organizadores). *Comentários à lei de responsabilidade fiscal.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 226.

Câmara dos Deputados
Fl. 7062
Comissões Especiais

lucrativos, desde que as subvenções tenham sido expressamente autorizadas em lei especial. Neste sentir, não se pode imaginar que os valores despendidos, pela União, em favor de instituições financeiras, com propósitos lucrativos claros – *o que é medida excepecional, autorizada pela Lei nº 12.096/2009* – constitua forma disfarçada de operação de crédito. Como?

Em razão da citada Lei nº 12.096/2009, restou a União autorizada a conceder *subvenção econômica*, até 31 de dezembro de 2015, (i) ao BNDES, em algumas operações de financiamento estratégicos, e (ii) à Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, destinados à modalidade de inovação tecnológica, sob a modalidade de equalização de taxas de juros (art. 1º).

E o legislador, corretamente, ocupou-se em limitar o valor total dos financiamentos subvencionados, pela União, ao montante de até R$ 452.000.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta e dois bilhões de reais (art. 1º, § 1º). De igual forma, cioso da qualidade do gasto público, condicionou o pagamento das equalizações em tela à comprovação da boa e regular aplicação dos recursos e à apresentação de declaração de responsabilidade pelo BNDES ou pela FINEP, para fins de liquidação da despesa (art. 1º, § 3º).

Está-se, portanto, a tratar de *subvenção econômica regular*, a qual constitui, em realidade, esforço da União, devidamente autorizada por processo democrático, voltado ao incremento do perfil econômico do País.

Realiza-se, deste modo, fim constitucional expressamente previsto nos art. 218 e 219 da CF/88, segundo o qual o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. E o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País.

Tamanha é a relevância do fim constitucional assinalado acima, que este restou excepcionado das vedações e controles legislativos expressos, previstos no art. 167 da CF/88. Confira-se:

> "*Art. 167. São vedados: (...) § 5º A transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra poderão ser admitidos, no âmbito das atividades de ciência, tecnologia e inovação, com o objetivo de viabilizar os resultados de projetos restritos*

Câmara dos Deputados
Fl. 7063
Comissões Especiais

a essas funções, mediante ato do Poder Executivo, sem necessidade da prévia autorização legislativa prevista no inciso VI deste artigo."

Com vistas a confirmar a conclusão ora posta, Rafael Valim, ao tratar do conteúdo da relação jurídica subvencional, deixa claro que o dinheiro público, recebido pelo particular – tal como ocorre nas equalizações em comento – "não remunera uma prestação, ou seja, não configura preço (....) Isto conduziu o Professor Geraldo Ataliba a assinalar, corretamente, o caráter não remuneratório e não compensatório da subvenção." Neste particular, convém relembrar que, nas subvenções, somente o custo da atividade subvencionada, no caso, o valor das equalizações (por certo corrigido monetariamente e com eventuais juros compensatórios da perda de investibilidade dos recursos destinados aos particulares a taxas inferiores àquelas contratáveis no mercado), é coberto pelo Estado; não podendo a subvenção converter-se em fonte de lucro para os bancos públicos.

O fato de a subveção protrair-se no tempo não infirma as conclusões a que aqui se chega: não se confunde a subvenção econômica da Lei nº 12.096/2009 com "operações de crédito".

Em outro giro, dita subvenção econômica constitui regular manifestação da "*conveniência típica de polícia administrativa*" – na expressão tomada por empréstimo da obra de Regis Fernandes de Oliveira[156] – realizando fins constitucionais expressos e sem descurar, como visto, de controles quanto à boa realização do gasto público, além de respaldo em lei, representativa de consenso democrático quanto à destinação de recursos em setor do mais relevante interesse nacional.

Diante dessas considerações, ao nosso ver, o pagamento de subvenções realizadas, pela União, ao BNDES e ao Banco do Brasil S/A, como a qualquer outra instituição financeira, não se presta a caracterizar a noção jurídica de "operação de crédito", definida no inciso III do art. 29 da Lei Complementar nº 101/2000. Ainda que economicamente possa ser factível qualquer ilação desse jaez, os termos jurídicos não se prestam a confirmar a equiparação. Como já realçamos fartamente, a forma jurídica que a lei outorga à subvenção, sua causa, propósitos e fim, diferenciam-na claramente de uma operação de crédito. No

[156] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 671.

Câmara dos Deputados
Fl. 7069
Comissões Especiais

caso, expressamente, a União não firmou contrato voltado à obtenção de crédito, do quanto foi possível compreender das alegações lançadas no Acórdão nº 2461/2015. E não se vê provado que os juros pudessem ter relação com algum fruto de compromisso financeiro de crédito perante o Banco do Brasil S/A ou o BNDES. Na falta de pagamento, evidencia-se, na espécie, típico caso de inadimplência junto aos bancos públicos citados pelo descumprimento da portaria, sem qualquer vínculo contratual.

Em face do conceito restritivo de "operações de crédito", definido em lei expressa, o propósito constante do Acórdão nº 2461/2015 de aplicar a limitação contida no art. 36 da LRF a qualquer inadimplemento da União, junto a instituições financeiras, deve ser considerado como **vedado**. Esta, porém, é inovação afirmada em "ressalva", a qual pode justificar oportuna acomodação da União aos seus ditames, uma vez ratificada pelo Congresso Nacional, mesmo que na doutrina jurídica não se possam confundir ou equivaler.

Entrementes, diante da proibição de surpresa, a sanção mais gravosa, de irregularidade das contas públicas, não se justifica na espécie. Segundo nosso entendimento, a aprovação das contas deveria ocorrer, mas o Congresso Nacional é soberano para autorizar, isto sim, a *aprovação com ressalvas* das contas públicas federais, nos moldes do art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92.

4.7. Os adiantamentos concedidos, pelo FGTS, à União, para cobertura de despesas no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi instituído pela Lei nº 5.107/1966, alterado pelo Decreto-Lei nº 20/1966, e posteriormente regulamentado, respectivamente, pelo Decreto nº 59.820/1966 e pelo Decreto nº 61.405/1967. Tratou-se de mecanismo criado, pelo Governo Federal, na forma de conta vinculada ao contrato de trabalho, com vistas à proteção do trabalhador, na demissão sem justa causa e na aposentadoria, bem como à proteção dos dependentes do trabalhador falecido.

Câmara dos Deputados
Fl. 7065

A legislação instituiu, inicialmente, sistema opcional para o empregado[157], mas obrigatório para o empregador, pelo qual este deveria contribuir, mês a mês, para um fundo bancário, vinculado a determinadas finalidades relativas à assistência ou à previdência sociais. Este novo sistema, que revogava as contribuições destinadas a fundos congêneres representou alternativa à estabilidade decenal, prevista no art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho.[158] Podia, então, o trabalhador optar pela estabilidade no emprego, adquirida, em regra, após dez anos de serviço, ou pelos depósitos de FGTS, em conta vinculada, a serem sacados nas hipóteses legais.

Com a Constituição Federal de 1988, o FGTS se consolidou, efetivamente, como garantia fundamental do trabalhador, a qual restou expressamente insculpida em seu art. 7º, transformando-se em regime jurídico não mais opcional, aplicado para todos aqueles submetidos ao regime da CLT. Confira-se:

> "Art.7°. *São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*: (...) III – *fundo de garantia do tempo de serviço*."

O FGTS ganhou nova conformação normativa, em 1989, com o advento da Lei nº 7.839, que revogou a citada Lei nº 5.107/1966 e o Decreto n. 98.813/1990. Nesse mesmo ano, seria, novamente, reformulado pela Lei nº 8.036/90, a qual, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto nº 99.684/1990, com acréscimos seguintes da Lei nº 8.844/1994. Nesse novo cenário legislativo, coube, ao Ministério do Trabalho, fiscalizar e apurar as contribuições devidas ao FGTS, com o auxílio da Caixa Econômica Federal.

---

[157] Na detalhada lição de Amauri Mascaro Nascimento: "No regime da Constituição de 1967 e da Lei nº 5.107, de 1966, ao ser admitido em cada emprego, cabia ao trabalhador fazer uma opção entre o sistema do fundo de garantia e o sistema anterior, da indenização e estabilidade após dez anos de trabalho. Optando, não teria direito à indenização, substituída pelos depósitos do fundo de garantia, nem obteria estabilidade aos dez anos. Coexistiriam, no entanto, a situação de optante e as estabilidades provisórias, cujos fins são outros." (*Direito do Trabalho na Constituição de 1988*, Saraiva: São Paulo, 1989, p. 92 e ss.)

[158] Referidos *fundos congêneres* ora foram substituídos, ora foram incorporados pelo FGTS. A título de exemplo, citam-se o Fundo de Indenizações Trabalhistas (Lei nº 4.357/64), o fundo destinado ao Banco Nacional de Habitação (Lei nº 4.380) e o Fundo de Assistência ao Desemprego (Lei n. 4.923/65). Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. *A natureza tributária da contribuição do FGTS*, RDA 112, 1973, p. 27 e 28.

Câmara dos Deputados
Fl. 7066
Comissões Especiais

Com essas brevíssimas considerações, apenas à guisa de preâmbulo à questão a ser enfrentada, passa-se a destacar as funcionalidades jurídicas do FGTS, como fonte de custeio, cara à satisfação de objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nos fundos de captação compulsória – *provident funds* – as restrições impostas aos saques garantem um fluxo perene de entradas e, por conseguinte, o acúmulo de volumes significativos de recursos, com certa estabilidade e permanência. Por essas características, estes fundos são, em muitos casos, canalizados para o financiamento habitacional.[159]

Ostentando a feição de um *provident fund*, o FGTS, no Brasil, desde o momento de sua criação, destinou-se a enfrentar duas questões prementes: (i) prover alternativa ao regime de estabilidade decenal seletista, com vistas à extinção deste, como dito linhas acima; e (ii) captar recursos para o recém lançado *Sistema Financeiro de Habitação*.

Em complementação ao parágrafo antecedente, não é ocioso registrar que a capacidade de financiamento habitacional, por meio do FGTS, para atender a populações de baixa renda, resta cristalina, quando identificada a baixa remuneração, a título de juros, dos valores depositados nas contas dos trabalhadores. Confirma-se, deste modo, o FGTS como fonte barata de *funding* habitacional.[160]

De há muito, e sem contestação do e. TCU, o Governo Federal tem aplicado os recursos do FGTS, em benefício de programas de aquisição de moradia popular, programas de saneamento básico e de infraestrutura.

A questão habitacional ocupa lugar de destaque entre os fins do nosso Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal vigente é fértil em disposições neste sentir. Compete, à União, instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, o que inclui a habitação, o saneamento básico e a política de transportes urbanos (art. 21, XX); o que é compartilhado, de certo

---

[159] ELOY, Claudia Magalhães. *O papel do Sistema Financeiro da Habitação diante do desafio de universalizar o acesso à moradia digna no Brasil.* 2013. p. 24. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.

[160] A Lei nº 5.705/1971, por exemplo, fixava as taxas de juros do FGTS, ora tratadas, no percentual de 3% a.a..

Câmara dos Deputados
Fl. 7067
Comissões Especiais

modo, com os Estados, Distrito Federal e Municípios, que, por força do texto constitucional, devem promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX). Por certo, a moradia foi expressamente apontada, pelo constituinte, como direito social (art. 6º), sem o qual se torna impossível alcançar a dignidade da pessoa humana, fundamento do modelo de Estado Democrático de Direito, instaurado no país (art. 1º, III). Justifica-se, assim, a concessão de crédito habitacional, ao Programa Nacional de Habitação, que integra o Sistema Financeiro Nacional, criado em 1964.

O Programa Nacional de Habitação ampara-se em dois pilares: (i) o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE); e o (ii) Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Esta é a "espinha dorsal de *funding*" da política habitacional, à medida que ditas fontes têm alto poder de captação de recursos, a taxas inferiores do que aquelas cobradas no "livre mercado".[161]

Cumpre recordar que os recursos do Programa Nacional de Habitação sempre foram geridos pelo Banco Nacional da Habitação (BNH). Com a extinção deste, em 1986, ditos recursos passaram para a Caixa Econômica Federal, que, assim, assumiu diversas funções relativas ao FGTS, centralizando os recebimentos deste fundo desde 1988 (Decreto-Lei nº 2.408/1988). Interessa ressaltar, ainda, que, em 2003, o Ministério das Cidades passou a ditar a aplicação dos recursos do FGTS. Deste modo, estabeleceram-se, com maior ênfase, metas para os programas de habitação e infraestrutura no país. E a Resolução CCFGTS nº 460/2004 permitiu que parte da receita líquida obtida pelo FGTS – gerada pela diferença entre a rentabilidade auferida nas aplicações financeiras e o rendimento pago aos depósitos – fosse utilizada para subsidiar diretamente os mutuários de menor renda, em financiamentos habitacionais. Como não poderia ser diferente, o "Programa Minha, Casa Minha Vida" consiste numa decorrência direta deste cenário, com a utilização do FGTS como pilar de sustentação da política habitacional brasileira, em plena conexão com suas finalidades.

---

[161] ELOY, Claudia Magalhães. *O papel do Sistema Financeiro da Habitação diante do desafio de universalizar o acesso à moradia digna no Brasil.* 2013. P. 2. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.

Câmara dos Deputados
Fl. 7068
Comissão Especial

A universalização do acesso à moradia digna no País, repita-se, constitui meta do Programa Nacional de Habitação. Para tanto, certamente, concorre o aludido "Programa Minha Casa, Minha Vida" que, nas palavras de Claudia Magalhães Eloy, "constitui *mix* de recursos orçamentários e onerosos, reconhecendo finalmente que o subsídio é condição *sine qua non* para o acesso à moradia pelos agentes de menor renda da população."[162]

Nestes termos, inseriu-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 11.977/2009, traçando as diretrizes do citado "Programa Minha Casa, Minha Vida" (PMCMV), ademais da regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

Conforme o art. 1º da Lei nº 11.977/2009, resta claro que PMCMV tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais). Trata-se de programa complexo, o qual se volta não só à habitação urbana, mas, igualmente, à habitação rural; daí porque a política de incentivos em tela contempla dois programas distintos: (i) o Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU); e (ii) o Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR).

Para fins da política de incentivos à correção do déficit habitacional, no País, ora considerada, a União, observada a disponibilidade orçamentária e financeira, na forma do art. 2º da citada Lei nº 11.977/2009, poderá adotar diversas medidas. Dentre estas, citam-se (i) a possibilidade de concessão de subvenção econômica aos beneficiários pessoas físicas, no ato da contratação de financiamento habitacional (inciso I) e (ii) a possibilidade de concessão de subvenção econômica, por meio do BNDES, sob a modalidade de equalização de taxas de juros e outros encargos financeiros, especificamente nas operações de financiamento de linha especial para infraestrutura em projetos de habitação popular (inciso V).

---

[162] ELOY, Claudia Magalhães. *O papel do Sistema Financeiro da Habitação diante do desafio de universalizar o acesso à moradia digna no Brasil.* 2013. P. 3. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.

Câmara dos Deputados
Fl. 7069

Especificamente sobre o aludido Programa Nacional de Habitação Rural, a Lei nº 11.977/2009, em seu art. 11, deixou claro que este tem, por finalidade, a concessão de subsídios econômicos, relacionados à produção ou reforma de imóveis para agricultores familiares e trabalhadores rurais, por intermédio de operações de repasse de recursos do orçamento geral da União ou de financiamento habitacional com recursos do FGTS, desde 14 de abril de 2009. Neste sentir, ocupou-se o legislador em antever que, enquanto não efetivado o aporte de recursos em tela, caso o agente, operador do FGTS, tenha suportado ou venha a suportar, com recursos das disponibilidades atuais do referido fundo, a parcela da subvenção econômica de que trata o *caput*, terá direito ao ressarcimento das quantias desembolsadas, devidamente atualizadas pela taxa Selic (art. 12, § único).

E o art. 82-A da Lei nº 11.977/2009 consignou que, enquanto não efetivado o aporte de recursos necessários (i) à concessão de subvenção econômica, aos beneficiários pessoas físicas, no ato da contratação de financiamento habitacional, bem como (ii) à concessão de subvenção econômica, relacionada à produção ou reforma de imóveis para agricultores familiares e trabalhadores rurais, observado o disposto na lei orçamentária anual, o agente operador do FGTS, do FAR e do FDS, que tenha utilizado as disponibilidades dos referidos fundos em contratações no âmbito do PMCMV, terá direito ao ressarcimento das quantias desembolsadas, devidamente atualizadas pela taxa Selic.

Destarte, duas situações devem restar claramente definidas, a fim de que se afastem discussões inúteis, quanto à aplicação dos limites e consequências da Lei de Responsabilidade Fiscal. Vamos a cada uma delas.

Há operação de crédito entre a Caixa Econômica Federal (empresa pública) e os beneficiários do PMCMV, na forma tradicional de um financiamento, por intermédio de contrato de mútuo bancário. Neste caso, os empréstimos concedidos seriam equivalentes a financiamento público, realizado pela referida instituição financeira, na qualidade de executora da política creditícia e financeira do Governo Federal, devendo, neste sentir, pautar-se pelas diretrizes de transparência e economicidade, que devem acompanhar a gestão proba da coisa pública.

Câmara dos Deputados
Fl. 7070
Comissões Especiais

De outra banda, a utilização temporária de recursos do FGTS, pela União, para fins de concessão das subvenções econômicas, nos termos da Lei nº 11.977/2009, atende à finalidade institucional do referido *provident fund*, com vistas à realização da política habitacional pátria.

Por conseguinte, cabe ao FGTS contribuir para a concessão de empréstimos, aos particulares, abaixo de valores praticados no "livre mercado", com vistas à realização de importante fim constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro, sem que isso configure qualquer "falta formal" ou "dano ao erário", na forma do art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92.

Ora, na situação sob referência, o referido fundo cumpre a sua função jurídica sem que isto represente uma operação de crédito que, como visto, nos termos estritos da LRF, pressuporia a existência de um contrato, entre a União e o fundo, acrescido da vontade desta última de contrair uma dívida. O caso é, pois, de uma alocação contábil temporária, feita pelo Poder Executivo, devidamente autorizado pela Lei nº 11.977/2009; alocação, esta, a qual é periodicamente desfeita, sem quaisquer prejuízos ao FGTS, na medida que a capacidade financeira deste permanece inalterada, em razão da cláusula de correção monetária (pela taxa Selic), prevista pelo legislador, nos termos do art. 82-A da Lei nº 11.977/2009; cláusula esta que, inclusive, presta-se à remuneração do custo de oportunidade pela não disponibilidade dos recursos do fundo em tela.

Destarte, o Acórdão nº 2461/2015 do TCU opôs "ressalva" específica a este caso, que não configura operação de crédito, ao mesmo tempo em que não se pode presumir qualquer culpa na interpretação por parte dos órgãos de Governo, porquanto os procedimentos adotados guardam coerência com a finalidade legal do FGTS. Contudo, pelo princípio de proteção da confiança e da necessária previsibilidade, a proporcionalidade recomenda que este caso evidencie justificativa igualmente válida para assegurar a aprovação das contas como "regulares com ressalvas", como autoriza o art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92, diante da ausência de qualquer "dano ao erário".

4.8. O "Programa Bolsa Família"

Na sequência, cumpre explicitar a finalidade constitucional e legal do "Programa Bolsa Família", criado pela Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que consiste na unificação das ações de transferência de renda do Governo

Câmara dos Deputados
Fl. 7071
Comissões Especiais

Federal, por meio de Cadastramento Único. Neste, os recursos do "Fundo de Combate e Erradicação de Pobreza" são de caráter constitucional (art. 79 e 80 dos ADCT), vedada qualquer desvinculação de recursos (art. 81, § 1º dos ADCT) e prorrogado por tempo indeterminado pela Emenda constitucional nº 67, de 22 de dezembro de 2010. Esta é a vontade constitucional.

A demonstrar os controles e a gestão eficiente do Programa, em 2014, os processos de Averiguação e Revisão Cadastral promoveram o cancelamento de um total de 1.300.538 de famílias. No momento, este Programa totaliza 19.051.781 de Famílias com cadastro atualizado.

Como bem aponta o Professor Digo Coutinho, a Constituição de 1988 representou uma inflexão, ao enunciar, em contrapartida às práticas clientelistas passadas, direitos econômicos e sociais, e ao estruturar, em linhas gerais, um novo arcabouço jurídico-institucional para a política social. Destaca, então, o Autor que, a partir da década de 1990, ações de política pública, "previstas em sede constitucional, como obrigações positivas (isto é, obrigações de fazer) do Estado começaram a tomar corpo em vários campos, o que permitiu que certos direitos passassem a adquirir, de forma paulatina, maior grau de eficácia ou efetividade social como resultado de medidas de implementação disciplinadas por normas infraconstitucionais." A seu ver, este processo de mudanças, dotado de efeito redistributivo, findou por ensejar, a partir da década de 2000, a "redução sustentada da desigualdade, da pobreza e da miséria"; o que chamou de "ganhos de equidade".[163]

---

[163] Como observa Diogo Coutinho: "Como resultado, desafios e tensões inéditos de gestão pública vêm, na esteirado novo arcabouço da política social, construído no ambiente democrático pós1988, desafiando a capacidade do Estado brasileiro de oferecer respostas tanto para os imperativos de descentralização e orquestração, quanto para as exigências de participação e controle social. Assim, podese dizer que o desenho, a construção e a reforma de arranjos políticoinstitucionais existentes e novos passam a suscitar uma reflexão premente sobre como se estruturam e se relacionam as dimensões de *efetividade* – entendida como a existência de organizações, instrumentos e profissionais competentes, com habilidades de gestão e coordenação de ações na esfera governamental – e de *legitimidade*, isto é, concernente à existência de instituições representativas, participativas e deliberativas voltadas à inclusão de novos atores, à negociação de interesses, à construção de consensos e à formação de coalizões políticas de suporte." (*Capacidades Estatais no Programa Bolsa Família:* o desafio de consolidação do Sistema Único de Assistência Social. Texto para Discussão. Brasília: IPEA, 2013. Vol. 1, p. 19)

Câmara dos Deputados
Fl. 7072
Comissões Especiais

No contexto de mudanças ora exposto, merece ser apontado, justamente, o advento do Programa Bolsa Família – PBF (Lei nº 10.836/2004), resultante da reestruturação de programas de transferência de renda preexistentes, o qual objetiva: (i) combater a fome e incentivar a segurança alimentar e nutricional, (ii) promover o acesso das famílias mais pobres à rede de serviços públicos, (iii) apoiar o desenvolvimento das famílias que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza, (iv) combater a pobreza e a desigualdade e (v) incentivar que os diferentes órgãos do Poder Público trabalhem conjuntamente em políticas sociais que ajudem as famílias a superar a pobreza.

Nas palavras do Professor Diogo Coutinho, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *in verbis*:

> "*A operação do PBF também é descentralizada e compartilhada. Tanto em termos federativos ou verticais – isto é, entre governos federal, estaduais e municipais – quanto em termos federais ou horizontais – entre diferentes órgãos do nível federal, como ministérios, Caixa Econômica Federal (CAIXA) e órgãos de supervisão e controle –, a estrutura do programa se dá de forma transversal. Nesse desenho, como resultado de um processo de forte interação intersetorial, o Ministério da Educação (MEC) e o Ministério da Saúde são responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização do cumprimento de suas condicionalidades, assim como os municípios e estados, no bojo de um mecanismo de coordenação de tarefas e fluxo informacional no qual o MDS desempenha o papel de "hub", isto é, de ponto de conexão.*"[164]

O Programa Bolsa Família assume a forma de um *conditional cash transfer*, por meio de transferências diretas de recursos financeiros através da Caixa Econômica Federal, cujas famílias inscritas em Cadastro Único (CadÚnico), devem vacinar e acompanhar o crescimento de crianças menores de 7 anos, manter todas as crianças e adolescentes, entre 6 e 15 anos, matriculadas em escolas e com frequência mensal mínima de 85% da carga horária, dentre

[164] COUTINHO, Diogo R. *Capacidades estatais no Programa Bolsa Família:* o desafio de consolidação do sistema único de assistência social. Texto para discussão. Rio de Janeiro: IPEA, 2013, p. 9 e 10; p. 24.

Câmara dos Deputados
Fl. 7073
Comissão Especiais

outros. Tem-se, nisto, uma racionalidade indutora de comportamentos, os quais se revertem positivamente no campo da novel política social brasileira.[165]

O Acórdão nº 2461/2015 do TCU fixou "ressalva" sobre os repasses do Programa Bolsa Família. No desenho Constitucional, é objetivo da República (art. 3° da CF/88) o combate à pobreza. Logicamente, em qualquer conflito de interpretação ou de princípios, o que se apresenta como "objeto" do Estado não pode ser preterido ou desconsiderado por qualquer governante, e muito menos pelo órgão de assessoramento legislativo, na apreciação das contas públicas.

O combate à fome é a prioridade das prioridades. Tudo cede a este fundamental vetor axiológico de um Estado Democrático de Direito comprometido com a dignidade da pessoa humana (art. 1° da CF/88). Portanto, firme na coerência com os anseios constitucionais, a proporcionalidade deve ser empregada para autorizar, também quanto a este ponto, a aprovação das contas como "regulares com ressalvas", na forma do art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92, por não se ter qualquer "dano ao erário". A inovação das ressalvas, uma vez ratificada pelo Congresso Nacional, torna-se vinculante para assegurar a mudança de conduta contábil e financeira segundo as preferências da burocracia de contas. Nesta hipótese específica, ressalte-se que o efeito vinculante, resultado da referida decisão do e. TCU, acarretará a inversão dos princípios e da hermenêutica constitucional pátria, pois qualquer norma contábil prevalecerá sobre todo e qualquer princípio de direitos fundamentais e sociais, quando, ao contrário, deveriam prevalecer os *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil* (art. 3° da CF/88) ou da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil art. 1° da CF/88.

---

[165] A este respeito, Diogo R. Coutinho conclui que o Programa Bolsa Família e a assistência social, com seus respectivos arranjos político-institucionais, estruturaram-se como políticas públicas *unidas na ponta*, à medida que as estruturas do PBF, como visto, associam-se a mecanismos assistenciais presentes nos Municípios, por ele atendidos, mas separadas administrativamente no topo, a despeito de ambos comporem o Sistema Único de Assistência Social brasileiro. E este entrelaçamento "na ponta" seria benéfico, porquanto as estruturas da assistência social passam a ser alimentadas com recursos do PBF. (*Capacidades estatais no Programa Bolsa Família:* o desafio de consolidação do sistema único de assistência social. Texto para discussão. Rio de Janeiro: IPEA, 2013, p. 37 e 38)

Câmara dos Deputados
Fl. 7074
Comissões Especiais

Ao Estado impõese o respeito ao princípio de dignidade da pessoa humana como condição de existir da própria democracia. Se a soberania decorre do "povo", visto na sua totalidade, esta é a fonte de afirmação da condição necessária da liberdade, igualdade e dignidade dos indivíduos, unitária ou coletivamente considerados, o que somente pode ser alcançado pela efetividade dos direitos e liberdades sociais. Nas relações intersubjetivas, a garantia da dignidade humana, como lembra Werner Maihofer, conjugase com a garantia de solidariedade entre os homens. Não é por menos que a dignidade humana requer o combate à miséria, à pobreza ou às condições prejudiciais de trabalho ou de vida social. Eis a essência da democracia, pois, se o povo é o único detentor do poder, a dignidade e a solidariedade são os esteios de sustentação de toda democracia.

Por isso, cabe ao Estado o dever de realizar políticas de intervencionismo para reduzir essas diferenças, o que deve fazer em nome da dignidade da pessoa humana ou da solidariedade, para assegurar o aprimoramento das melhorias de vida do povo. Trata-se de verdadeiro dever de concretização da democracia, nos atos de escolhas públicas. Neste sentir, o princípio da dignidade da pessoa humana concorre para a justiça financeira, como fonte de legitimidade das redistribuições de rendas.[166]

Em vista disso, a Constituição não apenas prescreve a dignidade como também garante sua proteção, com controle de constitucionalidade e outras garantias formais e materiais. O Estado Democrático de Direito, como ordem axiológica, está obrigado à busca do bemestar e dignidade de todos.

O aumento do gasto público é tema sempre recorrente. Desde a famosa "lei de Wagner", segundo a qual as despesas públicas tendem a crescer de forma contínua e mais rapidamente que a renda nacional, o limite da despesa é sempre questão de interesse entre economistas.[167] Logicamente, o assunto preocupa, pelo

---

[166] APOSTOLI, Adriana. *La svalutazione del principio di solidarietà*. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia. Milano: Giuffrè, 2012; CASADO OLLERO, Gabriel. Aspectos constitucionales del derecho financiero: elementos axiológicos y valorativos del derecho financiero. *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, v. 39, n. 203, p. 1158, 1989. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana*: teoria de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 174.

Câmara dos Deputados
Fl. 7075
Comissões Especiais

quanto pode gerar de danos à economia, a depender da forma como os gastos são praticados.

Após Wagner, o problema dos limites da despesa volta a ser explorado por Schumpeter, no seu *Crises do estado fiscal* (1918). Para ele, a capacidade fiscal do Estado encontravase limitada pela economia e, em especial, pela capacidade de absorção do pagamento dos tributos pelos particulares, quando a despesa pública tornase elevada ou excessiva. Era o caso da guerra que vivenciava. Como o excesso de despesas públicas poderia desencorajar os contribuintes a realizarem atividades econômicas, surgia, assim, a crise do Estado Fiscal.

E vieram, ainda, distintas teorias críticas e superadoras dos seus fundamentos, como foi aquela da *Public Choice*, pensada pelo economista suíço Wicksell (1896), mas ampliada pelos americanos James Buchanan e Gordon Tullock (1962), ao afirmarem que certo consenso eleitoral sobre determinada proposta poderia comportar custos e encargos elevados para os interessados ou apoiadores, em qualquer forma de processo eleitoral.

Nenhuma destas, porém, assenta-se na força da Constituição, ao definir o modelo de intervencionismo que se há de aplicar. O limite das despesas públicas depende de fatores econômicos, quanto à capacidade de absorção das funções do Estado, mas é especialmente uma questão de ordem política, a ser debatida segundo os procedimentos democráticos, na consecução dos fins constitucionais do Estado, e para a qual a preocupação com o limite é sempre legítima.[168]

METAS FISCAIS E RESPONSABILIDADE FINANCEIRA

Não descuramos, é certo, do papel da política na atuação do Estado, ao longo de toda a sua atividade financeira. A Constituição surge a partir do "poder

[167] Cf. WAGNER, Adolfo. *La scienza delle finanze*. Tradução de Maggiorino Ferraris e Giovanni Bistolfi. Torino: Unione Tipografica, 1891, p. 835.

[168] Como alude Juan Jorge Papier: "En el debate constitucional más reciente comienza a plantearse la posibilidad de una vinculación jurídicofundamental del legislador *en materia de gasto público*, es decir, se pretende en cierta medida adelantar la línea de defensa de los Derechos fundamentales frente a una exorbitante imposición de tributos por el Estado. Se ha construido así, sobre la base del art. 14.1 GG, un Derecho fundamental del ciudadano a una política estatal de gasto público conforme con el mandato de economicidad" (PAPIER, Juan Jorge. Ley Fundamental y orden económico. In: HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. 2a ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 576)

Câmara dos Deputados
Fl. 7076
Comissões Especiais

constituinte"; mas ela não apaga ou dilui a "soberania", que remanesce com o povo e poderá a qualquer tempo usála para renovar o *poder constituinte*.[169] Esta mesma soberania articulase entre órgãos e competências do Estado, para o cumprimento da Constituição, razão pela qual Direito e política são indissociáveis.

Como diz Gilberto Bercovici, "*a constituição não pode viver apenas da interpretação jurisdicional, pelo contrário, ela só pode ser realizada pela política democrática*".[170] Impedir ou criar embaraço ao Governo no cumprimento das suas metas e planos traçados em conformidade com aquilo que foi apresentado aos eleitores é uma forma de cercear o próprio desempenho das escolhas democráticas. Por conseguinte, todos os poderes devem concorrer para assegurar a governabilidade, quanto às escolhas e direcionamentos dados pelas decisões políticas. Dentre outras, essas decisões assumem capital importância na deliberação sobre as despesas públicas, suas modalidades, oportunidade e adequação entre meios e fins.

A cada momento, o Estado deve decidir como gerir seu patrimônio e alocar os recursos obtidos. Essa decisão é influenciada pela Economia e pela Política. Por meio das normas constitucionais habilitamse as condições para exercer o poder e limitar o Estado no seu agir. Assim, as Constituições Financeiras alinham regras para determinar os critérios das "escolhas" que se realizam por intermédio das decisões políticas. Dentre outras, a principal limitação é a legalidade.

A Constituição Financeira, é certo, tem a função de assegurar a efetividade de todos os direitos e liberdades fundamentais, o que deve fazer mediante adequado equilíbrio entre arrecadação e despesas públicas. Como visto, a preferência entre equilíbrio orçamentário e atendimento a necessidades coletivas,

---

[169] "La sovranità rimane piuttosto ivi contenuta potenzialmente e troverà il suo detentore concreto, di cui ha sempre bisogno, nell'autorità che sia in grado di decidere effettivamente in ultimo grado, in caso di conflitto, sul contenuto e sull'applicazione della costituzione" (BÖCKENFÖRDE, ErnstWolfgang. *Stato, costituzione, democrazia.* Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale. Tradução de Michele Nicoletti e Omar Brino. Milano: Giuffrè, 2006, p. 595). Cf. ZACCARIA, Giuseppe; VIOLA, Francesco. *Diritto e interpretazione*: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. 2a ed. Bari: Laterza, 2004, p. 390.

[170] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 325.

Câmara dos Deputados
Fl. 1077
Comissões Especiais

ainda que com aumento do gasto ou do débito público, é uma decisão política que só pode ser tomada com ponderação e avaliada conforme a Constituição e as escolhas manifestadas pelo voto, quando do escrutínio democrático e republicano.[171]

Sem dúvida por tais razões, as políticas públicas convertem-se em autorizações da lei orçamentária, LOA, que se vai executar, em consonância com a lei de diretrizes, LDO, que finalmente se harmonia com as prévias decisões políticas de capital, planificadas no PPA. Não raramente, os programas sociais de monta como "bolsa família"; "Minha Casa Minha Vida"; "Pro Uni"; "FIES"; "Subvenções – equalização de juros" à promoção das iniciativas empresariais, obras públicas e desenvolvimento tecnológico, entre tantos outros, todos eles são autorizados em lei expressa, específica, aprovadas pelo Congresso Nacional em documento legal autônomo às leis orçamentárias. São despesas sociais, de alta relevância, como despesa continuada. As leis orçamentárias, sucessivamente, tão somente renovam, reduzem ou aumentam as dotações orçamentárias dos respectivos créditos. E, finalmente, em razão dessas tomadas de posição, ponderadas à luz da Constituição e das escolhas manifestadas pelo voto, é que a execução da lei orçamentária pela Presidenta da República volta à apreciação do Congresso Nacional, único senhor, em última instância, por sua sensibilidade democrática, capaz de julgá-las adequadamente.

Poder Executivo e Poder Judiciário, como lembrava Hans Kelsen, SÃO PODERES EXECUTIVOS. No Estado de Direito, as grandes decisões político-jurídicas são tomadas pelo Congresso Nacional. Deixar de cumprir as leis e a Constituição é, antes de tudo, uma violação do Estado de Direito. As políticas públicas, as metas sociais e econômicas e os grandes escopos dos planos plurianuais configuram opções feitas, previamente, pelo Congresso Nacional. Há um consenso democrático participativo em que o Poder Executivo, como o nome indica, aplica, executa, operacionaliza, implementa, com legitimidade e a maior economicidade possível, as leis e a Constituição.

---

[171] Cf. BÖCKENFÖRDE, ErnstWolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 130. Cf. PINELLI, Cesare. Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario. In: RUGGERI, Antonio. *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 1994, p. 548 e ss..

Câmara dos Deputados
Fl. 7078
Comissões Especiais

Os controles da atividade financeira do Estado contribuem para o aperfeiçoamento da democracia. Por isso, é preciso evitar o gasto desnecessário, reduzir o peso da máquina burocrática e erradicar a corrupção, pelo quanto são danosos ao patrimônio público, ferem de morte as instituições democráticas e republicanas, impedem os avanços do Estado e afetam o patrimônio coletivo, ao inibir o evoluir da sociedade e prestações dos direitos sociais a serem atendidos. Quanto maior for a responsabilidade do gasto, maior o sentimento republicano.

Acerca do equilíbrio orçamentário e da sustentabilidade do gasto público, destaca-se, aqui, o inexóvel valor hermenêutico derivado do método do orçamento-programa, o qual, nas palavras de Fernando Rezende, dá "*ênfase no objetivo do gasto, em vez da simples preocupação com a categoria do dispêndio.*"[172] Este é, sem dúvidas, um dos mais significativos empenhos da Constituição Federal de 1988, ao fortalecer a função de *planejamento* ou de programa nas leis orçamentárias.

O método do orçamento-programa compreende (i) a avaliação e a comparação dos diferentes programas desenvolvidos pelo governo, quanto às respectivas contribuições para o alcance dos objetivos nacionais; (ii) a determinação de como estes objetivos, juridicamente preestabelecidos, podem ser atingidos com um mínimo de dispêndio de recursos; (iii) a projeção das ações governamentais para um horizonte de tempo superior ao período usual de um ano; e (iv) a revisão dos objetivos, programas e orçamentos à luz da experiência passada e de modificações na conjuntura, da realidade, em que estes se inserem.[173]

Todo planejamento pressupõe decisão política, como observa Gilberto Bercovici, na escolha das preferências entre fins e meios e medidas a serem realizadas. Neste processo há sempre o risco de se privilegiar o divórcio entre atividade financeira do Estado e Constituição Econômica, como se viu nos excessivos contingenciamentos orçamentários nos controles das crises do final da década de 90. Quando isso ocorre, e na ausência de planejamento, "*la finanza si è degradata in mera contabilità*", como sentencia Sabino Cassesse.[174] Contudo, excetuados casos complexos, como o controle de hiperinflação, a atividade

[172] REZENDE, Fernando. *Finanças Públicas.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 104.

[173] Para ais, vide: REZENDE, Fernando. *Finanças Públicas.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 105 e ss..

Câmara dos Deputados
Fl. 2079
Comissões Especiais

financeira do Estado deve ser compartilhada com as competências econômicas para atingir os objetivos e fins entabulados pela Constituição Econômica, nas funções dirigistas da economia.

O orçamento é um conjunto de normas jurídicas, veiculadas por leis periódicas, que tem a finalidade de autorizar as despesas e estimatimar receitas, concretizar direitos fundamentais, bem como perseguir metas, diretrizes, programas ou políticas públicas, com função de planejamento.

A partir dessas definições, podemse identificar ao menos cinco funções do orçamento no Estado Democrático de Direito, que seriam as seguintes:[175]

a) *Função de limitação legislativa* – ao autorizar a realização de despesas, o orçamento estabelece verdadeira limitação, à Administração Pública, por vinculação das autoridades à observância dos seus critérios, por parametricidade obrigatória.

b) *Função de planejamento* – ao orçamento cabe harmonizar o planejamento público nacional com as medidas de intervencionismo ou de dirigismo constitucional, segundo os planos e programas destinados a reduzir desigualdades regionais, redistribuição de rendas e promover o desenvolvimento nacional.

c) *Função de transparência* – com o orçamento temse a função de publicidade e transparência das contas públicas, mediante amplo acesso parlamentar, do povo e da opinião pública às estimativas de receitas e discriminação das despesas a serem autorizadas pelo Parlamento.

d) *Função de efetividade dos direitos e liberdades fundamentais*, tanto na atribuição de créditos orçamentários para esta missão, quanto pela proteção daqueles que possam suportar custos ou sacrifícios adicionais.

e) *Função de controle* – o orçamento permite o controle político pelo Poder Legislativo sobre a proposta orçamentária dos poderes e da Administração Pública em geral.

---

[174] CASSESE, Sabino. Tipologia della programmazione economica. In: GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* – La costituzione economica. Padova: Cedam, 1977, p. 301 a 306.

[175] Uma designação de funções do orçamento aproximada pode ser vista em: JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario*. 3a ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2003, p. 82.

Câmara dos Deputados
Fl. 7080
Comissões Especiais

Define-se o *orçamento público* como aquela lei aprovada pelo Poder Legislativo, a cada exercício financeiro, que veicula as receitas estimadas e autoriza as despesas a realizar, segundo os limites quantitativos e materiais dos créditos orçamentários, vinculantes para todos os órgãos do Estado; além de atender às funções de controle político e planejamento, conforme os fins de dirigismo ou intervencionismo econômico.

No seu aspecto formal, o planejamento é lei e, portanto, obriga a Administração ao seu fiel cumprimento. E, como lei, deve atender aos fins e valores constitucionais, com atribuição de recursos e meios suficientes para sua consecução.

Nesse particular, o planejamento vinculante inibe qualquer atuação em contrário e deve ser cumprido integralmente, inclusive no caso das leis orçamentárias.[176] Diante disso, a querela doutrinária sobre ser a lei de orçamento anual lei em "sentido formal", já não mais pode prosperar, entendimento superado até mesmo pela Jurisprudência do STF, desde 2003, consoante restou anteriormente esclarecido, de modo a garantir a unidade de lei formal e material, passível de controle de constitucionalidade e vinculante em todos os seus termos.

O controle do planejamento é fundamental, integrado aos controles das leis orçamentárias e ao próprio controle de constitucionalidade, para assegurar a continuidade dos fins e dos meios e, ao mesmo tempo, a segurança jurídica para o setor privado, no seu caráter indicativo.

Para tanto, já no momento de elaboração do orçamento-programa, importará que as despesas passem a ser classificadas por programas de governo, em detrimento da tradicional alocação por Ministérios ou Secretarias; o que tanto dificultava a quantificação dos recursos empregados.

Sobre o tema, clara é a lição de Adilson Abreu Dallari:

> "*Inversamente ao que ocorria durante a vigência do antigo Código de Contabilidade da União de 1922, quando a lei orçamentária primeiro estabelecia dotações para determinadas áreas, para que, depois, o Executivo decidisse como e em que aplicar os recursos autorizados;*

---

[176] Cf. FENGHI, Francesco. Programazione economica e modo di produzione capitalístico. In: GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* – La costituzione economica. Padova: Cedam, 1977, p. 235 a 262.

Câmara dos Deputados
Fl. 2082
Comissões Especiais

agora, primeiramente são decididas as ações a serem empreendidas durante o exercício financeiro subsequente, para que, então, sejam consignadas as respectivas dotações."[177]

Fazem-se necessários mecanismos de controle da qualidade da decisão orçamentária, o que enseja a análise de custos e resultados, a partir da avaliação das alternativas disponíveis, como tem sido repisado insistentemente neste Parecer.

Nestes novos moldes, o orçamento, de mera peça contábil, assume função expressiva na condução de políticas públicas, como instrumento de programação e planejamento da atividade econômica dos governos.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) trouxe título próprio para cuidar do "Planejamento", o qual inclui o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei de orçamento anual. Afastado o primeiro, em virtude de veto, as demais são qualificadas também pela função de planejamento, o que se verifica de modo impositivo e vinculante. Quanto à lei de diretrizes orçamentárias, importanos o § 1º de seu art. 4º, que define a obrigatoriedade de integrar o projeto um "Anexo de Metas Fiscais", em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes. Esse anexo conterá ainda uma avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior e criterioso demonstrativo das metas anuais, instruído com memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos, comparandoas com as fixadas nos três exercícios anteriores, e evidenciando a consistência delas com as premissas e os objetivos da política econômica, afora todas as informações relativas a receitas e despesas.

Conforme o art. 5º da Lei de Responsabilidade Fiscal, o projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar, conterá, obrigatoriamente, demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e metas constantes do Anexo de Metas Fiscais da

---

[177] DALLARI, Adilson Abreu. Orçamento Impositivo. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coordenadores). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2011, p. 315.

Câmara dos Deputados
Fl. 7082
Comissões Especiais

lei de diretrizes orçamentárias. E deverá ser acompanhado do documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição ("o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia"), bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado.

Cumpre ressaltar que a preocupação do Constituinte sobre a função de planejamento foi de tal ordem que o art. 166, § 1º, II, da CF, atribui, à Comissão Mista de Orçamento, competência para examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais, previstos a Constituição, além de exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária. Diante disso, naquilo que os projetos de lei orçamentária definem planos e programas nacionais, regionais e setoriais, a Comissão Mista de Orçamento emitirá parecer quanto à adequação e compatibilidade desses projetos com o que prescreve a Constituição e com o plano plurianual, em sessão específica e destacada dos demais itens do orçamento.[178]

Um dos mecanismos que se destaca na novel concepção de orçamento público, ora considerada, diz respeito às metas fiscais.

Idealmente, os aludidos objetivos do gasto público são explicitados na forma de metas a serem atingidas, pela Administração, tomando-se em consideração determinado lapso de tempo, previamente fixado, quando da fixação das primeiras. Deste modo, torna-se possível quantificar os objetivos almejados pelo governo.

O regime de metas fiscais surgiu para o exercício de 1999. Tratou-se de um dos compromissos assumidos com o FMI, relacionados ao ajuste fiscal e macroeconômico, que se fazia necessário no país.

Desde então, o tema sob referência tem sido destacado para fins da gestão da orçamentária e financeira nacional, sendo expressamente contemplado pela LRF, como fica claro em seus arts. 4º e 9º.

---

[178] Procedimento conforme o art. 113 da Resolução nº 1, de 2006CN, que dispõe sobre a Comissão Mista Permanente a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição.

Câmara dos Deputados
Fl. 7083
Comissões Especiais

O citado art. 4°, § 1°,[179] aduz que deverá compor a Lei de Diretrizes Orçamentárias Anexo de Metas Fiscais. O art. 9°, em nítido reforço à importância das metas fiscais em questão, diz respeito, precisamente, a mecanismos jurídicos corretivos, que deverão ser observados, quando impossibilitado o atingimento das assinaladas metas fiscais.

Confira-se o ilustrativo *caput* do art. 9° da Lei de Responsabilidade Fiscal, *in verbis*:

> "*Art. 9° Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os*

[179] "*Art. 4° A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2° do art. 165 da Constituição e:*

I - disporá também sobre:

a) equilíbrio entre receitas e despesas;

b) critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea b do inciso II deste artigo, no art. 9° e no inciso II do § 1° do art. 31;

c) (VETADO)

d) (VETADO)

e) normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos;

f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas;

II - (VETADO)

III - (VETADO)

§ 1° Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

§ 2° O Anexo conterá, ainda:

I - avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior;

II - demonstrativo das metas anuais, instruído com memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos, comparando-as com as fixadas nos três exercícios anteriores, e evidenciando a consistência delas com as premissas e os objetivos da política econômica nacional;

Câmara dos Deputados
Fl. 7084
Comissões Especiais

Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias."

As metas fiscais, ora referidas, funcionam como eficiente ferramenta de ajuste nas contas públicas, contribuindo para o alcance de superávit primário, necessário para reduzir, paulatinamente, a dívida pública, em proporção direta com o PIB, o que, por conseguinte, auxilia na recuperação da credibilidade do País.

Ressalta-se, aquim a preocupação da LRF com o déficit público. Está, na atualidade, hoje estabelecer o equilíbrio fiscal real, a fim de permitir a estabilidade permanente do processo econômico. Nesse toar, *superávit* constitui a expressão utilizada para designar a parte que sobra das receitas programadas no orçamento. O termo deriva do latim *superávit,* do verbo *superare superar,* ir além, passar por cima; conceitualmente, constitui uma conta de resultado dentro do contexto financeiro.

É o resultado positivo que resume o conjunto de todas as receitas do governo, excetuadas as despesas comprometidas com o pagamento de juros e correção monetária da dívida pública. Estas não fazem parte da natureza operacional do governo: são consequência financeira de ações anteriores. Dos cálculos para determinar se as contas públicas são superavitárias devem ser expurgados os valores correspondentes aos juros e a correção monetária. O resultado primário, seja *superávit*, seja *déficit,* configura um indicador de como as contas públicas estão sendo administradas pelo Governo Federal. Assim, ao final do período avaliado é verificar se os gastos incorridos não extrapolam as receitas.

III - evolução do patrimônio líquido, também nos últimos três exercícios, destacando a origem e a aplicação dos recursos obtidos com a alienação de ativos;

IV - avaliação da situação financeira e atuarial:

a) dos regimes geral de previdência social e próprio dos servidores públicos e do Fundo de Amparo ao Trabalhador;

b) dos demais fundos públicos e programas estatais de natureza atuarial;

V - demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado."

Câmara dos Deputados
Fl. 7085
Comissões Especiais

Considerando-se finitos os recursos orçamentários, quanto menor o dispêndio com o serviço da dívida pública, maior a disponibilidade de caixa do governo, com vistas à realização dos fins constitucionais do Estado.

Quando da formulação da LDO, a fixação dos valores das metas funda-se em uma série de projeções de variáveis macroeconômicas, cujas memórias e metodologia de cálculos devem estar consignados no citado Anexo de Metas Fiscais, por força do art. 4°, § 2°, da LRF. Estas metas, logo, como se verá adiante, referem-se a grandezas previsionais.

Durante a execução orçamentária, portanto, a eventual não verificação de uma ou mais das premissas utilizadas para o cômputo das metas, fixadas na LDO e incluídas, em momento posterior, na LOA, frustra a capacidade do Estado de realização destas.

Atuará, então, o Direito Financeiro com vistas à correção dos rumos da execução orçamentária, a exemplo do contingenciamento das despesas não-obrigatórias e da limitação de empenhos e movimentações financeiras, aos quais se refere o art. 9° da LRF.

Neste particular, cumpre-se considerar, todavia, que não se verá o Poder Público inteiramente livre para reduzir o gasto público, a fim de que se atinjam as metas inicialmente fixadas. Isto porque, no caso brasileiro, existem diversas vinculações constitucionais e legais, que se condensam na forma de despesas obrigatórias para o Estado; despesas obrigatórias estas que, ademais, somam-se a priorizações, feitas na LDO, a imunizar alguns programas e compromissos assumidos pelos governos com limitação de empenhos, no curso de um dado exercício financeiro (LRF, art. 9°, § 2°).

É estreita, portanto, a margem de manobra para os gestores da contabilidade pública aumentarem o resultado primário, nos casos em que resta comprometida, sobremaneira, a realização das receitas previstas, quando da formulação da LDO. Será o caso, pois, de revisão legítima das previsões de metas fiscais, a partir da correção dos parâmetros, outrora utilizados, os quais não se verificaram compatíveis com a realidade.

Câmara dos Deputados
7086
Fl.
Comissões Especiais

5.1 O regime de metas fiscais na Constituição Financeira e na Lei de Responsabilidade Fiscal e o princípio de segurança jurídica

Quanto às "diretrizes, objetivos e metas da administração", que qualificamos como fins de planejamento,[180] nenhuma norma orçamentária, do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias ou da lei de orçamento anual, poderá ser qualificada como "ato em sentido concreto" ou "conteúdo concreto", em virtude da eficácia cogente e abstrata que se dirige para a execução em conformidade com seus fundamentos. Temse a unidade teleológica, como destaca José Afonso da Silva, pela uniformidade dos objetivos a serem atingidos.[181] Por isso, para todos eles, o orçamento é impositivo e deve ser executado integralmente.

Com a Constituição, a decisão política dos planejamentos e metas do plano plurianual passa a vincular a Administração, o Congresso Nacional e o Tribunal de Contas, com relação à concretização das finalidades a serem atingidas, aos efeitos sobre as leis anuais de orçamentos (art. 165, §§ 1.º, 4.º e 7.º), aos controles (art. 74, I, da CF) e às emendas parlamentares (art. 166).

O plano plurianual tem assumido, cada vez mais, o papel constitucional que o qualifica como medida de unidade e coerência do planejamento estatal brasileiro. Não é nova, porém, como já antecipado, a função de planejamento dos orçamentos públicos. O art. 2.º da Lei 4.320/1964 já previa que a Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a "*evidenciar a*

---

[180] "El Estado atiende a los mencionados mandatos constitucionales a través de medidas de dirección global, y en este sentido tales encomiendas constituyen también directrices acerca de la política económica a realizar. Junto a la dirección global de la economía, son también instrumentos de una gestión económica constitucionalmente encomendada y determinada en sus principales fundamentos" (PAPIER, Juan Jorge. Ley Fundamental y orden económico. In: HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 571). Sobre o planejamento na Constituição, vide o excelente estudo: NASCIMENTO, Carlos Valder do. Planejamento e orçamentoprograma. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenadores). *Tratado de direito financeiro*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 283 a 311.

[181] Nas palavras do autor: "Concluise, pois, que o princípio da unidade orçamentária, na concepção do orçamentoprograma, não se preocupa com a unidade documental; ao contrário, desdenhandoa, postula que tais documentos orçamentários se subordinem a uma *unidade de orientação política, numa hierarquização unitária dos objetivos a serem atingidos e na uniformidade de estrutura do sistema integrado*" (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 743).

Câmara dos Deputados
Fl. 7087
Comissão Especial

política econômica financeira e o programa de trabalho do Govêrno, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade". A novidade é que, com o Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988, o orçamento deixa de ser mera peça de aprovação de receitas e despesas, com o fim de assumir as máximas funções de intervencionismo e de dirigismo constitucional, em paralelo aos programas ou planejamentos da Constituição Econômica (art. 174 da CF/88). Cabe aos governos dar efetividade a este primado fundamental do Estado Democrático de Direito pátrio.[182]

O plano plurianual é lei material. Cria metas, diretrizes, objetivos, programas ou políticas públicas com função de planejamento e duração continuada, a vincular as demais leis, a lei de diretrizes orçamentárias e as leis de orçamentos anuais. As despesas de capital (como operações de crédito) e as despesas de duração continuada (como são os projetos sociais, destinados a ultrapassar mais de um exercício financeiro e os investimentos econômicos) também devem responder a metas e direções traçadas no plano plurianual. E mais, as despesas de duração continuada e investimentos,[183] além de previamente constantes em leis plurianuais, estão autorizadas em leis específicas, estranhas às leis orçamentárias. Na sua execução, o plano plurianual assume uma condição de *lex legum* do planejamento orçamentário, para vincular tanto a lei de diretrizes orçamentárias, quanto as leis anuais do orçamento, emendas parlamentares e até mesmo as demais leis que veiculem planos e programas nacionais, regionais e setoriais (art. 174 da CF/88).

---

[182] Como ressalta Regis de Oliveira: "As finalidades que forem inseridas na peça orçamentária deixam de ser mera ação governamental, mas identificam a solidez de compromissos com o cumprimento dos objetivos ali consignados. Já não se pode admitir um orçamento sem compromissos, apenas para cumprir determinação legal. Já não se aceita o governante irresponsável. Já longe vai o tempo em que se cuidava de mera peça financeira, descompromissada com os interesses públicos. Já é passado o momento político em que as previsões frustravam a esperança da sociedade" (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 409). "Il *bilancio pubblico* degli Stati moderni, qualunque sia il loro regime istituzionale, si propone di collaborare con gli altri strumenti di intervento statale, onde conseguire taluni obiettivi che il mercato, a giudizio della classe dirigente, non è in grado di raggiungere in misura soddisfacente" (COSCIANI, Cesare. *Scienza delle finanze*. Torino: Utet, 1991, p. 513).

[183] Cf. SAMPAIO, Mário de Bittencourt. Os grandes empreendimentos econômicos no orçamento. *Revista do Serviço Público*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. 4, n. 1, p. 3 a 24.

Câmara dos Deputados
Fl. 7088
Comissões Especiais

Toda a Administração sujeitase às previsões orçamentárias que direcionam metas ou formulam programas a serem atingidos pelo Estado.[184] Retirar do orçamento anual seu cariz programático equivaleria a convertêlo numa mera conta de cunho estritamente contábil ou simples ato administrativo. Impõese, assim, uma interpretação sistemática para compreender o alcance material do plano plurianual em face do orçamento anual e de toda a Administração. Sua construção confere uma ampla gama de limitações à Administração, quanto à formação e aprovação dos orçamentos, bem como em relação às programações e planejamentos de natureza econômica.

---

[184]. SILVA, José Afonso da. *Orçamentoprograma no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 272. Ou como sintetiza, primorosamente, o que justifica a longa cita: "A Constituição institui um sistema orçamentário efetivamente moderno. Abre amplas possibilidades à implantação de um *sistema integrado de planejamento do orçamentoprograma*, de sorte que o orçamento fiscal, os orçamentos de investimento das empresas e o orçamento da seguridade social passam a constituir etapas do planejamento de desenvolvimento econômico e social, ou, se se quiser, conteúdo dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais, na medida em que estes têm que compatibilizarse com o plano plurianual que é o instrumento que estabelece as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, que integrarão o orçamento anual, em cada ano, e por ela executadas anualmente. Tratase de *planejamento estrutural*, porque todos os planos e programas têm suas estruturas estabelecidas segundo o plano plurianual (art. 165, § 4.º). (...) Em realidade, assim como a política fiscal é parte da política econômica, igualmente o plano financeiro do Estado deve fazer parte do plano econômico do País. E, por outro lado, já que o equilíbrio financeiro nas finanças modernas se há de estabelecer em relação ao equilíbrio econômico geral, aquela integração é absolutamente indispensável. Essa integração, agora bem caracterizada na sistemática orçamentária da Constituição, é que dá configuração à concepção de *orçamentoprograma*. Cumpre, contudo, observar que a integração, referida acima, tem caráter dinâmico, como é próprio das estruturas. Não se trata, por isso, de simples justaposição de planos, mas de uma vinculação permanente e contínua, que não admite interrupção, de sorte que os planos mais gerais ou globais abrangem os mais concretos e a execução destes leva à materialização daqueles" (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 737). E também Dino Jarach: "Como plan económico del sector público, el Presupuesto constituye una ley con eficacia obligatoria para los diferentes poderes a los que se encomienda su ejecución. Su contenido normativo es diferente de la mayoría de las leyes, pero su esencia es la de un marco legal dentro del cual debe desarrollarse la acción del gobierno. Es ésta la naturaleza político-económica del Presupuesto que se proyecta también en el ámbito jurídico; no hay, pues, en nuestra opinión, contradicción alguna entre el enfoque políticoeconómico y el punto de vista jurídico del Presupuesto" (JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario*. 3ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2003. p. 82).

Câmara dos Deputados
Fl. 7089
Comissões Especiais

Interpretar e aplicar o orçamento pelos programas, metas, diretrizes, objetivos ou políticas públicas com função de planejamento não cria novo modelo de "orçamento" (como o chamado "orçamentoprograma"), senão reconhece o seu papel constitucional em conformidade com os fins do Estado Democrático de Direito. Com ele, aprimorase a transparência, para um controle pelos objetivos dos gastos e o planejamento de Estado. Não há qualquer substituição do orçamento ordinário, mas renovado papel para cumprir os propósitos da interconstitucionalidade econômicofinanceira, como instrumento de política intervencionista, coordenado com os planos, programas, políticas públicas e objetivos econômicos de caráter nacional, regional ou setorial. [185]

Quanto à lei de diretrizes orçamentárias, o art. 165, § 2.º, da CF determina que esta "compreenderá as *metas* e *prioridades* da administração pública federal, incluindo as *despesas de capital* para o exercício financeiro subsequente, *orientará* a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e *estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento*". Desse modo, a partir dos objetivos e metas do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias define as prioridades e estabelece a política de fomento, o que igualmente pode ser utilizado para os fins do planejamento econômico, desenvolvimentista ou redutor de desigualdades sociais e regionais.

Como já foi mencionado, não se admite nenhuma emenda parlamentar em contradição com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, por força do art. 166, § 3º, I, da CF/88, ao prever que as emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. De igual modo, as emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual (art. 166, § 4.º, da CF/88).

Para os fins de controle interno e externo, o art. 74, I, da CF/88 determina a necessidade de integração entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário

---

[185] Cf. ARINO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico* (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica). Granada: Comares, 2004, p. 345.

Câmara dos Deputados
Fl. 709
Comissões Especiais

com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União.

Destarte, o art. 167, § 1°, da CF/88, em coerência com os fundamentos assinalados, quanto à prevalência sistêmica do plano plurianual, prescreve que "nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no *plano plurianual*, ou sem *lei que autorize a inclusão*, sob pena de crime de responsabilidade". O sentido é muito claro, pois qualquer despesa que supere o limite do orçamento anual deve receber expressa autorização legislativa, prévia, com inclusão no plano plurianual, ou posterior, por lei modificativa ou aditiva ao plano plurianual em execução. Contudo, mantida a exigência de lei para a autorização do planejamento orçamentário do plano plurianual.

Esta opção do constituinte por conferir, ao plano plurianual, posição preferencial em relação aos programas, às metas e aos objetivos não pode surpreender, corresponde a uma prática anterior, consubstanciada no Ato Complementar n° 43, de 29 de janeiro de 1969.

Além disso, evidentemente, o Congresso Nacional, em sua função normativa, edita as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual *"incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento"*, que são indicativos para o setor privado, mas determinantes para o setor público, segundo mandam o art.174, *caput,* e seu §1°. Não se esquece, porém, a Constituição de harmonizar todos esses documentos legislativos, pois dispõe a Constituição em seu art. 165,§4°: *"os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional"*.

É rigorosa, é extraordinária a insistência da Constituição no planejamento, na consistência, na previsibilidade da harmonização articulada dentro de uma série de leis e documentos legislativos que se integram, a saber: leis de desenvolvimento econômico, nacionais e regionais e de suas diretrizes; lei do plano plurianual; lei de diretrizes orçamentárias, lei orçamentária anual. Execução e controle fiscalizados e atribuídos ao Congresso Nacional. Competência exclusiva para julgamento das contas prestadas pela Presidenta da República.

Câmara dos Deputados
Fl. 7051
Comissões Especiais

Já ficou demonstrado que a lei orçamentária fixa limites materiais, temporais, quantitativos e condições específicas para cada crédito orçamentário, além dos critérios e fins do planejamento. Desse modo, institui uma vinculação para a Administração, que não poderá desbordar essas demarcações ou criar despesas novas, sem prévia autorização legislativa.

As despesas lançadas em orçamento e aprovadas pelo Legislativo não obrigam a Administração a efetuar, concretamente, todo o gasto. Tudo dependerá dos empenhos a serem realizados e das receitas estimadas serem confirmadas; afora a decisão política ou administrativa sobre a conveniência e oportunidade por realizar ou não o gasto. Tolher o mérito administrativo da decisão política de realização da despesa pública é reduzir o âmbito de autonomia do Poder Executivo e inibir o cumprimento dos programas de governo coerentes com as escolhas democráticas.

Obviamente, somente por decisão motivada poderá a Administração não dar execução ao orçamento como fora autorizado pelo poder legislativo. Reconhecer o espaço de liberdade que a Administração possui, a partir da autorização legislativa, não equivale a supor alguma discricionariedade para alocação de disponibilidades financeiras, cuja efetiva realização dependerá do tipo de despesa, da lei institutiva das despesas públicas, dos programas, metas ou políticas públicas e da situação concreta, contratação e outros. São esses aspectos condicionantes que determinam a impositividade da realização do gasto, caso a caso, em conformidade com os fins constitucionais do Estado e os critérios da Constituição Financeira.

Nos casos de despesas vinculadas por lei e de despesas obrigatórias, a disponibilidade de recursos visa a assegurar a continuidade do serviço; o não cumprimento, logo, impõe imediato controle quanto às razões que impediram o seu total emprego no serviço ou na finalidade constitucional ou legal.

Os programas de governo, materializados no orçamento, representam a concertação de esforços, por parte do Estado, necessários ao alcance de fins públicos. Neles, como se tem procurado demonstrar, são fixados (i) os custos conhecidos, passíveis de não realização, em momentos de crise, na restrita janela das despesas disponíveis, a partir (ii) de recursos previsíveis ou da viabilidade jurídica da contratação de operações de crédito público.

Câmara dos Deputados
Fl. 7092
Comissões Especiais

Nesse balanço de receitas e custos públicos, ganham relevo, as medidas de desempenho, impostas aos governos. Trata-se das metas fiscais que estes devem atingir, especialmente com o fito de manter equilibradas, a longo prazo, as finanças públicas, à medida que os superávits do Estado amortizam operações de crédito anteriormente contratadas, deixando margem à alocação direta dos recursos públicos na efetiva concretização dos fins constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que o conhecimento das previsões dos recursos públicos disponíveis revelam-se de difícil mensuração quando do processo legislativo de construção do orçamento público, quer para formulação das metas das LDOs, quer quando da inserção destas no bojo das LOAs.

O caráter previsional do orçamento quanto à obtenção das receitas que o compõem, no orçamento-programa, associa-se ao planejamento sustentável das finanças públicas, a comportar cláusulas de ajuste, sob pena de se distanciar a peça orçamentária da realidade sobre a qual deve operar efeitos.

Por isso, na impossibilidade de realização das metas previstas na LDO, por circunstâncias imprevistas, alheias à boa gestão da *res publicae*, estas devem ser revistas, como se depreende do que diz Weder de Oliveira:

> "*Não se pode deixar de reconhecer, porém, que previsões e estimativas de baixa confiabilidade de receitas e despesas ocorrem também por deficiências técnicas e instrumentais dos entes federados. Decorrem, ainda, da complexidade econômica e organizacional de cada nível de governo, tornando as margens de erro maiores quando não se dispõe de técnicas mais sofisticadas de previsão e controles tecnologicamente avançados e mais apurados das despesas. Nem sempre, portanto, são resultado de decisões políticas deliberadamente insinceras, casuísticas ou oportunistas.*"[186]

Importa saber, portanto, como tais ajustes devem ser propostos e efetivados, a partir da elaboração legislativa do orçamento público.[187]

---

[186] OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal.* Vol 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 386.

[187] O § 2°, do art. 35 do ADCT da CF/88 dispõe sobre os prazos, exercício a exercício, para a aprovação dos três diplomas caros ao planejamento financeiro. Por sua vez, a tramitação das leis orçamentárias encontra-se disposta nos arts. 89 e seguintes do Regimento Comum do

Câmara dos Deputados
7093
Fl.
Comissões Especiais

As leis orçamentárias promovem a alocação de recursos públicos estimados para as despesas certas de um dado período fiscal.[188]

Na vigência da Constituição Federal de 1946 não havia óbices a emendas substanciais, por parte do Poder Legislativo, aos projetos encaminhados pelo Poder Executivo. Tratamento legislativo expresso, exsurge no horizonte constitucional brasileiro, apenas, com o § 1° do art. 65 da EC n° 1/1969, *verbis*:

> "*Art. 65. É da competência do Poder Executivo a iniciativa das leis orçamentárias e das que abram créditos, fixem vencimentos e vantagens dos servidores públicos, concedam subvenção ou auxílio ou, de qualquer modo, autorizem, criem ou aumentem a despesa pública.*
>
> *§ 1° Não será objeto de deliberação a emenda de que decorra aumento de despesa global ou de cada órgão, fundo, projeto ou programa, ou que vise a modificar-lhe o montante, a natureza ou o objetivo.*"

Quanto à possibilidade de ajustes no orçamento, após a aprovação destes, o § 1° do art. 12, da LRF, esclarece que poderá haver a reestimativa das receitas públicas, por via legislativa, em casos de comprovado erro ou omissão de ordem técnica ou legal, a saber:

> "*Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas.*
>
> *§ 1°. Reestimativa de receita por parte do Poder Legislativo só será admitida se comprovado erro ou omissão de ordem técnica ou legal.*"

Não se verificando realizáveis, portanto, as receitas, inicialmente previstas, em dada peça orçamentária, deverá o Estado agir rápido, a fim de que se busquem, da forma mais eficiente e proba, os reajustes cabíveis.

Ou como diz Régis Fernandes de Oliveira:

Congresso Nacional.

[188] Esta é, por exemplo, a posição de James Giacomoni, tomando por base a doutrina de José Afonso da Silva. Confira-se: *Orçamento Público*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 208.

Câmara dos Deputados
Fl. 7094
Comissões Especiais

> *"No mundo atual, é bastante comum que ocorram momentos de crise. Hoje, mais do que nunca, diante da globalização da economia, pode surgir situação anômala que imponha soluções anômalas; o que irá repercutir na decisão do gasto público. (...)*
>
> *Enfim, inúmeras situações podem representar uma verdadeira crise, seja no direcionamento do gasto, seja na entrada de recursos, o que obriga a uma providência de contingenciamento. Tais oportunidades não são previstas nem previsíveis, o que pode redundar em decisões anômalas e revela estado de desequilíbrio entre recursos e necessidades a serem atendidas."*[189]

Sempre que o ordenador de despesas entender que a receita arrecadada não irá confirmar o alcance das metas e resultados, fixados para o exercício, o caso será de ajustes no orçamento. Nisto consiste o dever de programação financeira da Administração Pública proba.

A lei orçamentária aprovada deve ser cumprida pelo Poder Executivo, sob pena de violação à segurança daqueles que contam com a realização do gasto público. Neste sentido, a Administração deverá, sempre que possível, executar todas as despesas autorizadas e programadas, constantes em determinado orçamento, o qual é peça determinante para a ação pública, por força do art. 174 da CF/88. Esta assertiva, todavia, como se tem procurado esclarecer, não pode ser levada às últimas consequências.

Não é diversa a lição de Adilson Abreu Dallari:

> *"Obviamente, ninguém está obrigado a fazer o impossível. Se existem circunstâncias excludentes, se concorrem fatos que tornem que tornem impossível a fiel execução dos projetos e programas previstos, não haverá crime. Mas, então, o orçamento poderá e deverá ser alterado pela mecânica de créditos adicionais, porém somente na forma prevista nos arts. 40 e 41 da Lei 4.320/1964. O que não pode ser aceito é o descumprimento puro e simples, sem qualquer justificativa."*[190]

---

[189] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 462.

[190] DALLARI, Adilson Abreu. Orçamento Impositivo. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coordenadores). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2011, p. 326.

Câmara dos Deputados
Fl. 7095
Comissões Especiais

Não se pode perder de vista que o orçamento é um processo dinâmico, devendo ser ajustado e atualizado, sempre que conhecidas, com mais precisão, as possibilidades efetivas de arrecadação e as necessidades de despesa. Isto só é viável no curso de sua execução.

Acertada a lição de Sainz de Bujanda: *"el pressupuesto, en cuanto a los ingresos, adquiere el valor de una simple previsión o cálculo de lo que el Estado espera recaudar mediante la aplicación de las leyes que regulan su sistema de recursos."*[191] Repousa aí o nosso entendimento de que não é possível a confecção de uma peça orçamentária perfeita, fixa, com exatidão, quanto às receitas e despesas de um dado exercício fiscal.[192]

Crescimento e crises econômicas, calamidades públicas, períodos de intermitências cíclicas na economia etc., tudo isso compromete o desenho original da programação financeira do Estado e, por conseguinte, enseja o reajuste, pela via legislativa, das receitas e das despesas, sem que se descure dos objetivos fundamentais do Estado.

Exsurge, assim, a necessidade de retificações orçamentárias por meio dos créditos adicionais, interrupção de realização de despesas (limitações de empenho e restrições a movimentações financeiras), contingenciamentos ou mesmo do ajuste das metas fiscais, previstas no bojo da LDO. Todos estes mecanismos de correção orçamentária, juridicamente admitidos; daí porque falta respaldo à assertiva lançada no Relatório do Ministério Público junto ao TCU, acerca de suposta violação ao art. 8° da LRF, segundo a qual: *"mais grave, ainda, é a constatação do que pode ser tipificado como fraude à Programação Financeira e ao Cronograma Mensal de Desembolso"*.

Ora, o orçamento das receitas, repita-se, é estimativo e, em face de situação conjuntural, a exemplo da difícil realidade por que passa o Brasil, podem não ser arrecadadas, de forma plena, receitas suficientes ao adimplemento de determinados gastos públicos. Nesta hipótese, perfeitamente plausível, o

---

[191] SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Lecciones de Derecho Financiero.* 7ª ed. Madrid: Universidade Comptulense, 1989, p. 432.

[192] No mesmo sentido: ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. *Processo Legislativo e Orçamento Público:* a função de controle do Parlamento. 2009. p. 223. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

Câmara dos Deputados
Fl. 7096
Comissões Especiais

Governo poderá alegar exaustão orçamentária, inclusive, para adiar pagamentos, sem que isso possa ser considerado falta grave.

A programação financeira, voltada à aplicação racional dos recursos públicos, constitui a fase de execução do orçamento ao longo do exercício fiscal. Tratando-se de atividade continuada no tempo, torna-se imprescindível que os recursos fluam naturalmente, sem prejuízo do suprimento às unidades de execução das despesas públicas, devidamente ajustadas às prioridades ditadas pelas demandas sociais, com a disciplina constante dos dispositivos insertos no conjunto das leis orçamentárias.

Sustentar entendimento diverso, penalizando o gestor da *res publicae* que não pode seguir peça orçamentária que se revelou artificial, porquanto discrepante da realidade sobre a qual deveria atuar, viola o princípio da segurança jurídica, na sua modalidade de *proibição de excesso*; para o que concorre exame de razoabilidade e proporcionalidade, que não poderá ser, validamente, desprezado por aqueles que analisam as contas públicas.

5.2 Mecanismos corretivos do orçamento público, flexibilidade orçamentária e equilíbrio fiscal: redimensionamento de metas fiscais, contingenciamento de despesas e aberturas de crédito

O Plano Plurianual, associado à Lei de Diretrizes Orçamentárias, tem sido reputado a medida de unidade e coerência do planejamento estatal brasileiro, configurando verdadeira lei material, a qual cria metas, diretrizes, objetivos, programas e políticas públicas, com função de planejamento.

A gestão pública eficiente busca alcançar o equilíbrio necessário dentro do processo econômico; daí porque os governos devem desenvolver uma política de gastos públicos dentro das reais possibilidades proporcionadas pelo cenário econômico, evitando desajustes fiscais e monetários. Este é o contexto em que devem ser compreendidas, traçadas e eventualmente revistas, as metas fiscais no Brasil.

A lição de Egas Rosa Sampaio bem ilustra esta conclusão:

> "A boa política governamental é aquela que procura orientar a sua política econômica e financeira, no sentido de acelerar a expansão das atividades econômicas em geral e das indústrias de base, que bem traduzem em uma

Câmara dos Deputados
7097
Fl.
Comissões Especiais

compreensão à produtividade econômica. Daí é que podemos asseverar que as *despesas públicas* só se constituem num autêntico *instrumento de equilíbrio econômico* (condição necessária para que seja atingido este objetivo), quando o Estado, no conhecimento perfeito da *renda nacional,* procura alcançar *economicamente seu próprio equilíbrio* dentro das proporções das *atividades* do setor privado em relação à produção e consumo da riqueza pública, mas sem qualquer perigo para o controle da política monetária e fiscal, a fim de preservar o equilíbrio do sistema econômico."[193] (grifos no original)

Como foi pontuado, a presença de metas fiscais, nos instrumentos orçamentários brasileiros, do Plano Plurianual (CF/88, art. 165, § 1°), ou da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LRF, art. 4°, § 1°) e, inclusive, das Leis Orçamentárias Anuais, presta-se a assegurar a continuidade na execução proba e equilibrada do gasto público.

Em síntese, das metas fiscais, ora consideradas, decorrem os fins que devem ser buscados, pelo administrador público, segundo uma ordem de parametricidade especificadora, a saber: no caso do PPA, estes fins revelam-se mais genéricos e programáticos; adensam-se, rigorosamente, na forma jurídica das metas fiscais nas LDO[194] e, por meio das LOA, efetivamente, devem ser concretizadas.

As metas fiscais, ainda, devem inspirar os ajustes que repercutam sobre a composição orçamentária inicialmente fixada para a LOA, a fim de que se preserve, da forma mais otimizada, a proporção original entre receitas e despesas, em um dado exercício – sem rupturas absolutas, como visto, com o adimplemento das obrigações do Estado brasileiro. Exatamente porque dotadas

---

[193] SAMPAIO, Egas Rosa. *Instituições de Ciências das Finanças.* Uma abordagem econômico-financeira. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 128 e 129.

[194] Nas LDOs, tem-se o estabelecimento de metas fiscais, como proporção entre receitas e despesas primárias, previstas na Lei de Orçamento anual. Esta prática revela-se anterior à edição da LRF e das exigências específicas, neste sentido, como deixam claras, por exemplo, a Lei n° 8.074/90, em seu art. 30, § 1°, (LDO para o exercício de 1991) e a Lei n° 9.811/99, art. 3°, § 2°, (LDO para o exercício de 2000). Desde a LRF, todavia, restou mais clara a necessidade de equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento das assinaladas metas de resultado entre receitas e despesas.

Câmara dos Deputados
Fl. 7059
Comissões Especiais

de eficácia cogente, ditas metas fiscais revelam-se passíveis de controle (LRF, art. 59, I).

Ocorre que o alcance das metas fiscais, legislativamente previstas, nem sempre se faz possível, o que ensejará a revisão das mesmas.

Com efeito, a confecção da LDO – balizadas pelo PPA – precede a edição da LOA. Deste descompasso temporal já decorrem os riscos associados à impossibilidade de concretização das citadas metas.

Como diz Weder de Oliveira, foram selecionados como metas fundamentais do sistema de controle das finanças públicas, estruturado na LRF, apenas, os resultados fiscais[195]: *resultado primário*[196] e *resultado nominal*[197], que são aqueles que se prestam à medição das necessidades de financiamento do setor público, auxiliando a análise conjuntural prospectiva e restrospectiva das contas públicas, bem como ao gerenciamento da economia nacional.[198]

Reconhece o mencionado autor, todavia, que:

> *"Doze anos se passaram desde a sanção da Lei de Responsabilidade Fiscal, mas o Senado Federal ainda não se posicionou sobre as metodologias para cálculo dos resultados primário e nominal que lhe foram propostas ainda no ano de 2000 pelo Presidente da República."*[199]

---

[195] O autor não ignora a possibilidade de eleição, pelo legislador pátrio, de critérios diversos, a exemplo de resultados financeiros, correntes, de capital etc..

[196] Trata-se do saldo entre algumas despesas e receitas, por meio do qual se obtém um indicador capaz de permitir a mensuração da capacidade do governo de arcar com o serviço de sua dívida, usando receitas típicas da atuação estatal, a exemplo de tributos, e recorrendo apenas parcialmente à emissão de títulos públicos para pagá-las. (OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal.* Vol 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 83 e 84)

[197] Visa a quantificar a variação da dívida pública em determinado período, sendo um aumento nessa variação indicativo de que o governo, em dado exercício, precisou recorrer a operações de crédito para custar a totalidade de suas despesas. Matematicamente: saldo da dívida fiscal líquida em um período de referência e o saldo da dívida fiscal líquida no período anterior ao de referência. (OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal.* Vol 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 82)

[198] OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal.* Vol 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 76.

Câmara dos Deputados
Fl. 7036
Comissões Especiais

Ora, diante do caráter previsional das metas fiscais, não se pode dizer, rigorosamente, que a LOA tenha o condão *per se* de realizar a arrecadação de receitas apontadas, como objetivo, na LDO. Ainda que existam metas bimestrais de arrecadação, ou mesmo metas anualmente fixadas (LRF, art. 9°, § 2° e art. 13), estas apenas condicionam o esforço dos agentes públicos, que não poderão atuar para além das metas.

Estas variáveis econômicas, todavia, no mais das vezes, não estão postas sob o controle do gestor público; daí porque não pode este vir a ser responsabilizado, nos casos em que não se confirmarem, por razões alheias à sua capacidade de atuação, as previsões (artificiais) da peça orçamentária.

Havendo erros técnicos, jurídicos ou mesmo de estimativas econômicas, dois enfoques devem ser considerados:

i) Sob a perspectiva do *passivo contábil*, deverão ser adotadas técnicas de redução do gasto público; e

ii) Sob a perspectiva do *ativo contábil*, o caso será de revisão legislativa, seja para redimensionar as metas fiscais da LDO, seja para abrir créditos adicionais – o que, em verdade, enseja o endividamento público.

Reconhecendo o referido caráter previsional das metas fiscais, o legislador brasileiro, corretamente, submeteu-as à *permanente revisibilidade*.

Nos termos do art. 12, § 1°, da LRF, *e.g.*, resta claro que as previsões de receitas públicas comportarão *reestimativa*, por parte do Poder Legislativo, quando comprovado erro ou omissão de ordem técnica ou legal.

Ademais, pelo § 4° do art. 9° da LRF, até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na Comissão mista permanente de Senadores e Deputados. Também, nos termos do § 5° do art. 9° da LRF, no prazo de noventa dias após o encerramento de cada semestre, o Banco Central do Brasil apresentará, em reunião conjunta das comissões temáticas pertinentes do Congresso Nacional, avaliação do cumprimento dos objetivos e metas das políticas monetária, creditícia e cambial, evidenciando o impacto e o custo fiscal de suas operações e os resultados demonstrados nos balanços.

[199] OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal.* Vol 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 117.

Câmara dos Deputados
Fl. 710
Comissões Especiais

Com efeito, não se poderia impor qualquer rigidez às metas fiscais, previstas em LDO, porquanto estas, na qualidade de grandezas previsionais, sujeitam-se à constante revisão. O cunho de obrigatoriedade das metas fiscais cede, juridicamente, à realidade com a qual se comunica o Direito Financeiro.[200]

A revisão de metas, para os anos de 2014 e 2015, impõe-se pela realidade circunstante, cujas previsões de arrecadação aparentam estar em desalinho com o que foi previsto nas respectivas peças orçamentárias. De fato, a partir dos documentos analisados, foi possível verificar que as previsões de receitas do Tesouro Nacional, para os referidos exercícios financeiros, estiveram próxima de indicadores financeiros credenciados pelo mercado ("Focus", por exemplo), cujas previsões, igualmente, não se confirmaram e sofreram retificações.

A atenuação da rigidez das previsões feitas, por lei expressa que modifique os textos das leis orçamentárias existentes, incidirão sobre a forma de aplicação de receitas, grupos e natureza de despesas, identificador de resultados etc. O tema não é novo no Direito brasileiro. Nos anos de 2009 e de 2010, as metas fiscais foram reajustadas, através de projetos de lei de alteração de LDO: o art. 1° da Lei n° 12.053/2009 reduziu o superávit do orçamento fiscal e da seguridade social de 2,2% do PIB para 1,4% deste; e a Lei n° 12.377/2010, por sua vez, reduziu a zero o superávit projetado para o exercício financeiro.

Não é sequer incomum que as próprias LDOs já contemplem, em seus respectivos textos, a previsão de que as fontes de recursos, as metas, os produtos e as unidades de medida das ações constantes da Lei Orçamentária e dos créditos adicionais possam ser modificados para atender às necessidades de execução. É o que se verifica, por exemplo, no art. 55 da Lei n° 12.017/2009 (LDO para 2010). Confira-se:

> "*Art. 55. As fontes de financiamento do Orçamento de Investimento e as fontes de recursos, as modalidades de aplicação e os identificadores de*

[200] Lateralmente ao caráter previsional das receitas orçamentárias, para fins de justificação dos mecanismos corretivos ora apregoados, não se pode olvidar, ademais, que a descentralização do poder, seguida de menor padronização do processo de gasto entre as várias esferas de governo, no caso brasileiro, finda por revelar uma assimetria federativa, a qual concorre para dificultar o controle dos resultados de gestão preconizados pela LRF. Nessas condições, a União tem, às vezes, consoante tem sido aqui apregoado, a necessidade premente de promover alguns ajustes nas suas contas para adequá-las à política fiscal, legislativamente concebida.

Câmara dos Deputados
Fl. 7101
Comissões Especiais

uso e de resultado primário, as metas, os produtos e as unidades de medida das ações constantes da Lei Orçamentária de 2010 e dos créditos adicionais, inclusive os reabertos no exercício, poderão ser modificados, justificadamente, para atender às necessidades de execução, se autorizados por meio de: (...)"

José Afonso da Silva toma a flexibilidade como princípio que se irradia sobre a Lei de Orçamento, garantindo que esta, em última análise, cumpra os seus fins, à medida das necessidades da sociedade. Condena, neste sentido, o enrijecimento artificial das finanças públicas, o qual decorreria da desvinculação destas à realidade em que se inserem. Nas palavras do autor:

"*Flexibilidade é um princípio fundamental do planejamento. Ora, se o orçamento-programa constitui uma etapa deste, é compreensível que se tenha a ele comunicado a regra.*"[201]

A flexibilidade orçamentária, repita-se, justifica-se pela existência da janela temporal entre o período em que se delineia o orçamento e o momento (subsequente) da execução deste; daí o risco de alteração da realidade para a qual foram hipoteticamente concebidas normas jurídicas.

Por mais acuradas que se revelem as técnicas de previsão econômica, nem sempre estas se revelam perenes, porquanto dependentes de fatores diversos, a exemplo da arrecadação fiscal, de conjunturas econômicas internas e externas, de discussões jurídicas etc.

De modo semelhante é a lição de Regis Fernandes de Oliveira:

"*O legislador, de igual maneira, não pode alterar o orçamento no meio de sua execução. Daí afirmarmos que não pode haver o contingenciamento de recursos sem antes se saber da realização das receitas. É verdade que a peça orçamentária pode ser alterada, seja por nova proposta que modifique alguns aspectos do orçamento, como também para adaptá-lo a uma nova realidade econômica que possa surgir.*"[202]

---

[201] SILVA, José Afonso da. *Orçamento-Programa no Brasil.* São Paulo: RT, 1973, p. 155.

[202] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 224.

Câmara dos Deputados
Fl. 702
Comissões Especiais

Sem os respectivos ajustes, diante de crises como a que assola o país, o orçamento findaria por se tornar inefetivo, distanciado da realidade, a comprometer, com efeito, a economicidade do gasto público.

Estas adaptações, por certo, não devem descurar dos fins constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Não se pode racionalmente exigir, do administrador público, o dom do conhecimento exato do futuro. Qualque decisão, por maiores que sejam as cautelas tomadas, podem revelar-se, em momento posterior, como inadequadas. A revisão desta, logo, não é, *per se*, antieconômica ou improba. Em matéria de controle de qualidade do gasto público, o juízo de economicidade, na forma de ponderação entre custos e benefícios, deve concentrar-se nas opções disponíveis no momento da prática do ato administrativo, e não do cenário ideal na qual foi prevista.

Outro mecanismo de correção orçamentária, tal qual foi antecipado, diz respeito à técnica dos *contingenciamentos*.

Salvo aqueles casos em que a Constituição (a exemplo dos arts. 212 e 198, § 2°) ou as leis obrigam expressamente a realização das despesas públicas, estas, como visto, poderão ser efetivadas, ou não, dentro de relativo espaço de liberdade de escolha, por parte do gestor público.

Há que se considerar, destarte, três espaços distintos de discricionariedade, em matéria de Direito Financeiro:

i) *discricionariedade de planejamento,* que corresponde aos objetivos a serem alcançados e aos meios através dos quais tais propósitos serão atingidos;
ii) *discricionariedade normativa*, quanto à decisão democrática de eleição de conteúdos das leis que implicam gastos públicos ou a sua inclusão no orçamento; e a
iii) *discricionariedade executiva*, associada à realização concreta da despesa pública autorizada, quanto às citadas despesas não obrigatórias.

A possibilidade de contingenciamento centra-se nos campos da *discricionariedade executiva.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7103
Comissões Especiais

Se a despesa está legislativamente prevista em dado orçamento e a receita estimada para sua realização, de fato, não há que se falar em qualquer obstáculo para que seja efetivamente realizado e executado o gasto público.

Situações há, porém, nas quais não se concretizou uma dada expectativa de realização de receita. É, precisamente, neste particular, que o art. 9º da LRF trata do instituto jurídico-financeiro do *contingenciamento*, por meio do qual se deixa de realizar despesa que se encontrava prevista, limitando-se empenhos e movimentação financeira.

Contudo, o legislador não é de todo livre para tanto. Como visto, o gasto público é juridicamente regrado, daí porque deve ser atendida a LDO, respeitados os desígnios constitucionais e legais de gasto, além das ressalvas expressas que forem feitas na lei orçamentária; evitando-se, deste modo, também, o *cancelamento de empenhos*.[203]

O contingencimento de despesas deverá ser feito por cada Poder; representa comportamento responsável, racional e cauteloso quanto às finanças públicas; sendo certo que ninguém deve gastar mais do que arrecada. Para tanto, diante das obrigações prestacionais do Estado, a utilização do mecanismo de ajuste orçamentário em tela deverá ser motivada, apoiada na impossibilidade de alcance de uma meta fiscal, ao final de um bimestre.

Como visto, se as *despesas* estão previstas nas leis orçamentárias anuais (princípio da universalidade, § 5º do art. 165 da CF), as *receitas* não passam de "previsão". A legalidade do contingenciamento justifica-se, precisamente, na impossibilidade de alcance destas metas.[204] Ademais, o art. 9º da LRF deixa claro que o momento do contingenciamento é o final do bimestre, não podendo este ser realizado a qualquer tempo.

O crédito orçamentário representa, para fins jurídicos e de contabilidade pública, a dotação incluída na lei orçamentária com vistas ao atendimento de uma

---

[203] Estes empenhos geram, para o particular que atuou em favor do Estado, uma expectativa legítima a um recebimento previamente pactuado. O caso não se confunde com a *limitação de empenhos*, a qual é técnica de boa-gestão pública.

[204] No mesmo sentido, Regis Fernandes de Oliveira condena a prática do contingenciamento de despesas "a qualquer tempo e sem fundamento", bem como para toda e qualquer forma de despesa. (*Curso de Direito Financeiro.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 467 e 468).

Câmara dos Deputados
Fl. 7104
Comissões Especiais

determinada despesa, daí porque este deve ser diretamente equivalente ao gasto que será realizado pelo Estado.

Por fim, outro mecanismo jurídico de correção orçamentária concerne à *abertura de créditos*. Como dito, é permitida, no País, a realização de despesas ou a assunção de obrigações dentro dos limites dos créditos orçamentários ou adicionais. Estes últimos dizem respeito, justamente, à "*autorização de despesas não previstas no orçamento e executadas no durante o exercício financeiro em que foi aberto.*"[205]

Nas palavras de James Giacomoni, "*seria impraticável se o orçamento, durante a sua execução, não pudesse ser ratificado visando atender a situações não previstas quando de sua elaboração.*"[206] É neste contexto que surge o mecanismo dos créditos adicionais, tutelados nos arts. 40 e seguintes da Lei nº 4.320/1964.

Na ausência de previsão de crédito orçamentário, ou sendo esta insuficiente, em determinado orçamento, pode-se obter autorização de *crédito adicional*, o qual assume três formas: (i) o *crédito suplementar* – com função de reforço orçamentário (art, 41, I, da LRF); (ii) o *crédito especial* – para cobrir despesas para as quais não houve dotação específica (art, 41, II, da LRF); e (iii) o *crédito extraordinário* – relacionados ao custeio despesas urgentes e imprevistas (art, 41, III, da LRF).

Ditos créditos adicionais dependem de lei e são abertos por decreto, pressupondo, necessariamente, a disponibilidade de recursos (art. 43 da Lei nº 4.320/64). Exceção feita aos créditos suplementares, que podem ser abertos por simples decreto, se cumpridos os limites e as condições autorizados na própria lei orçamentária (conforme dispõe a Constituição, no art. 165, §8º). Apenas o crédito extraordinário, diante dos pressupostos de sua urgência, será aberto por meio de medida provisória, conforme permite a Constituição.

No particular, oportuna é a posição de James Giacomoni, a saber:

"*A própria lei orçamentária anual poderá ser utilizada para autorizar o Executivo a abrir, durante o exercício, créditos suplementares até dada*

---

[205] NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário.* Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 77.

[206] GIACOMONI, James. *Orçamento Público.* 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 228.

Câmara dos Deputados
Fl. 1105
Comissões Especiais

> *importância, por exemplo, 20% da receita total fixada no orçamento. Tal medida, cujo amparo reside no art. 7º da Lei n. 4.320/64 e no art. 165, § 8º, da Constituição Federal, busca agilizar os procedimentos administrativos, desburocratizando entre o Executivo e o Legislativo.*"[207]

Ademais, a correção dos orçamentos poderá ser feita mediante a técnida da *realocação de recursos*; o que depende de lei expressa (CF/88, art. 167, IV), sob pena de prejuízo aos controles do legislativo. Nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira:

> "*Em verdade, a lei orçamentária deve ser executada tal como aprovada. Sabidamente, todos os gastos públicos dependem de autorização legislativa, não podendo o Executivo ou o Judiciário alterar a proposta orçamentária, sem prévia concordância do Legislativo. Logo, qualquer alteração, remanejamento ou transferência de recursos para outra destinação depende de autorização legislativa.*"[208]

Por fim, nenhuma abertura de créditos, relembra-se, será ilimitada, por força do art. 167, VII, da CF/88.

---

[207] GIACOMONI, James. *Orçamento Público.* 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 229.

[208] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 663.

Câmara dos Deputados
FL. 7196
Comissões Especiais

III – RESPOSTAS AOS QUESITOS

(A) Pode o Tribunal de Contas da União sugerir, em seu parecer prévio, a rejeição das contas prestadas pela Presidenta da República, sem comprovar a existência de "dano ao erário" ou o desvio da "boa e regular aplicação dos recursos"?

RESPOSTA: Pensamos firmemente que não.

A Constituição da República atribui o controle externo e fiscalização da execução orçamentária ao Poder Legislativo. Para tanto, o Congresso Nacional conta com o apoio permanente do Tribunal de Contas.

E a escolha do Constituinte, para o *controle externo*, de atuação do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, evidencia o monopólio do controle democrático sobre as contas públicas e realização do gasto público, numa formulação coerente com os valores do Estado Democrático de Direito.

Não por outra razão, força da democracia e do Estado de Direito, a Constituição de 1988 trouxe avanços consideráveis na modelação básica do Tribunal de Contas, dotando-o de independência e autonomia, expandindo as suas funções e assegurando a seus membros as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. A Constituição da República impõe, assim, imparcialidade, isonomia e consistência em seus pronunciamentos, todos fundados na argumentação sólida dos julgados, inerente ao Estado de Direito.

Mas as nobilíssimas funções do Tribunal de Contas da União não se estendem ao julgamento das contas da Presidenta da República. Isso lhe veda a Constituição. O art. 71 atribui-lhe diferentes espécies de competência: *a) apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio; b) julgar* – e para isso é o único competente – as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta...; *c) fiscalizar, auditar, e inspecionar preventiva ou repressivamente.*

Quando a Constituição, em seu art. 49, IX, atribui competência exclusiva ao Congresso Nacional para *julgar* anualmente as contas prestadas pelo

Câmara dos Deputados
Fl. 710
Comissões Especiais

Presidente da República, tem como meta objetiva garantir a prevalência dos valores do Estado Democrático de Direito. A natureza do Congresso Nacional, órgão legislativo, composto de eleitos, periodicamente escolhidos pelo povo, plural, representa a mais legítima opção feita para avaliar em julgamento as contas prestadas, não apenas as metas de cunho contábil, operacional, fiscal e patrimonial, mas sobretudo a implementação das grandes políticas sociais-públicas e previamente aprovadas pelo próprio Congresso Nacional. Enquanto as decisões jurisdicionais do Tribunal de Contas da União somente se legitimam pela argumentação fundada em lei, e se restringem aos demais gestores e administradores menores que não a Presidenta, o julgamento feito pelo Congresso Nacional das contas prestadas pela presidência tem a legitimação inerente às democracias representativas.

Ora, a Lei nº 12.593/2012 que dispõe sobre o plano plurianual para o período 2012-2015 tem como diretrizes, segundo seu art.4º, I: *"a garantia dos direitos humanos com redução das desigualdades sociais, regionais, étnico-raciais e de gênero"; IX- o estímulo e a valorização da educação, da ciência e da tecnologia"*. O art. 9º da mesma Lei é enfático: *"São prioridades da administração pública federal o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, o Brasil sem Miséria – PBSM e as definidas nas leis de diretrizes orçamentárias."*

Por sua vez, os Projetos de Leis de Diretrizes Orçamentárias de 2012 a 2015 incorporaram tais prioridades.

E, finalmente a Lei Orçamentária Anual, que regeu o exercício de 2014, Lei nº 12.952, de 20 de janeiro de 2014, programou a despesa e autorizando a abertura de créditos originários e suplementares, relativos ao PAC e ao PBSM, nas condições e limites que impõe (arts. 4º e 7º).

A Constituição da República atribui ao Congresso Nacional a competência exclusiva para avaliar e julgar as contas presidenciais. Exatamente porque a avaliação das políticas públicas de alta relevância, autorizadas em lei pelo próprio Poder Legislativo, demandam uma avaliação de metas, prioridades, finalidades que somente os eleitos, como representantes diretos dos cidadãos, têm legitimidade para fazer. Basta considerar que, dentre os juízes da boa gestão das contas prestadas pela presidência, que são todos os deputados e senadores da

Câmara dos Deputados
Fl. 7109
Comissões Especiais

Casa, destaca-se a importância constitucional da **Comissão Mista Permanente do Orçamento.** Assim dispõe a Constituição:

> *"Art. 166 (...) §1°: Caberá a uma Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados:*
>
> I- *examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República;*
>
> II- *examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58;"*

Portanto a consistência, a coerência, a integração entre os planos de desenvolvimento; o plano plurianual, suas diretrizes, prioridades e metas; a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual são permanentemente controladas, avaliadas e julgadas pelo Congresso Nacional, nesse mister destacando-se exatamente a COMISSÃO MISTA PERMANENTE DO ORÇAMENTO.

O Congresso Nacional avalia e julga o todo. Não lhe basta uma adequação meramente técnica. Mas o Congresso indaga: houve erradicação pelo menos parcial da miséria extrema, houve redução da desigualdade social no País, como impõe a Constituição? Houve mais inclusão na educação, na saúde, na habitação (com os incontáveis programas sociais, todos resultantes de lei, como Bolsa Família, Minha Casa Minha Vida, Universidade para Todos no PROUNI ou no FIES, no ensino técnico do PRONATEC, na elevação contínua do salário mínimo e outros incontáveis programas e projetos, todos aprovados por lei prévia)? Houve estímulos ao desenvolvimento sustentado e sustentável, à iniciativa empreendedora, capaz de gerar empregos, à execução de obras prioritárias com juros subsidiados pela União, em uma série de hipóteses de subvenção federal, que o próprio Congresso Nacional aprovou e autorizou fossem feitos, tanto em lei própria quanto em dotações orçamentárias? Esse julgamento cabe exclusivamente ao Congresso Nacional.

O julgamento das contas da Presidenta da República pelo Congresso Nacional, com exclusividade, representa exatamente isso: o pleno domínio da

Câmara dos Deputados
Fl. 709
Comissões Especiais

democracia e o governo pelo povo e para o povo, único titular do poder, como claramente dispõe o parágrafo único do art. 1° da Constituição da República: *"Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."* Disso resulta a competência primária, única e exclusiva do Congresso Nacional para julgar as contas da Presidenta da República.

A rejeição das contas públicas é medida extrema a qual não pode ser admitida sem relação com o Estado Democrático de Direito e os seus fins constitucionais, como eficácia do princípio de harmonia entre os poderes.

O pronunciamento do órgão técnico de assessoramento do Poder Legislativo, que é o Tribunal de Contas da União – TCU, deveras, tem indiscutível importância para exame, diagnóstico e decisão sobre as contas públicas, mas a Constituição não lhe reserva a palavra final, nem a avaliação da eficácia política-social das metas. Antes, em louvor ao princípio de harmonia entre os poderes, deixa para o Poder Legislativo (Congresso Nacional) a palavra final quanto à análise das motivações empregadas e a relação entre as decisões adotadas e os princípios constitucionais que regem as normas financeiras.

Neste propósito de delimitação da competência do órgão de assessoramento, prescreve a Lei n° 8.443, de 16 de julho de 1992, em seu art. 36, que as contas prestadas pelo Presidente serão apreciadas "na forma estabelecida no Regimento Interno". A mesma Lei, que é a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, no seu art. 15, estabelece em relação aos demais administradores e gestores que "ao julgar as contas, o Tribunal decidirá se estas são regulares, *regulares com ressalva*, ou irregulares."

O que o Tribunal de Contas da União poderá fazer, e é o que tem feito, será sugerir ou opinar no sentido de que o Congresso Nacional julgue as contas presidenciais "regulares", ou "regulares com ressalvas" ou "irregulares". Não obstante, para escolher qualquer uma dessas avaliações, o Tribunal de Contas deverá obedecer rigorosamente os requisitos legais e regimentais. Não poderá fazer menos, uma vez que tais requisitos são aplicáveis ao julgamento das contas dos administradores e gestores menores que não a Presidenta da República.

O espaço da decisão do Congresso Nacional é amplo. Poderá decidir que, apesar da recomendação de "rejeição por irregularidade" advinda do parecer

Câmara dos Deputados
Fl. 7140
Comissões Especiais

prévio do Tribunal de Contas, sejam elas aprovadas sem ressalvas ou com ressalvas.

Para especificar o sentido da noção de "contas regulares com ressalvas" e aquele de "contas irregulares", o art. 16 da Lei nº 8.443/92 prescreve que as contas serão julgadas:

> "*I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;*
>
> *II - **regulares com ressalva**, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;*
>
> *III - **irregulares**, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:*
>
> *a) omissão no dever de prestar contas;*
>
> *b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;*
>
> *c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;*
>
> *d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.*"

Tais pressupostos materiais não se dirigem ao julgamento das contas presidenciais, e nem seria possível, pois o Tribunal de Contas é absolutamente incompetente para isso, mas configuram um limite sério à atuação do Tribunal. São eles requisitos mínimos, de observância obrigatória, em relação às contas prestadas pelos demais gestores e administradores menores na hierarquia do governo federal. Portanto se o Tribunal de Contas não pode julgar as contas de tais gestores e administradores "irregulares", sem observância dos requisitos e pressupostos materiais, postos no citado art. 16 *supra,* então sobejam razões para a sua necessária observância em parecer prévio do Tribunal, relativo às contas presidenciais.

E essa observância não se configurou neste caso concreto. Diante destes pressupostos materiais, excetuadas as alíneas "a" e "d", porquanto incabíveis, a

Câmara dos Deputados
Fl. 7111
Comissões Especiais

decisão política deve aferir se as ressalvas apresentadas são suficientes para atingir algum dos dois pressupostos destacados no Acórdão nº 2461/2015 do TCU, como motivação, a saber: (i) "*prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial*"; ou se houve adicionalmente algum (ii) "*dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico*".

Esta disposição evidencia, com rigor, a força cogente das "ressalvas", que não são mera admoestação ou sugestão, mas que podem implicar a rejeição de contas, como medida extrema, caso não observadas, oportunamente, na execução orçamentária subsequente ou posterior (evidentemente no pressuposto de tais alertas ou ressalvas serem ratificados pelo Congresso Nacional, no julgamento que lhe cabe das contas presidenciais prestadas).

Uma breve observação deve ser pontuada, pois ela acaba repercutindo diretamente neste tópico inaugural. O modelo francês de controle de contas, por meio de um tribunal, *Cour des Comptes,* foi o grande inspirador do Brasil e de outros países, exceção feita aos países do *common law,* afeitos ao modelo inglês de controle legislativo por meio de *auditor ou controlador* geral (*Comptroller General).* Com a denominação de tribunal, já se evidenciam as grandes diferenciações: o Tribunal de Contas terá função jurisdicional, ou seja, julgará as contas públicas (todas elas) com recursos possíveis ao Conselho de Estado em França, o que não se dá no Brasil. Não obstante, como já observamos, aos Tribunais de Contas do Brasil foi subtraída a competência para avaliar e julgar as contas do Chefe do Poder Executivo. Daí a forma de controle nacional em que a atuação do Congresso Nacional é tão relevante, pois apenas ele e tão somente ele julgará, com exclusividade, as contas presidenciais em uma concepção democrática forte, de outorgar aos eleitos, representantes do povo, a palavra final.

Em contrapartida, em todos esses modelos há evidentes adaptações às formas parlamentaristas, presidencialistas ou semi-presidencialistas de governo. Nos regimes parlamentaristas, as rejeições das contas não desencadeiam uma crise desestabilizadora, daí a força do *Comptroller* Geral inglês, considerado funcionário do Parlamento, somente escolhido e demissível pelo próprio Parlamento. Na verdade ele é colaborador direto (e toda a sua numerosa equipe) da Comissão Parlamentar de Contas. Porém, mesmo na Inglaterra, de modelo

Câmara dos Deputados
Fl. 711
Comissões Especiais

parlamentar, há diferença na força vinculante das advertências: *"Segundo Young, quando a Comissão Parlamentar faz advertência, 'leve e suave como arrulho de pomba', ao Tesouro, este 'ruge como leão da Líbia' para o departamento que deu causa à falta reprovada."*[209] Ou seja, o controle do Tesouro é muito mais forte do que são as advertências advindas do controle legislativo. Porém a mesma inspiração inglesa foi modificada e descaracterizada nos EUA, perdendo força a sua plena independência. Exatamente porque a rejeição das contas *in totum* acarretaria uma desestabilização política e administrativa sem precedentes no regime presidencialista.

No modelo dos Tribunais de Contas, a mesma suavização se passa, como resultado do regime presidencialista (ou semi). Em França, as contas presidenciais mantiveram-se insindicáveis e inavaliáveis pelo Tribunal de Contas durante praticamente toda a história daquela prestigiadíssima Corte. Para isso sempre houve um recorte das contas: aquelas de responsabilidade exclusiva da presidência – insindicáveis – e aquelas de responsabilidade dos demais administradores e gestores públicos – apreciáveis e afinal julgadas pelo Tribunal (embora com recurso ao Conselho de Estado). Somente na gestão do Presidente Nicolas Sarkozy (2007-2012), por meio de nova interpretação das atribuições daquela Corte, pela primeira vez, ela se pronunciou, de forma extraordinariamente tímida, sobre tais contas, sendo a avaliação limitada às contas palacianas e às viagens presidenciais.

Todas as contas públicas no Brasil são levadas ao Tribunal de Contas. Há então uma atividade de superposição. Ao nosso TCU, compete julgar as contas dos gestores e administradores públicos, da administração direta e indireta, em caráter exclusivo. Exceção feita às contas da Presidenta da República. Em relação a elas, a Constituição da República teve cuidado especial. Entregou ao Congresso Nacional a palavra final. Mas inexiste em nosso País um recorte formal e legal daqueles procedimentos e ações que seriam integrantes das contas presidenciais, com avaliação em separado.

Há pois uma atividade de superposição, de tal modo que as advertências, ressalvas, alertas e recomendações do Tribunal de Contas da União – se não

[209] Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças.* 15ª ed. Atualização de Dejalma de Campos. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 447, not 1. BALEEIRO cita YOUNG, apoiado em BUCK e nos estudos de HARBY, Frank: *"Le Rôle du Comptroller – Auditor General", in Annales* F.P., XI-XII, p.157 e segs.

Câmara dos Deputados
Fl. 7113
Comissões Especiais

forem confirmadas pelo Congresso Nacional em seu julgamento exclusivo e final da prestação de contas da Presidenta - têm o efeito de um "arrulho de pomba", na expressão de Young, mas se transmudam em "rugido de Leão da Líbia" em relação aos ordenadores de despesa, gestores e administradores dos departamentos, seções, organismos, etc. da administração direta e indireta. Assim sendo, por via oblíqua, mesmo antes do pronunciamento do Congresso Nacional, há uma natural tendência de enquadramento e de ajustamento (de baixo para cima) da gestão e administração das contas públicas aos alertas e advertências do TCU. Solução alternativa, ainda não adotada no âmbito do TCU, por ausência de lei, são os "termos de ajustamento de gestão" em que se converteram vários "alertas e ressalvas" dos Tribunais de Contas dos Estados, sendo pioneiro o Estado de Minas Gerais. Ao invés da gravíssima rejeição das contas do governador, faz-se um termo de ajustamento de gestão – para o futuro – como ocorreu na gestão do Governador Antonio Augusto Anastasia, a propósito da aplicação dos recursos mínimos obrigatórios na saúde e na educação (Processo nº 86294 –TCE/MG, 2012). Mais eficazes e diretos, os termos de ajustamento resolvem o problema da superposição de avaliações das contas, evitando o impasse sério e danoso ao País, da proposição de rejeição, em regime presidencialista de governo.

Neste particular, ao dispor sobre as "Contas Regulares com Ressalva", diz o art. 18 da Lei nº 8.443/92 que o TCU, nestas, dará quitação ao responsável e "*lhe determinará, ou a quem lhe haja sucedido, a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes.*" Portanto, as medidas apontadas são de cumprimento vinculante para a Administração e têm caráter corretivo de notável valia. Mas no caso das contas prestadas pela Presidenta da República é necessário que as "ressalvas", postas *ab initio* no parecer prévio do Tribunal de Contas sejam mantidas no julgamento do Congresso Nacional para que tal vinculação ganhe a força necessária.

Mas não só. O Regimento Interno do TCU (RITCU), aprovado pela Resolução TCU nº 155/2002, prevê, ainda, no art. 208, que as "*as contas serão julgadas regulares com ressalva quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza* formal de que *não resulte dano ao erário*". Entretanto, não se encontra no texto do Acórdão nº 2461/2015 do TCU nenhuma referência, **uma única sequer**, que atribua "dano ao erário", às condutas

Câmara dos Deputados
Fl. 7114
Comissões Especiais

praticadas. Portanto, apesar das formalidades ou eventuais faltas que possam ter ocorrido, individualmente ou em conjunto, estas não são suficientes para a medida extrema de rejeição das contas ou de sua recomendação.

Destarte, a **correta qualificação de "dano ao erário" precisaria vir adequadamente determinada, e fartamente demonstrada**, não sendo suficiente a simples imputação ou alegações a título de suposta "motivação implícita". Caberia ao órgão de assessoramento legislativo, que é o TCU, promover todos os meios necessários para esta evidência probatória. Se não o fez é exatamente porque inexistente. Cumpre ao Congresso Nacional deliberar sobre estes fundamentos, mas sem perder de vista a decisão tomada no Acórdão nº 2461/2015. Uma vez efetuada a correção no julgamento do Congresso Nacional, para aprovação integral ou mantidas as "ressalvas", todas ou algumas, tornam-se elas cogentes para a Presidência da República. Mas somente a partir desse momento.

Por outro lado, no que concerne ao art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92 (*prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial*), o art. 209 do Regimento Interno do TCU já incumbia, ao próprio órgão, o dever de verificar "a boa e regular aplicação dos recursos"; o que se impõe como impeditivo para a rejeição das contas, nos seguintes termos:

> *"Art. 209. O Tribunal julgará as contas irregulares quando evidenciada qualquer das seguintes ocorrências: (...) "§ 2º Contas apresentadas em desacordo com as normas legais e regulamentares aplicáveis à matéria poderão ser julgadas regulares com ressalva, desde que se comprove, por outros meios, a boa e regular aplicação dos recursos."*

Diante dessas considerações, pode-se concluir que, na hipótese de decisão do TCU com fundamento unicamente na "*prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial*" (art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92 ou art. 209, II do Regimento Interno), não se pode admitir a conclusão por "contas irregulares" quando não estiverem adequadamente configurados:

(i) *Dano ao erário* (excludente do art. 208 do Regimento Interno); ou

Câmara dos Deputados
Fl. 7115
Comissões Especiais

(ii) *Quando se comprove, por outros meios, a boa e regular aplicação dos recursos* (excludente do art. 209, § 2º do Regimento Interno).

Os dois requisitos acima não são exigidos conjuntamente, mas se habilitam para autorizar a alteração válida da decisão de "contas irregulares" para "contas regulares com ressalvas". E, na situação aqui examinada, não se verifica qualquer condenação fundada em "*dano ao erário*". Ademais, resta claro o fim das condutas consideradas *impropriedades* ou *faltas identificadas*. A ação do Poder Executivo, visivelmente, foi pautada pela *boa e regular aplicação dos recursos*, constatação da qual não se pode fugir, quando da apreciação das políticas públicas (habitacionais, de combate à pobreza, dentre outras) ou do destino dos fins legais dos recursos.

Enfim, esses dois aspectos de extrema relevância deveriam estar indubitavelmente demonstrados para fundar, com eficiência, o julgamento das contas presidenciais como "irregulares", a saber, a existência de dano ao erário; a aplicação irregular dos recursos. **Nenhuma palavra, silêncio e vazio das provas**. Além desses dois pressupostos, que resultam de exigência legal, e que são faltantes no parecer prévio do Tribunal de Contas da União, a "boa e regular aplicação" poderia envolver, para os mais exigentes, um terceiro pressuposto. Não deveria o parecer prévio auxiliar o Congresso Nacional do ponto de vista qualitativo? Eficiência, eficácia e economicidade, objetivos finalmente a serem atingidos, não integraram a apreciação prévia do Tribunal de Contas.

Por que motivo não se registraram, no parecer prévio do TCU, **sob o prisma da economicidade,** as vantagens advindas dos procedimentos de gestão escolhidos pela Administração Federal, que são os mesmos de anos a fio, em relação às contas de suprimento mantidas junto à Caixa Econômica Federal – CAIXA; junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS; junto aos demais programas sociais e de investimento?

Ora, FEITAS AS CONTAS, inexiste saldo negativo nesses suprimentos, em favor da CAIXA ao final do exercício de 2014. E, antes do término do exercício, o saldo médio é sempre positivo, em favor da União, resultando daí a remuneração devida pela CAIXA EM FAVOR DA UNIÃO, e não o contrário. Além disso, segundo os dados levantados pela NOTA TÉCNICA do SUAFI 011/2015, os repasses do Tesouro superam os saques em R$ 940,9 milhões de reais. Ao longo do processo, a União deixou de repassar, desnecessariamente,

Câmara dos Deputados
Fl. 7116
Comissões Especiais

recursos da ordem de R$ 1.879.917.677, o que significa **economicidade**, já que esses mesmos recursos, em lugar de ficarem ociosos, atenderam com mais imediatismo a outras políticas relevantes, validadas na LOA.

Ao contrário, o parecer prévio do TCU inquinou de irregulares os procedimentos acima citados (identificando-os, pela primeira vez, como operação de crédito) embora tenham resultado de prática antiga já consagrada, sem qualquer censura do próprio TCU, ou do Congresso Nacional e, embora tenham resultado em **legitimidade e economicidade evidentes para a União e, consequentemente, para os cidadãos brasileiros.**

A rejeição das contas públicas sugerida, resultado de verdadeiro processo administrativo sancionador, de se ver, é medida extrema a qual não pode ser admitida sem relação com a eficácia do princípio de harmonia entre os Poderes e o equilíbrio com os fins constitucionais do Estado brasileiro.

Diante dessas constatações, no mínimo, em atenção à razoabilidade e à proporcionalidade que devem pautar os procedimentos administrativos sancionadores, as contas da Presidência da República, para o exercício de 2014, no parecer prévio do TCU deveriam ter merecido a posição de aprovadas ou aprovadas com ressalvas. O direito administrativo sancionador está submetido à proporcionalidade, de modo que a "dosimetria" das sanções deve levar em conta os valores da segurança jurídica por orientação que as ressalvas do TCU devem propiciar.

Repita-se à exaustão: duas razões concorrem para tanto: (i) de um lado, não se verifica, no caso, qualquer condenação fundada em "*dano ao erário*"; (ii) ademais, como ficou demonstrado neste Parecer, as condutas do Governo Federal consideradas *impropriedades* ou *faltas identificadas*, pelo TCU, a título *e.g.* de questionável entendimento ampliativo do conceito jurídico de "operações de crédito", para fins de aplicação da vedação consignada no art. 36 da LRF, sempre estiveram pautadas pela *boa e regular aplicação dos recursos;* (iii) finalmente as mesmas condutas administrativas, do ponto de vista da economicidade trouxeram relevantes vantagens (em bilhões) aos cofres públicos federais, em gestão responsável. Exatamente o contrário do dano ao erário.

Isso porque, tratando-se das contas da mais alta autoridade do Poder Executivo, sendo elas altamente complexas e extensas, envolvendo a

Câmara dos Deputados
Fl. 7117
Comissões Especiais

administração direta e indireta, os alertas constantes do parecer prévio do Tribunal de Contas devem:

(i) obedecer aos requisitos mínimos, estabelecidos na Lei 8.443/92, sem cuja observância, o Tribunal não pode sequer sugeri-las ao Congresso Nacional;

(ii) perder seu "efeito", se superadas pelo Congresso Nacional, único competente para julgar as contas presidenciais, com ressalvas ou não.

Compete, pois, à COMISSÃO MISTA PERMANENTE DO ORÇAMENTO, nos termos do art. 166 da Constituição da República, corrigir os excessos contidos no parecer prévio do TCU. É inadmissível a sugestão de rejeição de contas ou de irregularidade, sem identificação, registro ou demonstração de **dano ao erário.** Ao contrário, houve vantagens financeiras aos cofres públicos em quase dois bilhões de reais com as condutas de gestão adotadas pelo Governo Federal. Finalmente, inexiste, neste caso concreto, irregular aplicação dos recursos públicos.

(B) Qual a natureza jurídica do Parecer Prévio do TCU do Parecer da CMPOF e o "julgamento" da prestação de contas pelo Congresso Nacional? Quando se dá a eficácia de legalidade e de coisa julgada?

O exame e julgamento das contas da União é o máximo do controle de coerência de legalidade que o Congresso Nacional promove no ciclo das leis de orçamento. Uma decisão eminentemente jurídica, a conciliar técnica, política e juridicidade, segundo as manifestações do "Parecer Prévio" do Tribunal de Contas da União – TCU, o "Parecer" de exame das contas da Comissão Mista Permanente de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMPOF e o "Relatório" do Relator do Decreto Legislativo, todos com equivalente dignidade e estatura constitucional. E tudo segundo os valores do "devido processo legal", submetidos ao dever de motivação e com a mesma finalidade: exercer o controle externo de legalidade, legitimidade e economicidade das contas públicas.

O Congresso Nacional é o único **órgão** do Estado dotado de competência para aprovar as leis orçamentárias e, igualmente, após o término do ano fiscal, examinar e "julgar", em caráter terminativo, as contas relativas à execução das leis orçamentárias e respectivos planos e planejamentos realizados, para determinar se aquilo que foi autorizado, ao fim e ao cabo, quedou-se

Câmara dos Deputados
Fl. 7118
Comissão Especial

adequadamente cumprido, na condição de "balanço público" por parte de todos os poderes (executivo, legislativo e judiciário).

Numa especificação do **objeto** do controle externo, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF prescreve a consolidação das Contas de Governo de outras autoridades para serem prestadas pelo Presidente da República. Logo, em combinação com as contas do Executivo, todas as demais deverão ser consolidadas, em até sessenta dias da abertura da sessão legislativa (Emenda Constitucional nº 50, de 2006). Como destaca o parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, a Lei Orgânica do TCU, *as contas constituirão nos balanços gerais da União*.[210] O que se aprova, portanto, tem a natureza de "balanço público da União".

A Constituição outorgou ao Poder Legislativo o controle democrático das contas da **presidência,** na sua integralidade, do qual igualmente são chamados a participar o povo e a imprensa livre, dado que sujeito à crítica e aberto à participação social (audiência pública) e transparência da disponibilidade de todos os documentos relativos às contas disponíveis para acesso.

Quanto às **competências**, a Constituição Federal de 1988 demarcou em disposições expressas os poderes dos órgãos responsáveis pela execução, processamento e julgamento do orçamento e das contas prestadas pelo Presidente da República, a serem exercidas em conformidade com os direitos inerentes ao "*due process of law*".

Cabe ao Presidente da República *prestar as contas referentes ao exercício anterior*, mediante a elaboração do "balanço da União", diretamente ao Congresso Nacional, no prazo de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa. *In verbis*:

"Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

---

[210] LRF: "Art. 36. Ao Tribunal de Contas da União compete, na forma estabelecida no Regimento Interno, apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio a ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento.

Parágrafo único. *As contas constituirão nos balanços gerais da União* e no relatório do órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos de que trata o § 5º do artigo 165 da Constituição Federal."

Câmara dos Deputados
Fl. 7111
Comissões

> XXIV – *prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior.*"

A prática da prestação anual de contas pelo Presidente da República exalta os valores republicanos e da divisão e equilíbrio entre os Poderes. Somente em democracias responsáveis com os valores republicanos e comprometidas com a continuidade do Estado e com as gerações futuras tem-se o enaltecimento da responsabilidade fiscal.

Como visto, a Constituição manda o Presidente da República prestar as contas ao Congresso Nacional, e não ao Tribunal de Contas da União, que recebe as contas enviadas pelo Parlamento para manifestar sua opinião na forma de "parecer prévio", em típica competência de órgão auxiliar do controle externo. A saber:

> "Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
>
> I – *apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento.*"

Recebidas as contas, o Tribunal de Contas as "aprecia" e, ao final, delibera mediante *parecer prévio*, o qual deverá ser elaborado em sessenta dias, a contar de seu recebimento. Portanto, como o TCU não recebeu competência para "julgar" as contas, a Constituição afastou os efeitos de "coisa julgada" do "parecer prévio", ainda que se revista de elevada responsabilidade.

Quem detém os poderes para "julgar" as *contas prestadas pelo Presidente da República* é o Congresso Nacional, nos termos do art. 49, IX da CF/88. E se "julga", decide em caráter definitivo, levando em conta os fundamentos adotados para a formulação e aprovação do orçamento.

Eis sua redação:

> "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
>
> (...) IX – *julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República* e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo."

Câmara dos Deputados
Fl. 7120
Comissões Especiais

Para que o Congresso Nacional possa "julgar" e votar o projeto de decreto legislativo, que terá por objeto a "aprovação", "aprovação com ressalvas" ou "rejeição" das contas, o Relator será eleito pela Mesa Diretora, que apresentará seu "relatório", a partir do "Parecer" da CMPOF.

Assim, para "julgar" as contas, o Congresso Nacional vê-se assessorado pela Comissão Mista Permanente de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMPOF, composta por 84 membros titulares, sendo 63 deputados e 21 senadores, que tem a missão de examinar e emitir parecer sobre os projetos de lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias, de lei orçamentária anual e seus créditos adicionais e sobre as *contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República*, além de exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária da União. Portanto, a CMPOF é responsável por todo o processo orçamentário, constituindo-se no mais importante instrumento de fiscalização e de avaliação política do Congresso sobre o fiel cumprimento do orçamento e suas leis vigentes. Como se encontra na Constituição:

> "Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.
>
> § 1° Caberá a uma comissão mista permanente de Senadores e Deputados:
>
> I – *examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República.*"

Numa síntese, o julgamento das contas do balanço da União pelo poder legislativo constitui a última etapa do ciclo orçamentário, que começa com a edição do Plano Plurianual, prossegue com a aprovação da Lei de Diretrizes Orçamentárias, e, diante dessas leis-quadro, vê-se construída a proposta orçamentária pelo poder executivo. A seguir, Câmara e Senado discutem e votam a lei orçamentária anual, a ser executada no exercício seguinte. Após a execução do orçamento, prossegue-se com o controle externo do balanço das contas apresentado, mediante "parecer prévio". E, para conclusão, chega-se à decisão terminativa do Congresso Nacional, após o exame e parecer da CMPOF, que tem a responsabilidade de acompanhar todo o *iter* orçamentário, da elaboração à execução e, ao final, seu controle na forma de "balanço das contas da União".

Câmara dos Deputados
Fl. 2121
Comissões Especiais

Importa-nos, aqui, distinguir as funções dos pareceres do TCU e da CMPOF, em face do julgamento das contas pelo Congresso Nacional.

O *Parecer Prévio* pode ser definido como ato de análise técnica de apreciação especializada do Tribunal de Contas da União, mediante decisão seguida de devido processo legal, na qual o Tribunal recomenda ou sugere ao Congresso Nacional a aprovação, a aprovação com "ressalvas" ou a rejeição das contas prestadas anualmente pelos chefe do Poder Executivo.

Como assinalado, segundo o art. 71, I da CF/88, combinado com o Art. 49, IX, da CF/88, as contas anualmente prestadas ao Tribunal de Contas serão objeto de "parecer prévio" sobre as contas da União, prestadas pelo Presidente da República, consolidada segundo o *princípio da unidade*, e dirigida ao Congresso, para julgamento definitivo sobre o balanço das referidas contas.

Enquanto compete ao TCU "apreciar" as contas, mediante "parecer prévio", cabe à CMPOF "*examinar e emitir parecer*", como etapa preparatória para o "julgamento" do Congresso Nacional. Já aquele "parecer" da CMPOF, cuja função constitucional consiste em acompanhar toda a elaboração, execução e prestação de contas do orçamento, é emitido por deputados e senadores, que são justamente juízes das contas prestadas. Afinal **julgarão em plenário a boa gestão das contas púbicas**. Daí que não se pode reduzir a relevância singular desta magna Comissão, cujo "parecer" (final) tem importância fundamental no controle de contas.

A eficácia de "coisa julgada" advirá da decisão do Congresso Nacional, que detém competência para "julgar", em caráter definitivo, as contas do Presidente da República. A decisão do Congresso Nacional corresponde à única deliberação jurídica de caráter definitivo, como ápice do controle de legalidade pelo próprio Parlamento, amparada na análise técnica do "Parecer Prévio" do TCU, bem como do exame e "parecer" da CMPOF.

Portanto, a deliberação do Congresso Nacional não se reduz a decisão meramente "política", mas de ato legislativo com eficácia jurídica em grau máximo, no controle de legalidade dos seus próprios atos, i.e., a execução das leis orçamentárias em vigor.

Logicamente, no exercício desta função de oferta do Parecer Prévio" (Art. 71, I da CF/88), a deliberação adotada pelo Tribunal de Contas terá natureza "administrativa", sem qualquer eficácia de "coisa julgada" administrativa ou

Câmara dos Deputados
Fl. 7122
Comissões Especiais

equivalente. A eficácia jurídica da decisão e das "ressalvas" adotadas pelo Tribunal quedam-se na dependência da decisão do Congresso Nacional. E somente quando acatadas, as ressalvas ganham eficácia de precedentes vinculantes para a Administração.

Ao tempo que a decisão do TCU, na forma do "Parecer Prévio", é desprovida de "imutabilidade", por ter natureza "administrativa" e não se afirmar com "coisa julgada", como reconhecido em Jurisprudência consolidada do STF[211] e do STJ, bem como de quase toda a doutrina, somente a decisão do Congresso Nacional gera efeitos vinculantes contra os responsáveis pela execução orçamentária, como etapa final do controle externo de legalidade, economicidade e legitimidade sobre o balanço. Um panorama da doutrina foi fartamente desenhado no corpo deste Parecer.

Portanto, a manutenção ou rejeição dos conteúdos dos "pareceres prévios" não depende de uma relação entre suposta decisão "técnica", adotada pelo TCU no seu "parecer prévio", *versus* decisão "política", que seria aquela do Congresso Nacional. Nada disso. Justamente para evitar esse tipo de reducionismo, a Constituição integra ao processo de controle externo uma Comissão Permanente de Orçamento e de Fiscalização (a CMPOF), cujo "parecer" é igualmente parte do processo, com idêntica dignidade jurídica e qualificação técnica de quem responde por toda a extensão da formação ao cumprimento da peça orçamentária.

---

[211] Como já decidiu o STF sobre o caráter definitivo do julgamento de contas pelo TCU, tem-se o seguinte: "(...) *é clara a distinção entre a do art. 71, I — de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo — e a do art. 71, II — de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.* II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas." STF, Tribunal Pleno, ADI 849/MT. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 11/02/1999. Publicado no *DJ* de 23/04/1999.

Câmara dos Deputados
Fl. 7123
Coordenação de Comissões Especiais

Os controles jurídicos da ação política, vêse, não podem chegar à negação das escolhas públicas, ao inibir, tolher ou abstrair a decisão política da atividade financeira do Estado, que é sempre revestida de juridicidade, nos seus procedimentos e formas. Impedir ou embaraçar a decisão política que atende aos ditames jurídicos é o mesmo que invadir competência, em contrariedade à divisão de poderes e à democracia.

Esta exigência de convergência entre Política e Direito para a atuação da atividade financeira do Estado não pode ser recebida como novidade. É mera aplicação do Direito Positivo. Basta verificar que a Lei 4.320/1964, no seu art. 2.°, já prescreve que "a Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa, de forma a evidenciar a *política econômica financeira* e o *programa de trabalho do Governo*, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade". Portanto, se o orçamento não contemplar esta representação da política e dos programas de governo, suficientes para evidenciar as escolhas públicas sobre receitas e despesas, não cumprirá juridicamente sua função constitucional e legal.

O orçamento deve ser um meio de transparência da aplicação do Direito Positivo (leis e atos administrativos primários que decidiram sobre a realização das despesas e receitas públicas) e da política (*política econômica financeira* e *programa de trabalho do Governo*), que se integram na atividade financeira do Estado.

Em qualquer uma destas etapas, de certo, haverá cabimento para a interpretação jurídica das legislações, as quais podem ser divergentes entre si, como se verifica entre tribunais, cotidianamente. É lugar comum no Direito a exclusão da única resposta correta. E nenhuma decisão é apenas "técnica". Muitas vezes, nesta escolha, está a pior das ideologias, que é a demonização da escolha pública fundada na decisão democrática.

Por fim, a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei complementar n° 101, de 4 de maio de 2000, caracteriza, corretamente, no art. 48, "as *prestações de contas* e o respectivo *parecer prévio*" como *instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público.* E acresce que esta transparência será assegurada também pelo incentivo à participação popular e realização de audiências públicas. Em seguida, ao tratar "das Prestações de Contas", o Art. 56, § 3° prescreve que "*será dada*

Câmara dos Deputados
Fl. 7124
Comissões Especiais

ampla divulgação dos resultados da apreciação das contas, julgadas ou tomadas." Neste caso, a transparência será dada não apenas ao parecer prévio do TCU, mas aos pareceres da CMPOF e ao Relatório do Relator do projeto de decreto legislativo. Daí serem louváveis os esforços de *accountability* e de transparência dos tempos recentes, para os efeitos das contas de 2014. Isso demonstra amadurecimento institucional e o firme desejo que seja esta a prática reiterada ao longo de todos os exercícios futuros.

(C) Qual a relevância das metas e prioridades do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias na apreciação das contas presidenciais do ano de 2014 pelo TCU e pelo Congresso Nacional?

RESPOSTA: Metas, prioridades e ações, estabelecidas no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias – não apenas as metas fiscais – são decisivas na apreciação das contas presidenciais. Em realidade a Lei do Orçamento Anual – LOA - deve estar com elas harmonizada.

Mas a diferenciação entre metas fiscais, metas sociais prioritárias, despesas obrigatórias de duração continuada e despesas discricionárias é necessário pois a lei lhes dá tratamento diferenciado.

Sendo assim, é preciso ponderar que a LDO, Lei 12.919, de 24 de dezembro de 2013, em seu art. 2º, estabeleceu a meta fiscal de R$ 116.072.000.000 (cento de dezesseis bilhões) para 2014. Mas as leis não são inflexíveis. Antes do final do exercício, tais limites podem ser e vêm sendo alterados por lei. Isso ocorreu não apenas em 2014 como em exercícios anteriores. É que as receitas são meramente estimadas, ou seja, a arrecadação poderá ser superior ou inferior àquela prevista na LOA. E, em contrapartida, podem surgir gastos emergenciais. Em consequência, há uma série de instrumentos legais, autorizativos de soluções, limitação de gastos por empenho, contingenciamento, etc., se ocorrer insuficiência de recursos. Em decorrência, a receita pública é sempre contabilizada pelo critério de caixa, ou seja, somente são computados aqueles valores efetivamente arrecadados ou entesourados.

Igualmente os objetivos, as metas sociais prioritárias a serem alcançadas, as despesas discricionárias ou não, etc. se interligam entre os diversos documentos legais, o que é notável.

Dispõe a Constituição da República que:

Câmara dos Deputados
Fl. 7125
Comissões Especiais

"Art.166 (...) §3° As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I-sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;"

Já registramos que a Lei n° 12.593/2012, que dispõe sobre o plano plurianual para o período 2012-2015, tem como diretrizes, segundo seu art.4°, I: *"a garantia dos direitos humanos com redução das desigualdades sociais, regionais, étnico-raciais e de gênero"; IX- o estímulo e a valorização da educação, da ciência e da tecnologia"*, entre outros. O art. 9° da mesma Lei é enfático: *"São prioridades da administração pública federal o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, o Brasil sem Miséria – PBSM e as definidas nas leis de diretrizes orçamentárias."*

Por sua vez, os Projetos de Leis de Diretrizes Orçamentárias de 2012 a 2015 dispuseram sobre as prioridades nos seguintes termos:

"Art. 4°. As prioridades e metas da administração pública federal para o exercício de 2014, atendidas as despesas contidas no Anexo III e as de funcionamento dos órgãos e das entidades que integram os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, correspondem às ações relativas ao Programa de Aceleração do Crescimento – PAC e ao Plano Brasil Sem Miséria – PBSM, as quais terão precedência na alocação dos recursos no Projeto e na Lei Orçamentária de 2014, não se constituindo, todavis, em limite à programação da despesa"(Redação do PLDO de 2014).

Ao fim e ao cabo, a Lei de Diretrizes Orçamentárias-2014 incorpora as ditas prioridades, pois o art. 7°, §4°, inciso II, alínea "c" definiu o PAC na marcação do resultado primário –RP-3; na sequência, o Anexo III da LDO determina a inclusão das ações relativas ao PBSM nas informações complementares do projeto de lei orçamentária 2014, inclusão que foi feita.

Finalmente a Lei Orçamentária Anual, que regeu o exercício de 2014, Lei n° 12.952, de 20 de janeiro de 2014, programou a despesa por Poder, Órgão e Função, autorizando a abertura de créditos orçamentários e suplementares, relativos ao PAC e ao PBSM, nas condições e limites que impõe (arts. 4° e 7°).

Na apreciação dessas articulações, integradas em leis diferentes, destacou-se, na RESPOSTA ao quesito anterior, a relevância das funções de avaliação das

Câmara dos Deputados
Fl. 1126
Comissões Especiais

metas, prioridades e finalidades, atribuídas pela Constituição da República à COMISSÃO MISTA PERMANENTE DO ORÇAMENTO – CMPOF (art.166).

Portanto a consistência, a coerência, a integração entre os planos de desenvolvimento; o plano plurianual, suas diretrizes, prioridades e metas; a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual são permanentemente controladas, avaliadas e julgadas pelo Congresso Nacional, nesse mister, destacando-se exatamente a COMISSÃO MISTA PERMANENTE DO ORÇAMENTO – CMPOF.

O Congresso Nacional avalia e julga o todo. Não lhe basta uma adequação meramente técnica. O julgamento das contas da Presidenta da República pelo Congresso Nacional, com exclusividade, representa exatamente isso: o pleno domínio da democracia e o governo pelo povo e para o povo, único titular do poder, como claramente dispõe o parágrafo único do art. 1° da Constituição da República: *"Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."* Disso resulta a competência primária, única e exclusiva do Congresso Nacional para julgar as contas da Presidenta da República.

Parece-nos estranho que exatamente os procedimentos e as condutas utilizadas pelo Governo Federal na condução dos programas sociais, absolutamente prioritários, de acordo com as Leis do PPA, Diretrizes Orçamentárias e Orçamento Anual, portanto configurando gastos devidamente autorizados por créditos orçamentários ou adicionais e mais, previstos ainda em Leis autônomas, próprias e específicas, configurando, por isso, *despesas de duração continuada,* tenham sido questionados no parecer prévio do TCU.

Os quesitos que se seguem, "c", "d", "e", "f", "g" e "h", referem-se exatamente aos gastos que envolvem os programas sociais mais prioritários da República (PBSM, PAC, inclusive, Bolsa-Família, Minha Casa Minha Vida, etc). Depois de longos anos de práticas reiteradas, consagradas em lei própria ou em contratos específicos, o TCU passou a caracterizar aqueles procedimentos contábeis e administrativos, levados tradicionalmente a cabo no bojo de tais programas, como operações de crédito, reclamando de falta de transparência e, com isso, elevando o endividamento, de forma artificial.

Tanto mais artificial quanto inusitada pois tal apreciação do TCU pretende alterar as metas fiscais. Ora, o único órgão competente para a consolidação da

Câmara dos Deputados
Fl. 7127
Comissões Especiais

dívida líquida do setor público DLSP é exatamente o Banco Central do Brasil, a autoridade monetária do País, que nunca considerou o Fundo de Garantia por tempo de serviço, nem tampouco o FINAME como instituições financeiras e que, finalmente, é o único competente para impor a METODOLOGIA correta para apuração dos resultados primário e nominal.

Com isso, o Tribunal de Contas da União, valiosíssimo para aferir a obediência à lei, à legitimidade e economicidade da gestão financeira e social, ao invés de reconhecer suas limitações no que tange à definição da METODOLOGIA adequada para medir as metas fiscais, considerou "irregulares" as contas prestadas pela Presidenta da República.

Aquilo que é prioridade, aquilo que é ação social preferencial e fundamental ao Estado Democrático de Direito, o Congresso Nacional já decidiu. As leis citadas são o resultado de suas escolhas. Vamos respeitá-las e vamos dar a elas a plena extensão que merecem. Quanto às metas fiscais, não pode o TCU interferir na metodologia utilizada. Isso porque, existente lacuna, sem lei aprovada, como recomenda a LRF, cabe tradicionalmente ao BCB, a autoridade monetária do País, a elaboração das estatísticas macroeconômicas e a definição do que seja "instituição financeira", assim como a definição da METODOLOGIA de avaliação dos resultados primário e nominal. Mudança poderá haver, sem dúvida, desde que lei, **emanada do Congresso Nacional, o faça.**

(D) **Os adiantamentos concedidos, pela Caixa Econômica Federal à cobertura de despesas no âmbito dos programas Bolsa Família, Seguro Desemprego e Abono Salarial configuram operações de crédito, considerando que o Tribunal de Contas tem admitido a possibilidade de a instituição financeira promover pagamentos, sem prévia cobertura pelo Tesouro Nacional em períodos curtos, nos termos do Decreto nº 8.535/2015?**

RESPOSTA: Como demonstrado ao longo deste Parecer, é restritiva a expressão "*operações de crédito*" consignada no art. 29, III, da LRF. Este dispositivo impede qualquer recurso a interpretações ampliativas ou capazes de acrescer limites que a LRF não constituiu.

Câmara dos Deputados
Fl. 7128
Comissões Especiais

A vedação contida no art. 36 da LRF, unicamente contemplará "operações de crédito" que mantenha alguma identidade ou semelhança material com as aludidas modalidades do art. 29, III, da LRF.

Ora, se as operações que se encontram expressamente equiparadas, pela LRF, delimitam o sentido e o alcance do inciso III de seu art. 29, não pode o intérprete, quando do exame jurídico dos serviços financeiros contratados pela União, utilizar-se de interpretação extensiva e criativa para obter resultado estranho aos limites que guardem semelhança com os referidos atos ou negócios jurídicos, quais sejam: "mútuo", "abertura de crédito", "emissão e aceite de título", "aquisição financiada de bens", "recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços", "arrendamento mercantil" ou "uso de derivativos financeiros".

Destarte, para que determinada operação seja considerada *assemelhada* àquelas do art. 29, III, da LRF, evidencia-se imperioso um vínculo objetivo entre a operação considerada e a materialidade jurídica daquelas listadas no dispositivo em questão.

O conceito de **operação de crédito,** contido no art. 29, III, da LRF deve ser extraído, e não vamos entrar em sua essência, a partir de dois pressupostos vitais:

(a) o respeito à forma jurídica, imposta pela lei, sem equiparações econômicas ou de qualquer outra natureza. É evidente que, financeira e economicamente, toda vez que alguém detém o capital alheio, as causas podem ser diversas – operação de crédito, conta-corrente, atraso no pagamento das obrigações, simples inadimplência, por ex., - poderá haver condenação ao pagamento de juros pela mora; ou indenização por danos emergentes... Os efeitos econômicos e financeiros poderão ser idênticos (privar alguém do próprio capital), mas a forma jurídica é radicalmente diversa. A equiparação será indevida e as consequências são graves; é claro que as contratações de operação de crédito levam ao uso do capital alheio igualmente, mas como forma originária, sem prévia causa em contrato de outra natureza ou decorrência de ato ilícito.

E, sobretudo, não se pode confundir a acepção vulgar de "dívida" com operação de crédito, efetuada pelo Poder Público na administração dos dinheiros estatais. Podemos dizer corriqueiramente que estamos em "dívida" com o condomínio porque não pagamos a mensalidade; podemos dizer que estamos em

Câmara dos Deputados
Fl. 7129
Comissões Especiais

"dívida" ou "débito" com nossos empregados, com nosso dentista, com nosso locador, com prestadores de serviço de toda natureza porque estamos inadimplentes. Podemos até utilizar as palavras "dívida ou "débito" em sentido figurado, por exemplo, quando rezamos o pai nosso e pedimos perdão por nossas "dívidas", no sentido de ofensas ou pecados. Também, corriqueiramente, podemos dizer que estamos em "débito" com outrem porque nos esquecemos de seu aniversário!

Isso porém não significa que contraimos um empréstimo ou realizamos uma operação de crédito. E a questão se torna mais relevante quando a pessoa envolvida é um Ente estatal. A forma jurídica dada pela lei aos empréstimos públicos, às operações de créditos e às instituições financeiras não pode ser rompida, sob pena de desprezo da própria legalidade;

(b) a essência jurídica da operação de crédito deve ser buscada, sem perturbações acidentais, como o tempo ou o volume de recursos. Uma operação de crédito não se define porque os recursos são elevados, ou porque os prazos convencionados são curtos ou longos. Também não se conceitua o abuso de forma em razão do volume de recursos envolvidos, mas em razão de ela estar ou não ajustada à essência do negócio, seus fins legais e sociais; enfim, a essência jurídica da operação é sua forma;

(c) igualmente, quando se utiliza um conceito – o do art. 29, III, da LRF - relativo à **operação de crédito,** que se presta a limitar ou condicionar a autonomia de um Ente estatal soberano, como a União, proibindo-a de operar com suas próprias instituições financeiras, a **observância da forma** deve ser rígida, quer em relação ao conceito de instituições financeiras (sem possibilidade de a elas se equiparar o FGTS ou o FINAME), quer em relação ao conceito de operação de crédito;

(d) finalmente a desdiferenciação entre o econômico-financeiro e o jurídico acarreta outras consequências como a lesão da regra de competência quer do Congresso Nacional, único competente para legislar, quer do BCB, único competente para decidir – na hipótese de lacuna, como se dá em nosso País, sobre a metodologia adequada para apuração do déficit primário.

De forma clara, a doutrina clássica do Direito Bancário, do Direito Privado ou do Direito Financeiro coincide no entendimento de que serviços financeiros em questão não poderiam, validamente, assumir: (i) a condição de

Câmara dos Deputados
Fl. 7130
Comissões Especiais

antecipação bancária, por faltar-lhes as garantias pignoratícias, para tanto exigidas; (ii) a condição de *abertura de crédito,* porquanto ausente a quantificação do crédito disponibilizado pela instituição financeira, ao creditado que, nestes termos, não terá pretensão líquida, certa e exigível, caracterizadora do citado negócio jurídico; (iii) a condição de *contrato de mandato de renda,* eis que a ausente a álea que o caracteriza; ou (iv) a condição de *contrato de desconto,* através do qual, quem desconta (descontante) recebe do descontatário crédito contra terceiro, por cessão *pro solvendo*, deduzidos do importe do crédito os interesses do desconto.

Confirmou-se, então, que os adiantamentos concedidos, pela Caixa Econômica Federal, ao longo do exercício de 2014 e já em 2015, sob a regência do aludido Decreto nº 8.535/2015, configuram simples *tolerância de saldo negativo em conta corrente*, inconfundível com "operação de crédito", por ser mera forma de operação, sem a criação de direitos para o Poder Público.

A *operação de crédito*, por sua vez, requer, necessariamente, a presença de contrato por meio do qual o Poder Público, expressamente, manifeste intenção de se endividar; para o que concorrerão, como parâmetros de precificação do endividamento, os critérios de confiança e tempo.

Não é diversa, inclusive, a orientação consignada em diversos Pareceres exarados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, os quais deveriam ser considerados pelas autoridades julgadoras de contas. A título de exemplo, foram citados o Parecer PGFN/CAF nº 392/2007, o Parecer PGFN/CAF nº 1.473/2007, o Parecer PGFN/CAF nº 2.194/2010.

Assim, em termos estritamente jurídicos, crédito em favor da instituição financeira somente exsurgiria quando do encerramento anual da conta mantida pela União. E, neste particular, o art. 3º, § 3º, do aludido Decreto nº 8.535/2015 foi claríssimo: "É vedada a existência de saldos negativos ao final de cada exercício financeiro", sendo certo que este é o lapso temporal de existência da conta.

Ademais, como já deixamos claro, na RESPOSTA ao quesito "a", inexistiu saldo negativo nesses suprimentos, ao final do exercício de 2014. E, antes do término do exercício, o saldo médio é sempre positivo, em favor da União, resultando daí a remuneração devida pela CAIXA EM FAVOR DA UNIÃO, e não o contrário. Além disso, segundo os dados levantados pela

Câmara dos Deputados
Fl. 7131
Comissões Especiais

NOTA TÉCNICA do SUAFI 011/2015, os repasses do Tesouro superam os saques em R$ 940,9 milhões de reais. Ao longo do processo, a União deixou de repassar, desnecessariamente, recursos da ordem de R$ 1.879.917.677, o que significa **economicidade**, já que esses mesmos recursos, em lugar de ficarem ociosos, atenderam com mais imediatismo a outras políticas relevantes, validadas na LOA. Em lugar de "dano ao erário", o que se configurou foi "ganho" e economicidade.

Ao contrário, o parecer prévio do TCU inquinou de irregulares os procedimentos acima citados (identificando-os, pela primeira vez, como operação de crédito) embora tenham resultado de prática antiga já consagrada, sem qualquer censura do próprio TCU, ou do Congresso Nacional e, embora tenham resultado em **legitimidade e economicidade evidentes para a União e, consequentemente, para os cidadãos brasileiros.**

Também, viu-se que a atividade financeira no País é objeto de extensa regulamentação e controle, pelo Banco Central do Brasil, nos termos do art. 10, VI, da Lei n. 4.595/64. Neste sentir, bem se destacou que o item IX da Resolução n. 1.559/1988 do CNM, com redação dada pela Resolução n. 3.258/2005, que veda expressamente a concessão de créditos ou de adiantamentos, por instituição financeira, sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida.

E, ao menos à luz dos documentos a que tivemos acesso, não foi constatada a existência de quaisquer títulos sacados pela Caixa Econômica Federal em face do Governo Federal. A mera *tolerância de saldo negativo em conta corrente* resta inconfundível com "operação de crédito público".

Qualquer tentativa de equiparação do serviço financeiro em comento, à "operação de crédito", findaria, logo, por extrapolar o preceito do art. 36 da LRF, em nítido prejuízo à segurança jurídica na aplicação do Direito Financeiro, além de aniquilar importante iniciativa, da União, voltada à previsibilidade na aplicação de recursos em programas sociais relevantes, como o Bolsa Família, Seguro Desemprego e outros.

O Acórdão nº 2461/2015 do TCU fixou a "ressalva" específica a este caso, ao tempo que não se pode presumir qualquer culpa na interpretação por parte dos órgãos de Governo, porquanto as medidas adotadas guardaram coerência com farta doutrina do Direito Bancário; com normas infralegais do Conselho

Câmara dos Deputados
Fl. 7132
Comissões Especiais

Monetário Nacional; com as práticas contábeis e administrativas através dos anos.

Quanto ao mérito, é verdade, pode-se questionar, e de fato se deve questionar, a ampliação hermenêutica e o recurso à analogia como meio de imputação de sanção de extrema gravidade a hipóteses passíveis de inequívocas dúvidas jurídicas. Cabe, assim, ao Congresso Nacional corrigir as citadas "ressalvas" e "alertas". Pelo princípio da proteção da confiança e da necessária previsibilidade, a proporcionalidade é motivação suficiente para assegurar a aprovação das contas como "regulares" ou "regulares com ressalvas", como autoriza o art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92, diante da ausência de qualquer alegação de "dano ao erário". Pode-se dizer ainda que, para o exercício de 2015, as "ressalvas" consideradas já foram atendidas pela União.

É que o Decreto nº 8.535/2015 já produziu seus efeitos, a saber: (i) impediu que os órgãos e entidades do Poder Executivo federal pudessem firmar contrato de prestação de serviços com instituições financeiras, no interesse da execução de políticas públicas, que contenham cláusula autorizativa de insuficiência de recursos, por *período superior a cinco dias úteis* (Art. 3º, *caput*), além de (ii) vedar a existência de saldos negativos ao final de cada exercício financeiro (Art. 3º, § 3º), o que já não vinha acontecendo em 2014. Estas medidas, explicitamente, concorrem, como visto, para desqualificar tais serviços financeiros como operações de crédito.

É nesse contexto que cabe, ao Congresso Nacional, a última palavra em matéria de decisão sobre o que se viu apurado pelo órgão de assessoramento técnico, que é o Tribunal de Contas da União, cujo papel tem sido exemplar na condução das suas elevadas funções de controlador externo das contas públicas. A sinalização de eventuais erros, segundo uma perspectiva hermenêutica, dentre outras possíveis, é exigência constitucional, para que se opere a preparação para a decisão política, esta reservada pela Constituição ao Congresso Nacional. Portanto, somente ao Congresso caberá decidir sobre o mérito das escolhas realizadas, nos limites da Constituição, mormente quando o órgão de assessoramento técnico não indica qualquer "dano ao erário" (art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92), sendo pois cabível a aprovação das contas como "regulares" ou "regulares com ressalvas".

Câmara dos Deputados
7123
Comissões Especiais

(E) As equalizações feitas pela União, na forma de subvenção econômica, em programas de financiamentos promovidos por meio de Bancos Públicos (BNDES, BB e CEF), na forma prevista em lei específica, configuram operações de crédito? Qual o tratamento jurídico adequado a ser dado às equalizações feitas no Programa de Sustentação do Investimento – PSI, previsto na Lei nº 12.096/2009?

RESPOSTA: Dado o âmbito restritivo do conceito de "operação de crédito", para fins de aplicação das limitações e vedações da LRF, destacou-se a necessidade de bem fixar os conteúdos de alguns conceitos de Direito Financeiro – *a exemplo das subvenções* –, a fim de afastar arbitrárias equiparações a "operações de crédito público".

Conceituadas as *subvenções* como categoria autônoma de Direito Financeiro, representativas do auxílio financeiro, previstas no orçamento público, para auxiliar entidades públicas ou particulares a desenvolver atividades assistenciais, culturais ou empresariais, verificou-se inexistir qualquer obstáculo que impeça a concessão a entidades com fins lucrativos que forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização do Estado, bastando que isto conste em lei específica, a exemplo da citada Lei nº 12.096/2009.

Nos termos da citada Lei nº 12.096/2009, a União restou autorizada a conceder verdadeira *subvenção econômica*, na forma de equalização de taxas de juros, em específicas operações de financiamento, contratadas, até 31 de dezembro de 2015, porquanto caras à inovação tecnológica e ao desenvolvimento nacional.

E, para tanto, bem se viu que o legislador, corretamente, (i) ocupou-se em limitar o valor total dos financiamentos subvencionados (art. 1º, § 1º), além de (ii) condicioná-los à comprovação da boa e regular aplicação dos recursos (art. 1º, § 3º), o que revela o seu cuidado com o gasto público.

Tem-se, portanto, uma *subvenção econômica* regular, a qual constitui, em realidade, esforço da União, devidamente autorizado por processo de democrático, voltado ao incremento do perfil econômico do País; compromisso constitucional expresso, por força dos art. 218 e 219 da CF/88.

Concluiu-se, portanto, que o fato de o pagamento da *subvenção econômica* em tela protrair-se no tempo não lhe compromete a natureza jurídica, transmutando-lhe em "operação de crédito".

Câmara dos Deputados
Fl. 7134
Comissões Especiais

Por certo, não é o ocioso repetir que a configuração, juridicamente segura, das *operações de crédito*, na precisa conformação ao campo material definido no art. 29, III, da LRF, pressupõe a verificação de três requisitos concomitantes (capital, confiança e tempo), além de formalização em contrato, no qual reste claro o intuito do ente público de se endividar.

O pagamento, feito pela União a destempo e acrescido de juros de mora e atualização monetária, na forma de *subvenção* a instituições financeiras, não caracteriza *operação de crédito*. A União, até onde se verificou demonstrado, não assumiu qualquer compromisso financeiro, em razão de contrato, com o fito de adquirir crédito, junto ao Banco do Brasil S/A ou ao BNDES.

Dado o conceito restritivo de "operações de crédito", caso mantido o norte hermenêutivo firmado no Acórdão nº 2461/2015, a propósito de aplicar a limitação contida no art. 36 da LRF, recair-se-ia em preocupante situação, na qual qualquer *inadimplemento* da União, junto a instituições financeiras, passa a ser considerado como vedado. Esta, porém, é inovação, afirmada em "ressalva" inovadora. Se mantidas tais ressalvas pelo Congresso Nacional no julgamento que fará, oportunamente, das contas presidenciais, deverá haver oportuna acomodação da União aos seus ditames, mesmo que na doutrina jurídica os conceitos de "operação de crédito" e "subvenção econômica", empregados pela Corte de Contas, não se possam confundir ou equivaler. Diante da proibição de surpresa e garantias de proporcionalidade, a sanção mais gravosa não se justifica na espécie, a autorizar, isto sim, a *aprovação com ressalvas* das contas públicas federais, nos moldes do art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92; especialmente, quando considerada a boa aplicação dos recusos públicos, em área de relevante interesse nacional, além de inexistência, no bojo do *decisum* em tela, de qualquer comprovação de dano ao Erário.

(F) Os adiantamentos concedidos, pelo FGTS, à União para cobertura de despesas, no âmbito do "Programa Minha Casa, Minha Vida", configuram operações de crédito? Há mútuo nas operações realizadas com base no art. 82-A da Lei nº 11.977/2009? Em caso negativo, qual seria a natureza jurídica destas transações?

Câmara dos Deputados
Fl. 7135
Comissões Especiais

RESPOSTA: Por mais uma vez, devemos afirmar a inexistência de operação de crédito. Em jogo, novamente, o âmbito restritivo do conceito de "operação de crédito", para fins de aplicação das limitações e vedações da LRF, estando assentado que, em se tratando das *subvenções econômicas* trazidas pela Lei nº 11.977/2009, quer para fins do Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU), quer para fins do Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR), duas situações devem restar claramente definidas, de modo a afastar discussões inúteis, quanto à aplicação dos limites e consequências da LRF.

Por um lado, registrou-se que, rigorosamente, existe *operação de crédito*, entre a Caixa Econômica Federal (empresa pública) e os beneficiários do PMCMV, na forma tradicional de um financiamento, por intermédio de contrato de mútuo bancário. Neste caso, os *empréstimos* concedidos seriam equivalentes a financiamento público, realizado pela referida instituição financeira, na qualidade de executora da política creditícia e financeira do Governo Federal, devendo, neste sentir, pautar-se a CAIXA por diretrizes de transparência e economicidade, necessárias à gestão proba da coisa pública. Esse ângulo não está em tela.

Inversamente, ressalvou-se que a utilização temporária de recursos do FGTS, pela União, para fins de concessão de subvenções econômicas, nos termos da Lei nº 11.977/2009, atende, justamente, às finalidades legais do próprio fundo.

Consoante restou esclarecido, nos fundos de captação compulsória – *provident funds* –, a exemplo do FGTS, as restrições impostas aos saques garantem um fluxo perene de entradas e, por conseguinte, o acúmulo de volumes significativos de recursos, com certa estabilidade e permanência. Por essas características, os recursos do FGTS, historicamente, têm sido canalizados para o financiamento habitacional.

Ora, ao permitir a concessão de empréstimos, aos particulares, abaixo dos valores praticados no "livre mercado", o FGTS viabiliza a realização de importante fim constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro: a dignidade da pessoa humana pelo acesso à moradia popular. Cumpre, assim, a sua função jurídica, sem que isto represente uma *operação de crédito* que, como visto, nos termos estritos da LRF, pressupõe a existência de um *contrato*, entre a União e tal fundo, acrescido da vontade desta de contrair a dívida. O caso em comento envolve *alocação contábil temporária*, feita pelo Poder Executivo, devidamente autorizada pela Lei nº 11.977/2009; alocação esta a qual é

Câmara dos Deputados
Fl. 7136
Comissões Especiais

periodicamente desfeita, sem quaisquer prejuízos ao FGTS, à medida que a capacidade financeira deste último permanece inalterada, em razão da cláusula de correção monetária (pautada na taxa Selic), prevista pelo próprio legislador, nos termos do art. 82-A da Lei nº 11.977/2009, a qual tem por escopo, justamente, compensar o custo de oportunidade da indisponibilização de recursos do fundo.

Por fim, o próprio texto constitucional, cioso da necessidade de custeio de programas de interesse da sociedade, buscou evitar que o processo de execução orçamentária logre distorções, ao longo do exercício financeiro. Deste modo, ao invés de, simplesmente, permitir a modificação – ou mesmo a interrupção – de programas governamentais de interesse, mutilando o plano global de ação da estatal, expressamente admitiu, pela via legislativa, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro (art. 167, VI). Garante-se, assim, a realização dos fins do Estado Democrático de Direito, sem qualquer prejuízo, no que concerne ao controle de programação do gasto público, por parte do Poder Legislativo. Mais uma vez nenhum "dano ao erário" foi constatado, nem ao menos mencionado no parecer prévio do TCU.

(G) As transações de que tratam os quesitos "a", "b" e "c" caracterizam operação de Antecipação de Receita Orçamentária (ARO)?

RESPOSTA: Não. Afirmou-se, com esteio em clássica lição de Geraldo Ataliba, que as operações de crédito (gênero), realizáveis pelo Poder Público, no Brasil, podem ser, didaticamente, agrupadas em duas espécies: (i) *operações de crédito por antecipação de receita orçamentária*; e (ii) *operações de crédito em geral*, às quais se chega por exclusão.

Conceituaram-se, então, ditas *operações de crédito por antecipação de receita orçamentária* como representativas de uma modalidade de empréstimo que o Estado contrai com o objetivo de suprir os *déficits* de caixa de curto prazo. Trata-se de exceção à vedação constitucional da vinculação do produto da arrecadação de impostos a órgãos, fundos ou despesas.

Por meio das aludidas *operações de crédito por antecipação de receita orçamentária*, receitas tributárias futuras com impostos, previstas para determinado período e com elevada probabilidade de arrecadação, são utilizadas como garantia de empréstimos de dinheiro, tomados pelo Estado, para cobrir

Câmara dos Deputados
Fl. 7137
Comissões Especiais

dispêndios normais e ordinários, até que sobrevenha período de maior arrecadação.

Bem compreendidas doutrinariamente as *operações de crédito por antecipação de receita orçamentária,* consignou-se que estas foram previstas na forma do inciso II do art. 7º da Lei nº 4.320/1964.

Os adiantamentos concedidos, pela Caixa Econômica Federal, nos termos do Decreto nº 8.535/2015, à cobertura de despesas no âmbito de programas sociais, sem prévia cobertura pelo Tesouro Nacional, em períodos curtos de tempo, as equalizações feitas, pela União, no Programa de Sustentação do Investimento - PSI, previsto na Lei nº 12.096/2009, e os adiantamentos concedidos, pelo FGTS, à União para cobertura de despesas, no âmbito do "Programa Minha Casa, Minha Vida", nos termos da Lei nº 11.977/2009, constituem, respectivamente: (i) mera *tolerância de saldo negativo em conta corrente*, por instituição financeira; (ii) *subvenção econômica*; e (iii) simples *alocação contábil temporária* de recursos de fundo, com vistas ao custeio de subvenção econômica.

Ora, em nenhuma das três situações encontra-se presente o escopo do Estado de se endividar, mediante *contrato* especificamente firmado para este fim, em cujo bojo sejam considerados, para fins de precificação da dívida contraída, critérios de *tempo* e de *confiança*. Igualmente, em nenhuma delas se verifica *pactuação expressa de garantia*, na forma de vinculação de receitas futuras com arrecadação de impostos, o que não foi contemplado, quer pelo Poder Executivo, no bojo do Decreto nº 8.535/2015, quer pelo Poder Legislativo, em sede da Lei nº 12.096/2009, da Lei nº 11.977/2009. Logo, faltam requisitos para caracterizá-las, seja como *operações de crédito,* seja como *operações de crédito por antecipação de receitas orçamentárias.*

(H) As transações de que tratam os quesitos "a", "b" e "c" caracterizam operação de crédito da União, vedada pelo art. 29, III, da Lei Complementar nº 101/2001?

RESPOSTA: Não. As "operações de crédito", materialmente fixadas no inciso III do art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal, são hipóteses restritas, que não suportam ampliação por meio de interpretação extensiva. E não é juridicamente válido alargar, pela via da interpretação, sobretudo de inopino, o

Câmara dos Deputados
Fl. 7139
Comissões Especiais

conceito restritivo de "operações de crédito", firmado na LRF, com vistas à aplicação da limitação contida no art. 36. Sustentar entendimento diverso compromete a estabilidade de conteúdo do Direito Financeiro e finda por permitir que se confunda, com "operação de crédito", todo e qualquer *inadimplemento* da União, inclusive, nos casos motivados por insolvência alheia à sua vontade ou mesmo à sua capacidade de atuação em sentido diverso.

Repetindo à exaustão, a operação de crédito, nos termos do art. 29, III, da LRF, supõe um contrato/compromisso, que envolve três requisitos, capital, confiança e tempo. Em todas as apontadas transações, não houve o intuito do Ente público de contrair empréstimo.

Dado o conceito expansivo de "operações de crédito" esposado pelo Acórdão nº 2461/2015, com o propósito de aplicar a limitação contida no art. 36 da LRF, qualquer inadimplemento da União, junto a instituições financeiras, passa a ser considerado como vedado. Esta, porém, é inovação afirmada em "ressalva", a qual poderá até mesmo justificar oportuna acomodação da União aos seus ditames, mesmo que na doutrina jurídica não se possam confundir ou equivaler. Isso se o Congresso Nacional mantiver a aludida "ressalva". Acresce ainda, diante da proibição de surpresa, que a sanção mais gravosa não se justifica na espécie. Ao contrário poderia ser autorizada, sim, a *aprovação* ou a *aprovação com ressalvas* das contas públicas federais, nos moldes do art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92.

De se ver, pois, que, ao menos neste item, a aplicação de efeito suficiente para declarar as "contas irregulares" é um excesso, na medida em que a "ressalva" seria sanção suficiente para dirigir a conduta da União, mesmo que a orientação não encontre guarida na doutrina mais qualificada do Direito Bancário. Tudo dependerá do julgamento do Congresso Nacional.

Consideradas até mesmo as divergências de qualificação doutrinária quanto à capitulação legal dos atos do Poder Executivo e, assim, a graduação da sanção aplicável (rejeição de contas), a citada garantia de vedação à proibição de excesso autoriza a aplicação de norma que consigna a *aprovação de contas com ressalvas*, diante da presença das excludentes assinaladas, na forma do art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92, ou seja, a inexistência de "dano ao erário".

Destarte, a decisão Legislativa pela aprovação com ressalvas das contas, de se ver, em nada desautoriza o notável esforço e labor qualificado do egrégio

Câmara dos Deputados
Fl. 7139
Coordenação de Comissões Especiais

Tribunal de Contas da União, ao pontuar diversos aspectos que, na sua ótica, comportam ajustes formais ou nova compreensão hermenêutica da legalidade, dentre as interpretações possíveis, atinentes ao cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal ou às demais leis que regem o orçamento ou a contabilidade pública. Entrementes, justifica-se aplicar ao Acórdão nº 2461/2015 do TCU o *princípio da segurança jurídica por orientação*, papel que exerce com força de precedente para os exercícios seguintes.

(I) **A previsão de atualização monetária em contratos e, até mesmo, de pagamento de juros ao contratado em caso de atrasos, é razão suficiente para alterar a natureza de um contrato de prestação de serviços para firmá-lo como contrato de empréstimo bancário?**

RESPOSTA: Não, em absoluto. Afirmou-se que a *cláusula de atualização monetária* pode ser pactuada de forma autônoma em qualquer negócio jurídico. Esta configura instrumento de estabilização obrigacional, o qual contempla as estipulações sobre ajustes que derivam da variação do poder aquisitivo da moeda, ou seja, do *valor financeiro* do conteúdo de determinada relação obrigacional. Na verdade, milhões de contratos de natureza específica (locação; prestação de serviços em geral, de saúde, de telefonia, fornecimento de água, energia, etc...etc) – inconfundíveis com empréstimos públicos ou privados – prevêem o pagamento de juros ou atualização monetária, na hipótese de atraso e inadimplência.

Neste sentir, conclui-se que, após a mensuração de um valor financeiro – em decorrência da prestação de um serviço, por exemplo – se é alterado o valor de troca da unidade de conta utilizada para medi-lo, a sua expressão monetária resta desatualizada, devendo ser ajustada, com vistas a resgatar, no momento presente, sob a expressão de uma nova grandeza, o poder de troca que, anteriormente, dito *valor financeiro* possuía.

Por meio da mencionada *cláusula de atualização monetária*, em sentido contrário ao fenômeno inflacionário, dívidas pecuniárias são transformadas em categoria jurídica distinta, em *dettes de valeur*, *adptable debts*. O caso envolve, pois, técnica jurídica de proteção, sem a qual todo o Direito obrigacional pátrio regressaria a anacrônico *nominalismo*.

Câmara dos Deputados
Fl. 7140
Comissões Especiais

Por si mesma, a *cláusula de atualização monetária* revela-se neutra; não incrementa, em nada, a dívida contraída; apenas, permite manter o conteúdo desta consonante com a realidade. A sua pactuação, logo, em contrato de prestação de serviços não o transmuta em operação de crédito. Preserva, noutro giro, a identidade da moeda, através do tempo, e, deste modo, serve, apenas, como instrumento de proteção do prestador dos serviços – inclusive as instituições financeiras – dos nocivos efeitos da inflação, além de compensá-las quanto ao custo de oportunidade de seus recursos que restam comprometidos à realização de fins públicos; o que, repita-se, serve à garantia constitucional da propriedade.

De igual modo, a pactuação de *juros*, em contrato de prestação de serviços, por si mesma, com vistas a tutelar pagamento de prestações em atraso é facultativa e não tem o condão de converter o ajuste em operação de crédito; negócio jurídico dotado de causa, motivo e finalidade distintos.

Afirmou-se que os *juros* são interesses, os quais atendem a não *investibilidade* de quantias de dinheiro, no tempo; possuindo caráter remuneratório ou compensatório. Revelam, assim como a correção monetária, natureza jurídica acessória, ainda que possam ser pactuados de forma autônoma, nos termos do art. 95 do Código Civil de 2002.

Em função de seu caráter acessório, a pactuação de juros não tem o condão de afetar a natureza da obrigação principal, a que associa. Neste sentir, asseverou-se, de forma cristalina, que eventual incidência de juros sobre os pagamentos, devidos pela União, (i) da tolerância temporária de passivo, nos termos do Decreto nº 8.535/2015, (ii) de atraso no pagamento, a bancos públicos, da subvenção econômica de que trata a Lei nº 12.096/2009, ou mesmo (iii) da restituição de valores colhidos do FGTS, com vistas ao custeio da subvenção econômica de que trata a Lei nº 11.977/2009, logo, não têm o condão de alterar a natureza jurídica das operações a que se referem tais pagamentos, pois não apresentam os elementos necessários à caracterização das mesmas como operações de crédito público.

(J) A modificação de entendimentos firmados pelo Tribunal de Contas da União pode ter o condão de penalizar atos pretéritos, os quais foram

Câmara dos Deputados
Fl. 7141
Comissões Especiais

praticados com base na segurança de controle já exercido anteriormente?

RESPOSTA: Não, em absoluto. Constitui importante garantia do constitucionalismo do nosso Estado Democrático de Direito a criação de um sistema jurídico incompatível com a surpresa, com a imprevisibilidade ou com a retroatividade de sanções. E mais, na hipótese da gestão pública dos orçamentos a anualidade qualifica a irretroatividade,

Destaca-se no catálogo constitucional de garantias vigentes no País aquela que veda a retroatividade das normas jurídicas, especialmente daquelas dotadas de natureza sancionatória. Em reforço, cita-se o teor do artigo 9° da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada, no Brasil, através do Decreto n° 678/1992. Assim, a irretroatividade das normas sancionadoras decorre dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica.

Acreditamos na força do Direito e das leis. De outra forma, o Poder Legislativo seria desnecessário. Na atualidade, a compreensão do fenômeno da aplicação das leis aos casos concretos e o respeito ao Direito não são simples, mas complexos. Para que a legalidade – baluarte da democracia republicana - possa introduzir a legitimidade e a segurança que lhe são inerentes é então preciso garantir força às interpretações que se consolidaram e que orientaram a ação com base naquela mesma lei. As interpretações são vistas como **escolhas entre alternativas possíveis de sentido, sem rompimento algum** com a idéia de vinculação à lei.

Daí a atualidade e a força da Lei n°. 9.784/99, que vedou a aplicação de nova interpretação de norma jurídica a fatos pretéritos (art.2°., inciso XIII, parágrafo único). Exatamente porque se, no momento do advento da lei (por ex. da Lei de Responsabilidade Fiscal) nas primeiras decisões tomadas, era possível considerar as alternativas de sentido a, b, ou c, como razoavelmente suportáveis pela literalidade da norma legal, depois de firmado o entendimento pelo TCU ou depois de toleradas as práticas e usos administrativos por quem tem o dever de fiscalizá-los, então fecha-se a ambiguidade, extingue-se a polissemia antes possível. As escolhas anteriores, feitas pelo TCU, são orientações de conduta. E somente cumprirão suas nobilíssimas funções se forem efetivas, coerentes e isonômicas.

Câmara dos Deputados
Fl. 7142
Comissões Especiais

Legalidade não é superior à *segurança ou à confiança,* como afirmou o Tribunal de Contas da União. Na verdade a legalidade sobrevive, sustenta-se e se salva por meio da jurisprudência consolidada, que lhe reduz a ambiguidade e a polissemia. Daí a força da irretroatividade das decisões administrativas como a própria força da legalidade. Esse é o outro lado da legalidade.

Deixando de lado a ingenuidade anterior da exegese do século passado, mas pleiteando um "jogo de acordo com as regras", cresceu a importância das interpretações, como orientações, por meio de regras. Portanto a garantia da legalidade supõe e pressupõe a garantia da irretroatividade das novas interpretações. Se a Constituição outorgou ao Tribunal de Contas da União a missão de aferir a *legalidade, a legitimidade e a economicidade* da execução orçamentária, é fundamental que o TCU prestigie o Poder Legislativo e a si mesmo. Implicar-se nas escolhas que fez no passado em relação aos procedimentos de gestão operacionais, contábeis e patrimoniais praticados de acordo com as orientações recebidas, significa apenas isso: a Corte prestigia a si mesma e, com isso, cumpre a sua missão constitucional.

Como sabemos, a Constituição da República consagra o princípio da anterioridade das leis tributárias novas em relação ao exercício subsequente de cobrança (art. 150, III, b), da anterioridade de um ano das leis eleitorais modificativas em relação à eleição (art. 16) e das leis orçamentárias, todas prévias ao exercício financeiro de execução (art. 165).

Razão pela qual as normas legais que devem orientar os atos de gestão e execução orçamentária são prévias. Mas não apenas prévias à ocorrência do fato ou do ato. Isso seria mera irretroatividade das leis e das interpretações que as precisam e acertam a sua significação por meio das decisões judiciais ou administrativas. Esse fenômeno é universal e comum a todas as áreas do Direito. Aqui, no Direito Financeiro, a anterioridade da lei orçamentária se impõe em relação ao exercício de execução e qualifica a irretroatividade da interpretação,

É rigorosa, é extraordinária, como já repetimos insistentemente, a insistência da Constituição no planejamento, na consistência, na previsibilidade da harmonização articulada dentro de uma série de leis e documentos legislativos que se integram, a saber: leis de desenvolvimento econômico, nacionais e regionais e de suas diretrizes; lei do plano plurianual; lei de diretrizes orçamentárias e, finalmente, lei orçamentária anual. Execução e controle

Câmara dos Deputados
Fl. 1243
Comissões Especiais

fiscalizados e atribuídos ao Congresso Nacional. Competência exclusiva para julgamento das contas prestadas pela Presidenta da República.

Aqui se trata de ponderar que a irretroatividade das interpretações do TCU está qualificada em face da anualidade da LOA ou da LDO. Quando se executa o orçamento de 2014, as normas legais foram postas antes, em anterioridade, no mínimo anual. A Constituição da República está carregada de previsibilidade, de conhecimento antecipado e antecipatório, de *pronóia.* A Constituição é forte em planificação, em planejamento, em programação.

A propósito da mudança jurisprudencial em matéria eleitoral, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 637.485, sendo Relator o Min. Gilmar Mendes, que "(...) *as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia posterior.*"

Como se pode observar, o Supremo Tribunal Federal garante, em face do princípio da anualidade, que as alterações de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, não estão sujeitas apenas à vedação de retroação. Mais do que isso. Somente se aplicam – respeitada a anterioridade – ao próximo pleito eleitoral, não lhes bastando a irretroatividade.

Com mais razão aqui se deve ter o mesmo entendimento, adotado pelo STF em relação à jurisprudência eleitoral. A anualidade das leis orçamentárias, atreladas que estão ao planejamento e às programações, necessariamente leva à mesma conclusão. No ano de 2014, somente se aplica a LOA aprovada em exercício anterior pelo Poder Legislativo, de conformidade com a LDO e o Plano Plurianual. Mas como a LOA é a única em nível executório e operativo, fixemos apenas a inteligência da anualidade.

Ora, se no parecer prévio às contas prestadas, exarado pelo Tribunal de Contas da União, no ano de 2015 e referente ao exercício de 2014, nova interpretação das leis se impôs – leis não apenas orçamentárias, mas leis financeiras e administrativas que regem a boa gestão do dinheiro público, inclusive a LRF - então tal exegese somente poderá ter efeito válido para a execução orçamentária de 2016. É que, no ano de 2015, o parecer prévio **final** do TCU apenas se concluiu no segundo semestre de 2015. Assim, os **alertas** nele

Câmara dos Deputados
Fl. 7142
Comissões Especiais

constantes não poderiam ter sido implementados integralmente no mesmo exercício de 2015, em que foram emitidos.

Além disso, a plena vinculação e obrigatoriedade das "ressalvas" e "alertas", feitas pelo TCU, tornam-se vigorantes e validadas se, e apenas se, o Congresso Nacional, único competente para o julgamento das contas prestadas pela Presidenta da República, aceitá-las e repeti-las. A rigor, tão somente a partir do julgamento efetuado pelo Congresso Nacional, terá a Presidenta garantia e orientação a nortearem a gestão das contas públicas.

A relevância da apreciação prévia do Tribunal de Contas da União é de tal ordem que suas "ressalvas", alertas e recomendações, prestam-se a dirigir a conduta e a orientar a boa execução orçamentária. Lamentamos, pois, tanto a demora do Congresso Nacional no julgamento das contas presidenciais, como ainda e, sobretudo, a inexistência, no âmbito federal, por falta de lei própria, dos "termos de ajuste de gestão" firmados por governadores, como praticam alguns Estados da Federação. Ganhou notoriedade o "termo de ajuste de gestão" subscrito pelo Governador Antonio Augusto Anastasia em Minas Gerais, que foi capaz de evitar qualquer qualificação de "irregularidade" à execução orçamentária. (Processo nº 862943 – TCE/MG, sobre proposta para adequação dos percentuais mínimos de aplicação de recursos na área de saúde e educação).

Assim, não temos dúvida de que demandam respeito e obediência quaisquer "ressalvas" emanadas do TCU, em especial se referendadas pelo Congresso Nacional. Mas quando correspondem a novas interpretações, ou a uma exegese que altera a prática administrativa até então vigente, somente poderão ser aplicadas para o exercício financeiro seguinte àquele em que foram exaradas e não para o mesmo exercício em curso.

Demarcado o âmbito material de atuação das Cortes de Contas, a rejeição das contas da Presidência da República constitui verdadeira espécie de sanção exorbitante, como consequência jurídica do cometimento de supostas irregularidades, no âmbito do Direito Financeiro e das normas técnicas da contabilidade pública da União.

O Supremo Tribunal Federal toma o processo de julgamento de contas do Chefe do Poder Executivo como verdadeiro *processo administrativo sancionador*. Trata-se de mais um argumento a reforçar a necessidade de observância, pelo TCU, do garantismo constitucional brasileiro.

Câmara dos Deputados
1145
Comissões Especiais

Em matéria de Direito Financeiro, a jurisprudência do TCU galgou espaço de capital importância na teoria das fontes do ramo jurídico em apreço. Neste sentir, ainda que os precedentes da citada Corte não se equiparem à legalidade na capacidade de edição de regras para futuro, os seus respectivos conteúdos são representativos de normas individuais e concretas, com eficácia *inter partes*.

As "ressalvas" das decisões de contas, consoante restou esclarecido, equivalem (formal, material e cronologicamente) a típicos precedentes com eficácia vinculante.

Portanto, relativamente à novel orientação do TCU no Acórdão nº 2461/2015, cabe ao Congresso Nacional recuperar a segurança jurídica por orientação, que decorre das "ressalvas", garantindo a proporcionalidade da decisão, mediante a aprovação das contas como *regulares com ressalva*, dado que o Regimento Interno do TCU - Resolução TCU nº 155/2002, prevê, no art. 208, que as "*as contas serão julgadas regulares com ressalva quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal* de que *não resulte dano ao erário*". Como a decisão não conclui pela existência de "dano ao erário", as impropriedades ou eventuais faltas apontadas, são suficientes para condicionar e sancionar a conduta da União, afastada a medida extrema de rejeição das contas.

Ao dispor sobre as "Contas Regulares com Ressalva", o art. 18 da Lei nº 8.443/92 prescreve que a decisão "*lhe determinará, ou a quem lhe haja sucedido, a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes.*" De se ver, o cumprimento vinculante para a Administração tem caráter corretivo e torna-se vinculante contra as pessoas ou órgãos da Administração, com a finalidade de "prevenção" das faltas formais.

(K) As projeções de receitas identificadas nos Relatórios de Receitas e Despesas bimestrais podem considerar projetos de alteração da legislação tributária e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, inclusive projeto de lei que altera a meta fiscal, na fixação das limitações de empenho e movimentação financeira? O cumprimento da meta fiscal é verificado no curso do ano, ou em 31 de dezembro?

Câmara dos Deputados
Fl. 7146
Comissões Especiais

RESPOSTA: Sobre o aludido controle continuado, no curso do exercício financeiro, do cumprimento das metas fiscais, previstas pela LDO, relembra-se que este foi previsto, expressamente, nos parágrafos 4ª e 5º do art. 9º da LRF, o qual estabelece duas espécies distintas de avaliação, além da já referida análise bimestral: (i) até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo Federal demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na Comissão Mista do Parlamento; e (ii) até noventa dias após o encerramento de cada semestre, o Banco Central do Brasil apresentará, em reunião conjunta das comissões temáticas pertinentes do Congresso Nacional, avaliação do cumprimento dos objetivos e metas das políticas monetária, creditícia e cambial, evidenciando o impacto e o custo fiscal de suas operações e os resultados demonstrados nos balanços.

Por certo, em acréscimo à mencionada técnica de contingenciamento, poderá o Poder Executivo propor a aprovação, nos termos do ordenamento jurídico vigente, dos mais diversos meios de aumentar a sua obtenção de receitas: a exemplo de programas de regularização de passivos tributários, de mecanismos voltados ao incremento na eficiência de realização de passivos tributários, em sede do contencioso administrativo e judicial, de programas de regularização de capitais mantidos no exterior, de propostas de alteração da legislação tributária etc. Estas medidas, todavia, somente deverão repercutir, positivamente, sobre os orçamentos, quando devidamente ingressadas no mundo jurídico; deixando de ser meros projetos. Previsões de aumento de arrecadação, ainda não positivadas, logo, não devem servir para reduzir a necessidade de contingenciamento de despesas.

Como é sabido, muitos dos mecanismos em tela dependem de uma decisão compartilhada entre o Poder Executivo e o Legislativo, não sendo possível que programas previstos unilateralmente pelo primeiro, por melhores que se revelem, artificialmente, inflem o orçamento, enquanto não receberem a chancela do segundo, ingressando em um horizonte jurídico de possibilidade arrecadatória.

A conclusão a que aqui se chegou, igualmente, procede sob o prisma da realização válida de despesas. Nesta seara, o art. 16 da LRF é claro no sentido de que será adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de *dotação específica e suficiente*, ou que esteja *abrangida por crédito genérico*, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar,

Câmara dos Deputados
FL 2147
Comissões Especiais

previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; não podendo estes limites ser flexibilizados, enquanto a possibilidade de ajuste dos mesmos não se confirmar no horizonte jurídico.

Por certo, revelando as citadas avaliações e controles periódicos que as metas previstas, em sede da LDO, não poderão ser alcançadas, a despeito dos contingenciamentos e das tentativas do Poder Executivo de aumentar receitas, por fatores alheios à boa gestão pública, a exemplo das externalidades macroeconômicas que dificultam a dinâmica do mercado brasileiro, este diploma legislativo poderá ser alterado, a fim de que sejam corrigidas as previsões equivocadas, nele inseridas. Esta é, conforme consignado neste Parecer, precisamente, a solução prevista pelo legislador pátrio (LRF, art. 12, § 1º), cioso da necessidade de manter o orçamento público dinamicamente atualizado, frente à realidade. E este ajuste de LDO, como bem registrado, sequer constitui novidade na história do Direito Financeiro brasileiro.

Ao responder, objetivamente, à segunda parte do quesito, é certo que, além do referido controle de execução orçamentária, em que o atingimento das metas fiscais é periodicamente avaliado, nos termos do citado art. 9º, da LRF, um último controle será empreendido: o *controle externo* do alcance das metas, **ao final do exercício,** a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do Parecer Prévio do Tribunal de Contas da União – como prevê, expressamente, o art. 59, I, da LRF.

Câmara dos Deputados
Fl. 7148
Comissões Especiais

(L) **O Poder Executivo, como órgão gestor central da Administração Pública, tem todo o exercício financeiro como prazo limite para realizar as suplementações orçamentárias necessárias para apurar o cumprimento da meta de resultado primário estabelecida na LDO? Quando ocorre o termo final para essa apuração?**

RESPOSTA: Nosso entendimento é afirmativo. As metas fiscais, consoante restou aqui demonstrado, funcionam como eficiente ferramenta de ajuste nas contas públicas, contribuindo para o alcance de superávit primário, necessário para reduzir, paulatinamente, a dívida pública pátria, em proporção com o PIB. Neste sentir, afirmou-se que, sendo finitos os recursos orçamentários, quanto menor o dispêndio com o serviço da dívida pública, maior a disponibilidade de caixa do governo para fins de realização dos fins constitucionais do Estado brasileiro.

Nos termos do art. 4°, § 1°, resta claro que as metas de resultado primário, previstas na LDO, dizem respeito ao exercício financeiro a que se refira a LDO, ou seja, 2014; período que coincide com o *ano civil*, encerrado no dia 31 de dezembro de cada ano, nos termos do art. 34 da Lei n° 4.320/1964.

Resta claro, então, que o Poder Executivo terá todo o exercício financeiro, não só para realizar as suplementações orçamentárias necessárias ao cumprimento da meta de resultado primário estabelecida na LDO, mas, igualmente, para realizar os contingenciamentos necessários ou mesmo para propor alteração das metas consignadas na LDO, diante do caráter previsional destas, como visto na resposta dada ao quesito anterior. Neste sentir, os arts. 35 e 36 da aludida Lei n° 4.320/1964 são claros ao afirmar que: (i) pertencem, ao exercício financeiro, as receitas nele arrecadadas e as despesas nele legalmente empenhadas; (ii) consideram-se *restos a pagar* as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro.

Câmara dos Deputados
Fl. 7129
Comissões Especiais

(M) **A edição, entre 5 de novembro e 14 de dezembro de 2014, de decretos não numerados que abriram créditos suplementares para despesas obrigatórias e discricionárias, eram incompatíveis com a obtenção da meta de resultado primário, mesmo sendo de dotações discricionárias sujeitas aos limites de movimentação e de empenho previamente definidos, portanto não os ampliando, nem infringindo o disposto no art. 4º da Lei nº 12.952/2014, LOA/2014?**

RESPOSTA: Não, não eram incompatíveis. Muitas vezes, as necessidades prementes superam as dotações orçamentárias, impondo que o Estado avance na busca de mais recursos. Nesta senda, afirma-se ser impraticável um orçamento que, durante a sua execução, não possa ser retificado para atender a situações não previstas quando de sua elaboração, dado que a receita é apenas "estimada". E, assim, tratou-se dos *créditos adicionais*, tutelados nos arts. 40 e seguintes da Lei nº 4.320/1964, como mecanismos corretivos do orçamento.

Os *créditos adicionais* assumem três formas: (i) o *crédito suplementar* – com função de reforço orçamentário (art, 41, I, da LRF); (ii) o *crédito especial* – para cobrir despesas para as quais não houve dotação específica (art, 41, II, da LRF); e (iii) o *crédito extraordinário* – relacionados ao custeio despesas urgentes e imprevistas (art, 41, III, da LRF).

Em princípio, os referidos *créditos adicionais* dependem de lei e são abertos por decreto, pressupondo, necessariamente, a disponibilidade de recursos (art. 43 da Lei nº 4.320/64). Não obstante, os créditos adicionais suplementares, dentro de certos limites, independem de lei específica, se na LOA houver autorização expressa para a sua abertura, fixadas as condições e as limitações. Nesse caso, basta a edição do decreto. Essa permissão é norma constitucional. Eis o teor do art. do art.165:

"...§8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para a abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei."

Eis o alcance do princípio da exclusividade: a lei orçamentária anual (LOA) é apenas uma "lei de meios", não podendo criar receitas novas como

Câmara dos Deputados
Fl. 7190
Comissões Especiais

tributos, nem entradas como empréstimos públicos, nem modificar as remunerações dos servidores públicos, por ex.. Enfim, o Direito Orçamentário só contém orçamento que é a *estimativa* da receita e a *fixação dos gastos,* com base nas leis próprias existentes. Duas exceções estão previstas: a abertura de crédito suplementar ou a contratação de operação de crédito, se a lei orçamentária – LOA – assim autorizar. Portanto, embora a LOA não possa aumentar tributo, poderá autorizar a abertura de crédito adicional suplementar ou a contratação de operação de crédito, dentro de certos limites.

Vale dizer, a própria LOA pode ser utilizada para autorizar o Executivo a abrir, durante um exercício financeiro, créditos suplementares até uma determinada importância. A medida está expressamente autorizada no art. 7°, I, da Lei n° 4.320/64, configurando exceção, portanto, ao princípio da exclusividade da LOA, como visto. Tudo para que se agilize e se desburocratize o diálogo entre o Executivo e o Legislativo.

Ressalta-se que o art. 4° da Lei n° 12.952/2014, LOA/2014, abaixo transcrito, precisamente, autorizou o Chefe do Executivo a abrir créditos suplementares, restritos às circunstâncias, nele, previstas.

> "*Art. 4°. Fica autorizada a abertura de créditos suplementares, restritos aos valores constantes desta Lei, excluídas as alterações decorrentes de créditos adicionais, desde que as alterações promovidas na programação orçamentária sejam compatíveis com a obtenção da meta de resultado primário estabelecida para o exercício de 2014 e sejam observados o disposto no parágrafo único do art. 8° da LRF e os limites e as condições estabelecidos neste artigo, vedado o cancelamento de quaisquer valores incluídos ou acrescidos em decorrência da aprovação de emendas individuais apresentadas por parlamentares, para o atendimento de despesas*: (...)"

Se a referida norma – que já continha previsão de respeito à meta de resultado primário, estabelecida para o exercício de 2014 – (i) foi rigorosamente observada e, ademais, a abertura dos créditos suplementares (ii) foi precedida de justificativa, (iii) valeu-se de recursos disponíveis, na forma autorizada pela LOA/2014, para custear despesas, não se vislumbra qualquer irregularidade que pudesse acometer os citados decretos não numerados, com edição entre 5 de novembro e 14 de dezembro de 2014; sendo certo que estes diplomas infralegais,

Câmara dos Deputados
Fl. 7151
Comissões Especiais

ao abrirem os assinalados créditos deveriam, necessariamente, ter: (i) indicado a importância e a espécie dos créditos suplementares e a classificação da despesa; (ii) ter restringido a vigência destes créditos ao exercício de 2014, por imposição dos arts. 45 e 46 da Lei nº 4.320/1964.

Câmara dos Deputados
Fl. 7152
Comissões Especiais

(N) **A fonte de recursos utilizada para a abertura de créditos suplementares (seja remanejamento de dotações, excesso de arrecadação ou superávit financeiro) produz efeito para o atingimento da Meta Fiscal, mesmo não alterando o limite financeiro a que estão sujeitas as despesas? Por quê?**

RESPOSTA: Em princípio não, uma vez que as alternativas citadas, e admitidas na LOA são neutras.

Inicialmente, importa relembrar que a abertura de créditos suplementares, representará um reforço a determinada dotação orçamentária que tenha se revelado insuficientemente prevista para atender a uma dada despesa (Lei nº 4.320/1964, art. 41, I).

Por força do *caput* do art. 43 da Lei nº 4.320/1964, dita abertura de crédito suplementar dependerá da existência de "recursos disponíveis", além de justificativa pertinente. E, neste sentir, destaca-se que o legislador, pela expressão "recursos disponíveis", contemplou, no parágrafo 1º de tal dispositivo, apenas, algumas situações: (i) o superávit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício anterior, (ii) os valores provenientes de excesso de arrecadação; (iii) os valores resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em lei; e (iv) o produto de operações de crédito autorizadas.

Como bem esclarecido, o alcance ou não das metas fiscais é tema complexo, associado ao balanço de inúmeras grandezas, distribuídas entre polos ativo e passivo, a partir de metodologia de cálculo, consagrada pela ciência das finanças públicas e pelo legislador. Neste sentido, descabem afirmações categóricas acerca do tema.

A fonte de recurso: remanejamento de dotações significa estorno ou anulação de uma dotação alocada em um crédito determinado para reforçar outra. Assim sendo, a neutralidade é evidente em certas hipóteses, mas não se houver operação de crédito, embora autorizado pelo Poder Legislativo. No mesmo sentido, pode-se ponderar em relação ao excesso de arrecadação – já que a receita é meramente estimada – da mesma forma que o superávit financeiro não configuram endividamento ou alteração das metas a alcançar.

O contrário não é verdadeiro. Em um cenário ideal, caso se mantenha inalterado o limite financeiro a que estiver sujeita a totalidade das despesas do

Câmara dos Deputados
Fl. 7153

Estado, em um dado exercício financeiro, mas seja reduzido o volume das receitas, originalmente fixado para atendê-las, inegavelmente, restará comprometida a meta fiscal, que tenha pressuposto superávit (primário) e não déficit, na conta em foco.

Destarte, em abstrato, podemos afirmar que apenas as aberturas de créditos suplementares, que tenham por fonte, recursos oriundos de novas operações de crédito público, poderão comprometer o atingimento de meta fiscal.

Isto porque, como bem foi demonstrado, os ingressos de dinheiro associados aos créditos públicos não representam, em verdade, receitas do Estado; pelo contrário, constituem forma de endividamento público, diante da correspondente grandeza que estes trazem à conta do passivo das finanças públicas. E, como dito, servem as metas fiscais, inversamente, à redução desse endividamento, destinando-se a reduzir os dispêndios estatais com os serviços da dívida, de modo que o gasto público possa ser vertido na consecução concreta dos verdadeiros fins constitucionais do Estado.

Este é o nosso Parecer.

Brasília, 24 de novembro de 2015.

Prof. Dr. Carlos V. Nascimento **Advogado**	**Prof. Dr. Heleno Taveira Tôrres** **Advogado**
Prof.ª Dr.ª Misabel Abreu Machado Derzi **Advogada**	



Parecer

Celso Antônio Bandeira de Melo e Fábio Konder Comparato

Celso Antônio Bandeira de Mello
Professor emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Fabio Konder Comparato
Doutor honoris causa da Universidade de Coimbra
Doutor em Direito pela Universidade de Paris
Professor emérito da Faculdade de Direito da USP

Câmara dos Depu... Fl. 7155 Comissões Especiais

O advogado Flavio Crocce Caetano informa-nos o que segue.

Têm havido manifestações, até mesmo por parte de pessoas da área jurídica e inclusive mediante pareceres, segundo os quais a Presidente da República teria incorrido em comportamentos caracterizadores de crime de responsabilidade.

À vista disto formula-nos

CONSULTA:

I - Qual o alcance e o significado do art.86, parágrafo 4º da Constituição Federal ?

II - Eventual parecer do Tribunal de Contas da União pela rejeição de contas presidenciais precisa ser aprovado pelo Congresso Nacional ?

III - Tal reprovação caracteriza hipótese caracterizadora de crime de responsabilidade ?

IV - Em se tratando da prática de eventual crime de responsabilidade, o Presidente da República poderá responder tanto por conduta comissiva como omissa ? Pode ser responsabilidade apenas na modalidade dolosa ou na culposa também ?

V - Pode o Presidente da República e seu vice terem o seu mandato cassado por decisão do Tribunal Superior Eleitoral em ação de impugnação de mandato eletivo, ao arrepio dos artigos 85 e seguintes da Constituição Federal?

Às indagações respondo nos termos que seguem.

Scanned by CamScanner

Câmara dos Deputados
Fl. 7156
Comissões Especiais

Celso Antônio Bandeira de Mello
Professor emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Fabio Konder Comparato
Doutor honoris causa da Universidade de Coimbra
Doutor em Direito pela Universidade de Paris
Professor emérito da Faculdade de Direito da USP

PARECER

1. Carlos Maximiliano, nosso maior mestre de hermenêutica, advertiu:

> *"Cumpre evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais se apaixonou, de sorte que* ***vislumbra no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ogerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos***" (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Ed. Forense, 15ª ed., 1995, nº 107, pg. 103 – o negrito é nosso).

O caso vertente é paradigmático da situação descrita como vitanda. De fato, não fora pelo respeito devido aos subscritores de pareceres em sentido contrário e diriamos sem a menor hesitação que a atual pretensão de "impeachment", em termos jurídicos, é literalmente absurda, pois não tem o mais remoto suporte no direito positivo, sendo à toda evidência dele desencontrada.

Liminar demonstração disto encontra-se na tendência, por alguns expressada, de tentar associar o tema de pretensos comportamentos censuráveis a um mandato anterior, ao invés de cifrá-lo ao período correspondente ao atual mandato, como seria o óbvio, em face da índole do instituto e de sua

Scanned by CamScanner

Câmara dos Deputados
Fl. 7157
Comissões Especiais

fisionomia normativa. Sobre tal destempero disse o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal CARLOS AYRES BRITTO:

> *"Já me aproximando do fecho deste breve estudo, ajuízo que o mandato para cujo desempenho se presta o citado compromisso é o conquistado em determinada eleição. Eleição específica, seguida de diplomação, posse e exercício também específicos. Ainda que mandato obtido por uma segunda vez, mas a significar apenas o seguinte: o cargo de presidente é o mesmo; não o mandato. Vale dizer: para o primeiro mandato do presidente da República, já houve uma anterior eleição, uma anterior diplomação, uma anterior posse, um anterior exercício.* ***Um precedente exercício que não se intercala com o novo (pelo contrário, se intervala), porque mandato novo é exercício que se abre para uma autônoma prova de fidelidade governamental à Constituição.*** *Autônoma prova, a partir de um compromisso virginalmente novo que se presta perante uma determinada composição do Congresso Nacional. Não perante outra composição numérica ou subjetiva.* ***Não um compromisso formal, reitere-se, a se somar ao anterior para fazer dos dois mandatos uma coisa só. Pelo que mandato presidencial vencido sem abertura e julgamento de crime de responsabilidade é, sozinho ou por si mesmo, página virada.***"(Revista Consultor Jurídico, 1 de setembro de 2015 – Os destaques são nossos).

Deveras, é ler o texto constitucional para ver-se, mesmo a um primeiro súbito de vista, o disparate de tentar buscar em um mandato anterior ao mandato em curso, elementos para increpar crime de responsabilidade a quem esteja no exercício da Presidência da República. Deveras, diz o artigo 86, § 4º:

> *"§ 4º - O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções".*

Scanned by CamScanner

Câmara dos Deputados
Fl. 7158
Comissões Esp

Celso Antônio Bandeira de Mello
Professor emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Fabio Konder Comparato
Doutor honoris causa da Universidade de Coimbra
Doutor em Direito pela Universidade de Paris
Professor emérito da Faculdade de Direito da USP

É óbvio que ao falar em "*exercício de suas funções*", o texto está reportado às funções que o Presidente *exerce* e não às funções que no passado exerceu, ainda que umas e outras sejam da mesma índole, pois, como bem averbado pelo eminente jurista dantes referido, são mandatos *distintos, sucessivos* e não se somam, como se fora um contínuo, a formar uma unidade, que houvera resultado de uma única eleição.

2. Acresce que o chamado "impeachment", não é uma sanção propriamente dita, um castigo por haver ofendido a Lei Magna, mas uma providência destinada a impedir que alguém que esteja a ferir gravemente a Constituição persista em condições de fazê-lo; donde a necessidade de obstar tal desenlace, retirando-o da função que lhe esteja a ensejar o desmando increpado. Deveras, a teor do art. 85, crimes de responsabilidade são os "*que atentem*" contra a Constituição e não os que em outro tempo histórico e político hajam atentado, pois, como dito, o de que se trata é de interditar a possibilidade de que continue no cargo quem esteja *presentemente* a revelar grave desapreço por certos bens jurídicos que esta haja pretendido colocar sob máximo recato.

De resto, ninguém duvidaria que sendo o mandato presidencial de quatro anos, encerrado este, o que surge é um segundo e diverso mandato cuja investitura dependeu de eleição na qual os que sufragaram o eleito nem ao menos são necessariamente os mesmos que o fizeram no pleito anterior. Não se pode, pois, suplantar a vontade popular expressa no resultado eleitoral para buscar em outro momento histórico e jurídico o fundamento requerido para o "impeachment", sem estar com isto ofendendo até mesmo o princípio republicano, pois, como disse o reputado constitucionalista PEDRO SERRANO, este

> "*é assinalado pela eletividade, pela responsabilidade e, essencialmente, pela periodicidade dos mandatos. Nesse cenário, não há possibilidade de impeachment do*

Scanned by CamScanner

Celso Antônio Bandeira de Mello
Professor emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Fabio Konder Comparato
Doutor honoris causa da Universidade de Coimbra
Doutor em Direito pela Universidade de Paris
Professor emérito da Faculdade de Direito da USP

Câmara dos Deputados
Fl. 150
Comissões Especiais

presidente da República por ato praticado no exercício do mandato anterior" (Folha de São Paulo, de 22.08.2015).

Eis, pois, que o art. 15 da lei nº 1.079, de 10.04.50, que define os crimes de responsabilidade, segundo o qual: "*A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo*", só pode ser entendido em consonância com o art. 86 § 4º, ao lume do qual, consoante visto, não seria de admitir, para não disparatar, invocação de atos do Presidente relativos a mandato anterior.

3. Indaga-se ainda se manifestação do Tribunal de Contas com eventual rejeição das contas presidenciais necessita de aprovação do Congresso. **É obvio que sim, para surtir o efeito de rejeição** e ainda aqui basta ler o Texto Constitucional. Deveras, nele se estampa que o Tribunal de Contas, em despeito deste nome, não é um Tribunal, mas um órgão *auxiliar* do Poder Legislativo e apesar de sua assinalada importância o que faz, na matéria, é simplesmente emitir um *parecer, ou seja, um opinamento*, que o Legislativo acatará ou não, pois o art. 71 da Lei Magna dispõe literalmente que "*O controle externo, **a cargo do Congresso Nacional,** será exercido com o **auxílio** do Tribunal de Contas da União*".

Cumpre não confundir duas coisas inteiramente distintas e não extrair de uma delas ilações que à toda evidência seriam grosseiramente descabidas. A saber: uma coisa é a rejeição de contas, aprovada pelo Legislativo e *outra é a incursão em hipotético crime de responsabilidade*. A reprovação das contas pelo Legislativo é algo que, em si mesmo e por si mesmo em nada se confunde com o crime de responsabilidade.

A mais evidente, a mais cabal e irretorquível, demonstração disto está no fato de que não há um "quorum" especial no Legislativo

Scanned by CamScanner

Câmara dos Deputados
Fl. 7160
Comissões Especiais

Celso Antônio Bandeira de Mello
Professor emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Fabio Konder Comparato
Doutor honoris causa da Universidade de Coimbra
Doutor em Direito pela Universidade de Paris
Professor emérito da Faculdade de Direito da USP

para que este aprove o parecer do Tribunal de Contas que as rejeite, ao passo que, a teor do art. 86, *o simples recebimento de acusação de crime de responsabilidade do Presidente da República,* a afim de que este possa ser submetido a julgamento perante o Senado Federal, ***só pode ser aceito por dois terços da Câmara dos Deputados***.

É óbvio que se a rejeição de contas implicasse em figura típica de crime de responsabilidade, este seria o "quorum" constitucional para admissão da rejeição de contas. Assim, a mera rejeição de contas não é fundamento bastante para dar como caracterizada a figura típica do art. 85, VI.

4. Cumpre salientar que o impedimento implicaria na desconstituição da vontade popular expressada por **vários milhões de votos por pouco mais de algumas centenas de votos proveniente de congressistas**. Algo, então, da mais supina gravidade.

Com efeito, é manifesto e da mais evidente obviedade que a essência da democracia descansa precisamente na escolha dos governantes por eleição popular. Logo, em sistema presidencialista, contraditar o resultado de uma eleição pelo impedimento de quem foi eleito, só é possível perante situação da mais alta seriedade e de uma excepcionalidade extrema, isto é, máxima. Daí que não pode ser admitida salvo em circunstâncias notavelmente anômalas.

Deveras, entender que algumas centenas de votos são suficientes para elidir aquilo que se constituiu com a adesão de vários milhões pressupõe algo de extremada anomalia. Qualquer pessoa, mesmo de apoucadas luzes, o perceberia de imediato.

Não se trata de um simples juizo de desconformidade com a gestão da coisa pública, por muito radical que fosse tal reprovação, que isto

Scanned by CamScanner

Celso Antônio Bandeira de Mello
Professor emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Fabio Konder Comparato
Doutor honoris causa da Universidade de Coimbra
Doutor em Direito pela Universidade de Paris
Professor emérito da Faculdade de Direito da USP

Câmara dos Deputados
Fl. 7161
Comissões Especiais

só em regime parlamentarista daria margem à substituição do *governo e ainda assim ao preço da dissolução do parlamento e convocação de eleições, se assim o entendesse o então chefe do governo*, pelo que, os atuais parlamentares, em tal caso, nos dias correntes, voltariam para casa, possivelmente combalidos.

Em suma: o instrumento jurídico do "impeachment" não pode ser brandido de maneira a cumprir aquilo que na expressiva dicção utilizada na linguagem do esporte mais popular do Brasil, se traduz no dito corrente de "*ganhar no tapetão*", quando um clube de futebol, esmagado em campo por força da superioridade do adversário, quer vencê-lo de qualquer modo, nem que seja por esta via inidônea e não se peja de assumir uma atitude desabrida, tal a que EÇA DE QUEIROZ colocou na boca de um seu personagem, segundo quem: "*Eu sou como John Bull, se não vai na palavra vai na murraça*".

Estas considerações óbvias, portanto, jamais autorizariam o entendimento de que a imputação de comportamentos apenas culposos abririam ensanchas para o impedimento de um Presidente da República. É inafastavel a presunção de que somente condutas comissivas dolosas perfariam um comportamento tão agressivo aos valores da República ao ponto de requererem a expulsão do primeiro mandatário.

5. Dado que a própria Constituição regrou o tema do impedimento não se pode aceitar nenhuma forma de efetuá-lo senão aquela mesma ali estabelecida, pelo que nem o Presidente da República, nem o Vice poderiam atualmente ter seus mandatos desconstituidos por decisão do Tribunal Superior Eleitoral em ação de impugnação de mandato eletivo, a qual, ademais tem o prazo de 15 dias, contados da diplomação, conforme art. 14, § 10 da Lei Maior, o que ainda mais ressalta o absurdo de suposição de tal ordem que viesse a ser alvitrada.

Scanned by CamScanner

Celso Antônio Bandeira de Mello
Professor emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Fabio Konder Comparato
Doutor honoris causa da Universidade de Coimbra
Doutor em Direito pela Universidade de Paris
Professor emérito da Faculdade de Direito da USP

Câmara dos Deputados
Fl. 7162
Comissões Especiais

6. Isto posto, as indagações da Consulta respondemos:

I – O alcance e o significado do art.86, parágrafo 4º da Constituição Federal, são os de retirar do cargo de Presidente da República aquele que, **no curso de seu atual mandato,** haja atentado gravemente contra a Lei Maior, afim de impedir que continue em condições de fazê-lo;

II - Eventual parecer do Tribunal de Contas da União pela rejeição de contas presidenciais precisa ser aprovado pelo Congresso Nacional para produzir dito efeito, já que é ao Congresso Nacional, auxiliado por aquele órgão, quem tem o poder de rejeitá-las;

III - Tal reprovação não é bastante para caracterizar a figura do crime de responsabilidade, até porque não há quorum especial para o Legislativo reprová-las, ao passo que *o simples recebimento de acusação de crime de responsabilidade do Presidente da República,* a afim de que este possa ser submetido a julgamento perante o Senado Federal, ***só pode ser aceito por dois terços da Câmara dos Deputados;***

IV- Em se tratando da prática de eventual crime de responsabilidade, o Presidente da República só poderá responder por conduta comissiva e dolosa;

V - Nem o Presidente da República, nem seu vice podem ter seus mandatos cassados por decisão do

Scanned by CamScanner

Câmara dos Deputados
Fl. 7163
Comissões Especiais

Celso Antônio Bandeira de Mello
Professor emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Fabio Konder Comparato
Doutor honoris causa da Universidade de Coimbra
Doutor em Direito pela Universidade de Paris
Professor emérito da Faculdade de Direito da USP

Tribunal Superior Eleitoral em ação de impugnação de mandato eletivo, ao arrepio dos artigos 85 e seguintes da Constituição Federal.

É o nosso parecer.

São Paulo, 30 de setembro de 2015.

Celso Antônio Bandeira de Mello
OAB-SP nº 11.199

Fabio Konder Comparato
OAB-SP nº 11.118

Scanned by CamScanner

Câmara dos Deputados
Fl. 7164
Comissões Especiais

Parecer

Dalmo de Abreu Dalari

Câmara dos Deputados
Fl. 7165
Comissões Especiais

DALMO DE ABREU DALLARI
Professor Emérito da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo
Advogado – OAB/SP 12.589

OPINIÃO JURÍDICA

Tendo em conta a pretensão de proposição do "impeachment" da Presidente Dilma Rousseff, manifestada por vários militantes políticos, apoiando-se, em alguns casos, em pareceres de juristas, foram-me dirigidas perguntas relativas ao tema, que passo a responder.

Desde logo, entretanto, ressalto que a matéria é expressamente normatizada no texto da Constituição brasileira vigente, que, conforme o ensinamento do eminente mestre José Joaquim Canotilho, é "norma superior e vinculante", condicionando todas as interpretações e aplicações dos preceitos jurídicos brasileiros.

1. **Em primeiro lugar, quanto à responsabilidade, pergunta-se qual o alcance do artigo 86, parágrafo 4º, da Constituição Federal. Indaga-se, especificamente, se para fins de eventual responsabilização por impedimento, em hipótese de reeleição presidencial, pode-se cogitar de continuidade de mandato ou são mandatos autônomos. Em síntese, a indagação é se pode haver responsabilização no segundo mandato por conduta eventualmente ocorrida em mandato anterior.**

Câmara dos Deputados
Fl. 7166
Comissões Especiais

O artigo 86, parágrafo 4º, da Constituição, tem redação muito clara, quando dispõe: "O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções". Aí está mais do que óbvio que a intenção do legislador constituinte foi excluir a hipótese de responsabilização do Presidente por atos que não tenham sido praticados no exercício do mandato corrente, ou seja, na vigência do mandato que esteja exercendo. Assim, pois, a eventual circunstância de o mesmo Presidente já ter exercido mandato anterior não tem qualquer relevância para a correta aplicação do preceito do parágrafo 4º. O que importa, exclusivamente, é que o ato questionado tenha sido praticado durante a vigência do mandato corrente, ou seja, como estabelece a Constituição, durante a vigência de seu mandato. Se a mesma pessoa tiver exercido mandato anteriormente trata-se de outro Presidente e outro mandato e não do mandato vigente.

Em conclusão, não pode haver responsabilização no segundo mandato por conduta eventualmente ocorrida em mandato anterior.

2. **Pergunta-se em seguida se, tendo em conta o disposto no artigo 86, "caput", da Constituição, poder-se-ia admitir que o plenário da Câmara dos Deputados, por maioria simples, acolhesse recurso contra a decisão de arquivamento de denúncia, do Presidente da Casa. Indaga-se, também, se no caso de acusação da prática de eventual crime de responsabilidade o Presidente da República poderá responder tanto por conduta comissiva quanto omissiva e se o Presidente pode ser responsabilizado apenas por modalidade dolosa ou também por culposa.**

Em primeiro lugar, quanto à possibilidade de decisão por maioria simples da Câmara dos Deputados contrária ao arquivamento da

Câmara dos Deputados
Fl. 7167
Comissões Especiais

denúncia a resposta é que, nos termos expressos do referido artigo 86, "caput", as decisões admitindo a acusação devem ser adotadas por dois terços dos membros da Câmara, devendo, portanto, ser exigido o mesmo quorum qualificado para eventual recurso contra o arquivamento.

O segundo ponto é referente à possibilidade de responsabilização do Presidente da República por modalidade culposa. Isso foi suscitado porque houve quem emitisse parecer afirmando que a omissão do Presidente também daria base para o enquadramento por crime de responsabilidade. Para responder a esse ponto basta a leitura atenta e desapaixonada do artigo 84 da Constituição, no qual está expresso e claro que são crimes "os atos" do Presidente. Assim, para que se caracterize o crime é indispensável a intenção, a prática de um ato que configure um crime. Não havendo esse ato, essa intenção expressamente manifestada, não se caracteriza o crime.

3. **Por último, pergunta-se se o Presidente da República e seu Vice-Presidente podem ter o mandato cassado por decisão do Tribunal Superior Eleitoral em ação de impugnação de mandato eletivo, ao arrepio dos artigos 85 e seguintes da Constituição.**

Na realidade, a pergunta já contém a resposta, pois o artigo 85 da Constituição dispõe, especificamente, sobre as hipóteses de cassação do mandato do Presidente da Republica e ali não se dá competência ao Tribunal Superior Eleitoral para decidir sobre a cassação. Além disso, é oportuno lembrar, ainda, o disposto no parágrafo 4º do artigo 86 da Constituição, que é absolutamente claro quando dispõe que "O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções".

Câmara dos Deputados
Fl. 7168
Com:

Em complemento a isso, indaga-se também se a ação de investigação judicial eleitoral e a representação prevista no artigo 30-A da Lei nº 9504/97 podem ensejar a cassação dos mandatos do Presidente e do Vice-Presidente da República. A resposta, sem a mínima dúvida, é não. E para eliminar qualquer tentativa de simulação de fundamentação jurídica basta reproduzir aqui o que dispõe expressamente o artigo 14, parágrafo 10º, da Constituição: "O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude".

São essas, portanto, as respostas às questões formuladas, que tomaram por base, sobretudo, o que dispõe a Constituição, "norma superior e vinculante", e que se orientaram por critérios essencialmente jurídicos.

Esse é o meu parecer.

São Paulo, 28 de setembro de 2015.

Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari
Professor Emérito da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo
Advogado – OAB/SP 12.589

Câmara dos Deputados
Fl. 7169
Comissões Especiais

Parecer

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Professor Titular e Diretor da Faculdade de Direito da UFPE
Desembargador Federal Aposentado
Advogado

Câmara dos Deputados
Fl. 7170
Comissão Especial

Considerações acerca da figura do IMPEACHMENT e da pretensão de sua utilização no momento atual

Francisco de Queiroz B. **Cavalcanti**

Professor titular e diretor da Faculdade de direito do Recife (UFPE)[1]

1.Considerações Preliminares

O momento político brasileiro atual é muito difícil. As instituições são relativamente frágeis. Observe-se que o conjunto de partidos políticos é extremamente amplo, pulverizado, atendendo, muitas vezes a interesses de pequenos grupos. Por vezes, os próprios partidos de maior porte quantitativo não têm efetivamente uma idéia de unidade, de conjunto, representando, na maioria das vezes um agrupamento de subconjuntos representativos de interesses pessoais, às vezes pessoais e paroquiais. Esse quadro político-partidário retrata a existência de uma multiplicidade de grupos com interesses próprios e conflitantes que buscam ser atendidos em um quadro de *spoil system.* É fácil constatar tal realidade até em partidos do porte do PMDB, do PT, dentre outros. Por vezes interesses nacionais e o interesse público no sentido mais puro é olvidado.

Por outro lado, constata-se a fragilidade ética de componentes de Poderes, o que se evidencia, v.g., pelo grande número de integrantes de instituições como a Câmara dos Deputados e do Senado Federal, denunciados em ações penais, indiciados em inquéritos policiais, réus de ação de improbidade, o que, sem dúvida cria uma grande dúvida sobre as atuações desses órgãos, inclusive, e sobretudo, no exercício de atividades de controle.

Esse palco tem que ser esboçado, pois, será, ou seria, nele, que se encenariam os atos de um eventual procedimento de *impeachment* da Presidenta da República. O direito não pode ser visto como uma figura retórica, sem a situação fática sobre a qual iria incidir. Por outro lado, *impeachment* é uma figura jurídico-política. Não se pode julgar um presidente de República, chefe de

[1] O autor é mestre e doutor em Direito, Professor titular por concurso público, Juiz do TRF da 5ª. Região aposentado, ex-juiz do T.R.E-PE e advogado.

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Professor Titular e Diretor da Faculdade de Direito da UFPE
Desembargador Federal Aposentado
Advogado

Câmara dos Deputados
Fl. 7171
Comissões Es

Estado e de Governo, unicamente com visão estritamente jurídica, sem levar em conta o quadro fático existente, as dificuldades conjunturais e as necessidades de preservação de serviços e programas essenciais para a base da pirâmide social e para a manutenção de empregos e da atividade econômica. Tal evidentemente não significa a aceitação de qualquer meio para que aqueles fins sejam alcançados, mas, uma imprescindível ponderação de valores.

2. Deve-se a essa altura fazer uma breve referência histórica sobre a figura do *impeachment* e a natural e imprescindível razoabilidade em sua aplicação, que, ressalte-se, afasta a idéia de banalização. Tal instituto, como se sabe, é de origem inglesa[2], encontrando vasto campo de aplicação no regime presidencialista norte americano, onde tem mais amplo conjunto de destinatários que na origem. Vários são os exemplos encontrados de aplicação do mesmo nos EUA, mas conforme se observa, o seu acolhimento, ocorreu em poucas situações, sempre com muita cautela.[3] Na Argentina a figura correspondente acha-se inserida na

---

[2] Henry HAllAM, em sua clássica obra **The constitutional History of England** (Loindon : John Murray, 1894, p. 183) aponta como primeiro caso de parliamentary impeachment " that of Lord Latimer in the year of 1376".

[3] Nos EUA, pode-se sintetizar a aplicação do instituto nas palavras de **by Borgna Brunner:**

...: "The right to impeach public officials is secured by the U.S. Constitution in Article I, Sections 2 and 3, which discuss the procedure, and in Article II, Section 4, which indicates the grounds for impeachment: "the President, Vice President, and all civil officers of the United States shall be removed from office on impeachment for, and conviction of, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors."
Removing an official from office requires two steps: (1) a formal accusation, or impeachment, by the House of Representatives, and (2) a trial and conviction by the Senate. Impeachment requires a majority vote of the House; conviction is more difficult, requiring a two-thirds vote by the Senate. The vice presidentpresides over the Senate proceedings in the case of all officials except the president, whose trial is presided over by the chief justice of the Supreme Court. This is because the vice president can hardly be considered a disinterested party—if his or her boss is forced out of office he or she is next in line for the top job!

What Are "High Crimes and Misdemeanors?"

Bribery, perjury, and treason are among the least ambiguous reasons meriting impeachment, but the ocean of wrongdoing encompassed by the Constitution's stipulation of "high crimes and misdemeanors" is vast. Abuse of power and serious misconduct in office fit this category, but one act that is definitely not grounds for impeachment is partisan discord. Several impeachment cases have confused political animosity with genuine crimes. Since Congress, the vortex of partisanship, is responsible for indicting, trying, and convicting public officials, it is necessary for the legislative branch to temporarily cast aside its factional nature and adopt a judicial role.

The Infamous Sixteen

Since 1797 the House of Representatives has impeached sixteen federal officials. These include two presidents, a cabinet member, a senator, a justice of the Supreme Court, and eleven federal judges. Of those, the Senate has convicted and removed seven, all of them judges. Not included in this list are the office holders who have resigned rather than face impeachment, most notably, President Richard M. Nixon (A Short History of

Câmara dos Deputados
Fl. 7172
Comissões Especiais

Constituição daquele país, no art. 53, da Constituição vigente. Em França, só a partir de emenda ao artigo 68 da Constituição de 1958, passou-se a admitir o impeachment presidencial[4], mas, sem qualquer caso de acolhimento.

No Brasil, a figura, de rara aplicação, chega com a República. Prevista nos arts. 33 e 53, da Constituição de 1891 e disciplinado pelas leis de nºs 27 e 30, de janeiro de 1892.[5] Na Constituição de 1934, criou-se uma Corte Especial para julgamento de crimes de responsabilidade[6] e acolhimento de *impeachment.*

Impeachment *High crimes and misdemeanors"* (capturado de, em 20.10.2015), Ressaltando: **Presidents Andrew Johnson and Bill Clinton were impeached by the U.S. House of Representatives, but acquitted by the Senate. Richard Nixon resigned before he could be impeached.**

[4] **Article 68**

- Modifié par Loi constitutionnelle n°2007-238 du 23 février ... - art. 1

Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour.

La proposition de réunion de la Haute Cour adoptée par une des assemblées du Parlement est aussitôt transmise à l'autre qui se prononce dans les quinze jours.

La Haute Cour est présidée par le président de l'Assemblée nationale. Elle statue dans un délai d'un mois, à bulletins secrets, sur la destitution. Sa décision est d'effet immédiat.

Les décisions prises en application du présent article le sont à la majorité des deux tiers des membres composant l'assemblée concernée ou la Haute Cour. Toute délégation de vote est interdite. Seuls sont recensés les votes favorables à la proposition de réunion de la Haute Cour ou à la destitution.

Une loi organique fixe les conditions d'application du présent article.

[5] A. MILTON, Aristides. A Constituição do Brazil. Notícia histórica, texto e comentário. Rio de Janeiro: imprensa Nacional, 2ª ed., 1898, p.118. Sobre essa figura, comenta o autor: *Deve o Presidente ser também responsável pelos actos de improbidade que praticar; quer se deixando decidir por motivos menos honrosos, quer consentindo que a fortuna pública seja defraudada, desviando-se de seu destino legal os dinheiros arrecadados, quer finalmente, não respeitando os orçamentos, que constituem no entanto o primeiro dever do corpo legislativo e cuja fiel observância concorre para inspirar confiança ao estrangeiro, firmando o crédito do país e consolidando o regime da liberdade e da ordem.* (obra citada, p.268)

[66] Art 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Professor Titular e Diretor da Faculdade de Direito da UFPE
Desembargador Federal Aposentado
Advogado

Câmara dos Deputados
Fl. 7173
Comissões

Destaca-se, então como ressaltou ARAÚJO CASTRO, a natureza especialíssima desse procedimento. Lecionava aquele autor: *seguindo o exemplo da Argentina, instituimo-lo unicamente em casos muito especiais, e, não há negar que, neste ponto, agimos com muito acerto"*[7] Ultrapassado o período autoritário (1937-1945) tem-se a redemocratização de 1946, com a restauração do modelo clássico de *impeachment*. Bem ressalta Eduardo ESPINOLA, que a Constituição de 1946, "manteve, ainda neste ponto, o critério de 1891, que, por sua vez, se inspirara na dos Estados Unidos da América do Norte"[8], tendo-se, o senado como órgão julgador. Ressalte-se que o instituto não teve qualquer aplicação efetiva no período de vigência daquela Carta, ressaltando-se, entretanto a edição da lei nº 1.079, de 10.04.1950, definidora dos crimes de responsabilidade do Presidente

---

referida Corte e se comporá de nove Juízes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade.

§ 1º - Far-se-á a escolha dos Juízes do Tribunal Especial por sorteio, dentro de cinco dias úteis, depois de decretada a acusação, nos termos do § 4º, ou no caso do § 5º deste artigo.

§ 2º - A denúncia será oferecida ao Presidente da Corte Suprema, que convocará logo a Junta Especial de Investigação, composta de um Ministro da referida Corte, de um membro do Senado Federal e de um representante da Câmara dos Deputados, eleitos anualmente pelas respectivas corporações.

§ 3º - A Junta procederá, a seu critério, à investigação dos fatos argüidos, e, ouvido o Presidente, enviara à Câmara dos Deputados um relatório com os documentos respectivos.

§ 4º - Submetido o relatório da Junta Especial, com os documentos, à Câmara dos Deputados, esta, dentro de 30 dias, depois de emitido parecer pela Comissão competente, decretará, ou não, a acusação e, no caso afirmativo, ordenará a remessa de todas as peças ao Presidente do Tribunal Especial, para o devido processo e julgamento.

§ 5º - Não se pronunciando a Câmara dos Deputados sobre a acusação no prazo fixado no § 4º, o Presidente da Junta de Investigação remeterá cópia do relatório e documentos ao Presidente da Corte Suprema, para que promova a formação do Tribunal Especial, e este decrete, ou não, a acusação, e, no caso afirmativo, processe e julgue a denúncia.

§ 6º - Decretada a acusação, o Presidente da República ficará, desde logo, afastado do exercício do cargo.

§ 7º - O Tribunal Especial poderá aplicar somente a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações civis e criminais cabíveis na espécie.

[7] ARAÚJO CASTRO. A nova constituição brasileira. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p.236.
[8] ESPÍNOLA, Eduardo . A Nova Constituição do Brasil. Direito Político e Constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p.276.

Câmara dos Deputados
Fl. 7174
Comissões Especiais

da República.[9] Ainda hoje em vigor, com interpretação de conformidade com a Constituição de 1988. Superado o período do regime militar, no qual qualquer pretensão de impeachment esbarraria em um quadro jurídico e sobretudo fático insuperável, com a restauração democrática, ficaram estabelecidas no Texto Maior, as **hipóteses constitucionais de crime de responsabilidade,** com a recepção da lei nº 1079, de 1950.

Houve o conhecido caso Collor, público e notório cujos detalhes não cabe aqui comentar.

Onde quer que se examine o instituto, uma das suas principais características é a não banalização de sua utilização. Afinal *impeachment não se confunde com moção de desconfiança, presente nos regimes parlamentaristas.*

Destaca-se na Constituição brasileira de 1988 :

> Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
>
> I - a existência da União;

---

[9] Lei nº 1.079, de 10.04.1950:

Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

I - A existência da União:

II - O livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados;

III - O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais:

IV - A segurança interna do país:

V - A probidade na administração;

VI - A lei orçamentária;

VII - A guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VIII - O cumprimento das decisões judiciárias (Constituição, artigo 89).

Câmara dos Deputados
Fl. 7175
Comissões Especiais

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

I II - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Importante, destacar, de logo, para fins de exclusão, algumas hipóteses constitucionais, não presentes, nem ao menos hipoteticamente, no caso ora em discussão, ou seja na pretensão de aplicação à atual Presidente(a) do Brasil.

São elas as previstas nos incisos I, II,III, e IV do citado art.85 do texto constitucional

Não há qualquer ato atentatório à existência da União, nem isso se alega. A figura da União Federal não vem sofrendo qualquer pretensão, ou tentativa de mutilação e as instituições que a representam vem funcionando regularmente.

Por outro lado, deve-se ressaltar o pleno exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação.

Não há qualquer forma de comprometimento do exercício regular dos Poderes da República, mesmo quando esse exercício cria algum tipo de constrangimento para autoridades públicas.

O Poder Legislativo tem funcionamento regular, apenas prejudicado, por razões intrínsecas ao modelo político-partidário, como o excesso de partidos, e a "sub-partidarização" dos partidos de maior porte, lembrando a figura histórica japonesa do "shogunato".

O funcionamento regular do Judiciário e dos órgãos a ele relacionados, como o Ministério Público e as polícias judiciárias são marcantes exemplos de

Câmara dos Deputados
Fl. 7176
Comissões Especiais

autonomia institucional e liberdade de atuação. Pode-se afirmar que em toda a história do Brasil republicano não se vislumbra qualquer outro momento em que essas instituições puderam funcionar com tanta autonomia.

O mesmo se diga em relação ao o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais. Tais não vem sendo objeto de qualquer modalidade de constrangimento. Se, ainda há, e de fato há, ainda, um longo percurso a percorrer, tal decorre, sobretudo das dificuldades decorrentes da existência de uma pirâmide social profundamente injusta, cuja correção vem se tentando, embora com muita dificuldade.

Ressalte-se ainda, que a segurança interna do País vem sendo assegurada, apesar dos níveis de criminalidade ainda serem bem mais elevados que aqueles presentes nos países com IDH elevados, mas são plenamente compatíveis com os demais países em similar estágio de desenvolvimento.

Não há, por outro lado, alegação de não o cumprimento das leis e das decisões judiciais pela Presidência da República. Os órgãos de controle têm agido, com elevado nível de liberdade e independência.

As questões e fundamentações de pedidos de impeachment circulam em torno de duas hipóteses:

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

O princípio da probidade é de extremo relevo na Administração Pública, podendo-se tê-lo como contido no da moralidade que:

> Prega a observância de regras éticas na atividade administrativa, informadas por valores como boa-fé, diretivas de boa administração, honestidade, lealdade, interesse público, imparcialidade etc., que devem estar presentes na conduta do agente público e no ato praticado (objeto, motivo e finalidade)."[10]

A improbidade, seu contraponto, entretanto, não pode ser alcançada, detectada, tão somente em função de uma caracterização objetiva. Necessário perscrutar a motivação do agir, o elemento subjetivo, por vezes doloso, por vezes culposo, a depender da imputação. Não há, com consistência qualquer

[10] MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2ª ed, 2002, p.99.

Câmara dos Deputados
Fl. 7177
Comissões Especiais

conduta da Presidenta à qual se impute a pecha de improbidade, de conduta desonesta, imoral.

Merece referência, nessa linha o posicionamento do TCU em seu longo relatório e parecer, recentemente apresentado e aprovado pela Casa:

A recomendação, do TCU em suas quase mil páginas, foi pela rejeição das contas presidenciais.

Várias são as razões que motivaram a recomendação pela rejeição das contas, dentre elas:

a) os passivos da União junto ao Banco do Brasil, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) nas estatísticas da dívida pública de 2014;
b) Destaquem-se, também, os adiantamentos concedidos pela Caixa Econômica Federal para despesas dos programas Bolsa Família, Seguro-Desemprego e Abono Salarial e os adiantamentos concedidos pelo FGTS para despesas do Programa Minha Casa, Minha Vida.

Aqui, procurar-se-á referenciar aspectos relevantes dessa discussão, embora de modo sucinto. O que se fará por tópicos:

1.1. Necessário se faz analisar as relações entre a **União Federal de um lado e do outro, o BNDES e suas subsidiárias**. Tais dados constam de modo bastante claros no sítio eletrônico do BNDES, do qual se extrai o seguinte e expressivo dado:

> "As leis nº 11.948/09 (alterada pela Lei nº 12.249/10), nº 12.096/09 (alterada pelas Leis nº 12.385/11, nº 12.453/11 e nº 12.712/12), nº 12.397/11, nº 12.453/11 (alterada pela Lei 12.712/12), nº 12.872/13, nº 12.979/14 e nº 13.000/14, autorizaram a União a conceder créditos ao BNDES, como também estabeleceram o limite de 378 bilhões de reais para financiamentos no âmbito do Programa de Sustentação do Investimento - PSI[11]. Coube ao BNDES a aplicação destes recursos financeiros e, consequentemente, encaminhar ao Congresso

[11] O programa abrange os seguintes Subprogramas:

- BNDES PSI - Bens de Capital
- BNDES PSI - Inovação e Máquinas e Equipamentos Eficientes
- BNDES PSI - Exportação Pré-embarque
- BNDES PSI - Projetos Transformadores

Câmara dos Deputados
Fl. 7178
Comissões Especiais

Nacional, trimestralmente, relatório pormenorizado sobre as operações realizadas com esses recursos."[12]

1.2 Não se olvide que, os valores repassados pela União Federal ao BNDES representaram a maior fonte de recursos com estímulo financeiro a significativa parcela do setor privado brasileiro através de linhas específicas de financiamentos, ao lado de atuações do BNDESPAR. O BNDES, sem dúvida, vem funcionando, nos últimos anos, como a principal agência de fomento para o setor produtivo. Durante vários exercícios, valores originários do Tesouro Nacional foram transferidos para aquela instituição, através de mecanismos como aumento de capital; emissão de títulos etc., para possibilitar a alocação de recursos através de programas, linhas de financiamentos subsidiados, participações societárias (utilizando-se o BNDESPAR) para incentivar o setor produtivo.

1.3 O esforço foi significativo e desgastante, em relação ao Tesouro Nacional, como tentativa de evitar redução na atividade produtiva e no nível de emprego em época de grave dificuldade conjuntural. Não parece caracterizar conduta com o viés de improbidade a exaustão financeira do Tesouro Nacional mutilado por uma série de fatores tais como alta da cotação da moeda norte americana, redução no nível de crescimento da China, com a consequente queda na exportação [13]. O problema atinge basicamente toda a América

---

[12] http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/Aplicacao_dos_Recursos_Financeiros/

[13] " aceleração do crescimento chinês tem causado efeitos perversos no Brasil. O menor apetite do gigante asiático fez com que o preço das commodities - matérias-primas negociadas nos mercados internacionais – despencasse e atingisse o menor nível deste século. O temor de um "pouso forçado" vem gerando fortes oscilações na Bolsa de Xangai, com efeitos em diversos mercados do mundo. Essa volatilidade, juntamente com a recente desvalorização do yuan, atinge em cheio as siderúrgicas, mineradoras e petroleiras brasileiras - tanto na Bovespa como fora dela

Com uma pauta baseada, principalmente, em minério de ferro, soja e petróleo, as exportações brasileiras tiveram um baque em termos de valores negociados. Mesmo com o dólar elevado e o aumento da quantidade vendida, o valor dos produtos exportados para a China caiu 19,4% em um ano - quando comparados os dados de janeiro a julho de 2014 e 2015.

Já os preços das commodities caíram 21% entre 2010 e julho de 2015, após subirem incríveis 113% nos oito anos anteriores. Os dados são do índice Commodities Research Bureau (CRB) e evidenciam a montanha-russa desses produtos básicos nos últimos treze anos." (http://infograficos.estadao.com.br/economia/por-que-o-brasil-parou/commodities.php).

Câmara dos Deputados
Fl. 7179
Comissões Especiais

Latina, como se constata na consulta aos principais indicadores econômicos em relação ao Chile, Argentina, dentre outros. Não há como se imputar o qualificador de conduta irregular à Presidente da República em agir visando preservar emprego e renda, em momento tão grave. Tal quadro reflete-se em montante quantitativamente menor, mas, por vezes até de maior intensidade em relação a Estados da Federação e Municípios.

2.1. Já no tocante ao **Banco do Brasil S.A** deve-se observar o conjunto de extensas e detalhadas informações constantes de seus demonstrativos contábeis de 2014, que indicam resultados positivos, com adequada rentabilidade para os seus acionistas nesse sentido consulte-se : http://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/ri/pt/dce/dwn/4T14DemoContJM.pdf .[14]

[14] Observe-se a título de exemplo, os expressivos resultados desse exercício de 2014:
DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO 2º Semestre/2014 2014 2013 RECEITAS DA INTERMEDIAÇÃO FINANCEIRA 81.687.380 147.026.911 114.976.457 Operações de crédito (Nota 10.b) 49.957.870 91.080.146 74.418.316 Operações de arrendamento mercantil (Nota 10.i) 666.404 1.346.097 1.768.243 Resultado de operações com títulos e valores mobiliários (Nota 8.b) 25.344.351 44.010.048 29.970.137 Resultado de instrumentos financeiros derivativos (Nota 8.e) 1.024.967 300.162 1.156.331 Resultado de operações de câmbio (Nota 12.b) -- 633.639 605.959 Resultado das aplicações compulsórias (Nota 9.b) 2.781.635 5.668.646 4.697.085 Operações de venda ou de transferência de ativos financeiros 255.477 601.398 607.254 Resultado financeiro das operações com seguros, previdência e capitalização (Nota 21.e) 1.656.676 3.386.775 1.753.132 DESPESAS DA INTERMEDIAÇÃO FINANCEIRA (67.771.087) (117.525.459) (86.610.678) Operações de captação no mercado (Nota 17.d) (43.402.072) (80.518.581) (56.625.845) Operações de empréstimos, cessões e repasses (Nota 18.c) (12.712.635) (14.631.754) (11.185.018) Operações de arrendamento mercantil (Nota 10.i) (595.385) (1.201.426) (1.593.410) Resultado de operações de câmbio (Nota 12.b) (228.996) -- -- Operações de venda ou de transferência de ativos financeiros (17.743) (23.710) (70.638) Atualização e juros de provisões técnicas de seguros, previdência e capitalização (Nota 21.e) (831.445) (2.000.536) (1.075.250) Provisão para créditos de liquidação duvidosa (Notas 10.f e g) (9.982.811) (19.149.452) (16.060.517) RESULTADO BRUTO DA INTERMEDIAÇÃO FINANCEIRA 13.916.293 29.501.452 28.365.779 OUTRAS RECEITAS/DESPESAS OPERACIONAIS (5.572.594) (11.667.464) (13.745.840) Receitas de prestação de serviços (Nota 22.a) 9.691.741 18.433.680 16.753.530 Rendas de tarifas bancárias (Nota 22.b) 3.468.771 6.636.276 6.546.984 Despesas de pessoal (Nota 22.c) (10.123.138) (19.499.684) (18.401.095) Outras despesas administrativas (Nota 22.d) (8.687.980) (17.195.465) (16.398.789) Despesas tributárias (Nota 25.c) (2.650.998) (4.986.935) (4.759.457) Resultado de participações em coligadas e controladas (Nota 14) 1.280.214 573.973 605.585 Resultado de oper.ações com seguros, previdência e capitalização (Nota 21.e) 2.368.082 4.471.328 3.230.354 Outras receitas operacionais (Nota 22.e) 5.383.702 12.594.226 8.162.655 Outras despesas operacionais (Nota

Câmara dos Deputados
Fl. 7180
Comissões Especiais

2.2 As operações entre o Banco do Brasil S.A, banco público, com a forma jurídica de sociedade de economia mista e a União Federal, não trouxeram qualquer prejuízo à instituição financeira, nem a seus acionistas minoritários, nem ao tesouro Nacional. Na estruturação do sistema financeiro nacional, o Banco do Brasil S.A tem papéis diferenciados e recebe incumbências legalmente estabelecidas, sob a tutela do CMN e do BACEN que o colocam em situação diferenciada e bastante confortável em relação aos bancos privados. É o depositário dos valores da União Federal, principal agente da política de exportação, do setor agrícola em sentido amplo, não sendo crível, tratar suas relações com a União Federal como as usuais entre um controlador privado e a instituição financeira controlada. Não se olvide que os resultados financeiros do Banco em 2014 foram bastante satisfatórios inclusive para os acionistas minoritários.

3.1 Outro item relevante é o referente a pretensas irregularidades no relacionamento com a **Caixa Econômica Federal – CEF,** sobretudo no tocante a despesas referentes ao programa "Minha Casa Minha Vida" alegando-se terem sido

> "consideradas irregulares a ausência de contingenciamento de despesas discricionárias da União no montante de pelo menos R$ 28,54 bilhões, a inscrição imprópria em restos a pagar de R$ 1,367 bilhão referentes a despesas do Programa Minha Casa Minha Vida e a fixação de cronograma mensal de desembolso para 2014 sem considerar a manifestação do Ministério do Trabalho e Emprego quanto à elevação de despesas primárias obrigatórias, no valor de R$ 9,2 bilhões, e quanto à frustração de receitas primárias do Fundo de Amparo ao Trabalhador, no valor de R$ 5,3 bilhões."

22.f) (6.302.988) (12.694.863) (9.485.607) RESULTADO OPERACIONAL 8.343.699 17.833.988 14.619.939 RESULTADO NÃO OPERACIONAL (Nota 23) 66.918 200.662 10.176.139 Receitas não operacionais 215.287 416.421 10.365.535 Despesas não operacionais (148.369) (215.759) (189.396) RESULTADO ANTES DOS TRIBUTOS E PARTICIPAÇÕES 8.410.617 18.034.650 24.796.078 IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL (Nota 25.a) (1.016.322) (3.690.796) (5.993.494) PARTICIPAÇÃO DE EMPREGADOS E ADMINISTRADORES NO LUCRO (827.406) (1.622.845) (2.204.278) PARTICIPAÇÃO DOS NÃO CONTROLADORES (827.249) (1.475.195) (840.369) LUCRO LÍQUIDO 5.739.640 11.245.814 15.757.937 LUCRO POR AÇÃO (Nota 24.f) Número médio ponderado de ações - básico e diluído 2.797.135.631 2.800.275.232 2.834.080.029 Lucro básico e diluído por ação (R$) 2,05 4,04 5,58 As notas explicativas são parte integrante das demonstrações contábil

Câmara dos Deputados
Fl. 3181
Comissões Especiais

3.2 Para compreender os problemas ocorridos, mister se faz recordar o esforço para criação do " Minha casa minha vida", programa de estímulo ao setor habitacional, procurando conjugar redução de carga tributária para os insumos, financiamento com juros subsidiados para os adquirentes e subsídio direto, através de alocação de verba diretamente às Construtoras.[15] O PMCMV

---

[15] **Observe-se a previsão da lei no. 11.977, de 07.07.2009 9 objeto de conversão da MP no.459/2009 , quanto à estrutura e finalidade do Programa MINHA CASA, MINHA VIDA (PMCMV):**

Da Estrutura e Finalidade do PMCMV

Art. 1º O Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV compreende:

I – o Programa Nacional de Habitação Urbana - PNHU;

II – o Programa Nacional de Habitação Rural - PNHR;

III – a autorização para a União transferir recursos ao Fundo de Arrendamento Residencial - FAR e ao Fundo de Desenvolvimento Social - FDS;

IV – a autorização para a União conceder subvenção econômica tendo em vista a implementação do PMCMV em Municípios com população de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;

V – a autorização para a União participar do Fundo Garantidor da Habitação Popular - FGHab; e

VI – a autorização para a União conceder subvenção econômica ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES.

Art. 2º O PMCMV tem como finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais pelas famílias com renda mensal de até 10 (dez) salários mínimos, que residam em qualquer dos Municípios brasileiros.

Art. 3º Para a definição dos beneficiários do PMCMV, devem ser respeitadas, além das faixas de renda, as políticas estaduais e municipais de atendimento habitacional, priorizando-se, entre os critérios adotados, o tempo de residência ou de trabalho do candidato no Município e a adequação ambiental e urbanística dos projetos apresentados.

§ 1º Em áreas urbanas, os critérios de prioridade para atendimento devem contemplar, também :

Câmara dos Deputados
Fl. 7182
Comissões Especiais

implicou em elevado custo para a União Federal, sendo plausível a ocorrência de dificuldades em período de grave dificuldade financeira, queda de receita de todos os Entes Públicos dependentes de arrecadação tributária. O FGTS desde a sua criação tem sido utilizado em programas vinculados a habitação, infraestrutura urbana, saneamento e atividades correlatas, sua utilização está pautada na **LEI Nº 8.036, DE 11 DE MAIO DE 1990**, com a redação vigente.

3.3 Relevante, por outro lado, observar a própria natureza da CEF, empresa pública em sentido estrito, tendo como única sócia a União Federal. Não se pode olvidar sua natureza especial, definida como "com criação autorizada pelo Decreto-lei nº 759, de 12 de agosto de 1969,[3] a Caixa atua como prestadora de serviços de natureza social, na promoção da cidadania e do desenvolvimento sustentável do país, como instituição financeira, agente de políticas públicas e parceira estratégica do Estado brasileiro."

Não pode ser tratada como Banco privado.

3.4 Saliente-se, ainda a atuação da CEF em relação ao programa popularmente conhecido como " bolsa família", caracterizado como

"um programa de transferência de renda do Governo Federal, sob condicionalidades, instituído pela Medida Provisória 132, de 20 de outubro de 2003[1] , convertida em lei em 9 de janeiro de 2004, pela Lei Federal n. 10.836,[2] que unificou e ampliou e os seguintes programas anteriores de transferência de renda:

- Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Educação - Bolsa Escola (Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001 - Governo Fernando Henrique Cardoso)

I – a doação pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios de terrenos localizados em área urbana consolidada para implantação de empreendimentos vinculados ao programa;

II – a implementação pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios de medidas de desoneração tributária, para as construções destinadas à habitação de interesse social;

III – a implementação pelos Municípios dos instrumentos da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, voltados ao controle da retenção das áreas urbanas em ociosidade.
[15] Lei no.11977,de 07.07.2009, arts, 18 e segs.

Câmara dos Deputados
Fl. 7183
Comissões Especiais

- Cadastramento Único do Governo Federal (Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001 - Governo Fernando Henrique Cardoso)
  - Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação (Medida Provisória nº 2.206-1, de 6 de setembro de 2001 - Governo Fernando Henrique Cardoso)
- Programa Auxílio-Gás (Decreto nº 4.102, de 24 de janeiro de 2002 - Governo Fernando Henrique Cardoso)
- Programa Nacional de Acesso à Alimentação - Fome Zero (Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003 - Governo Lula)

O PBF é tecnicamente chamado de *mecanismo condicional de transferência de recursos*.[3] Consiste na ajuda financeira às famílias pobres (definidas como aquelas que possuem renda per capita de R$ 77,01 a R$ 154,00) que tenham em sua composição gestantes e crianças ou adolescentes entre 0 e 17 anos e extremamente pobres (com renda per capita menor que R$ 77,00). A contrapartida é que as famílias beneficiárias mantenham as crianças e os adolescentes entre 6 e 17 anos com frequência na escola e façam o acompanhamento de saúde das gestantes, as mulheres que estiverem amamentando e as crianças, que também devem ter a vacinação em dia. O programa visa a quebrar o ciclo geracional da pobreza a curto e a longo prazo através de transferências condicionadas de renda. Em outubro de 2015, o valor médio do benefício era de R$ 176,00 mensais e o menor valor, de R$ 35,00 mensais."[16]

Seria, sem dúvida, inaceitável, a suspensão do programa, em função das dificuldades financeiras decorrentes da redução das receitas da União Federal e do crescimento desmedido da dívida pública. As circunstancias excepcionais não podem ser olvidadas.

A essa altura se faz mister uma breve referência à questão da **dívida pública,** cujo crescimento é inexorável, reforçado pela elevação da inflação e da taxa de juros, gerando um quadro de profundo desequilíbrio, infelizmente preservada de qualquer discussão. O que por certo, em futuro não muito distante terá que ser trazida a uma mesa de negociação, por ser inaceitável que o capital não dê sua cota de sacrifício, para preservação dos ganhos sociais dos últimos anos.

[16] https://pt.wikipedia.org/wiki/Bolsa_Famlia

Câmara dos Deputados
Fl. 7184
Comissões

A análise técnica realizada pelo TCU, disponível, integralmente no sítio daquela Casa[17] em seu parecer :

> "consiste em avaliação do relatório sobre os orçamentos e a atuação governamental, elaborado por diversos órgãos e consolidado pela Controladoria-Geral da União, bem como o Balanço Geral da União, elaborado e consolidado pela Secretaria do Tesouro Nacional. Trata-se de um diagnóstico sistêmico sobre aspectos relevantes do desempenho e da conformidade da gestão pública federal no ano a que se refere.O relatório contém informações sobre: o desempenho da economia brasileira no exercício; os instrumentos de planejamento e orçamento; a gestão fiscal, notadamente quanto ao cumprimento dos limites e parâmetros estabelecidos pela Lei Complementar 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF); a ação setorial do governo, a partir da análise dos indicadores e metas dos programas temáticos do PPA 2012-2015; e os resultados da auditoria do Balanço Geral da União referente a 2014. Em complemento ao relatório, o tribunal fornece diagnóstico abrangente referente a 2014 sobre o tema "Governança Pública para a Competitividade Nacional", baseado em levantamento realizado em organizações das esferas federal, estadual e municipal. O tribunal emitiu alertas e recomendações ao Poder Executivo Federal acerca das irregularidades encontradas e em breve enviará o parecer recém concluído ao Congresso Nacional."

Poder-se-ia fazer o rebatimento de cada um dos tópicos lançados pelo TCU e pelos subscritores das peças de pedidos de *impeachment*, mas, parece-me, absolutamente desnecessário. Todos tem o mesmo cerne. Desconsideram a essência do agir presidencial, se apegam excessivamente a forma e olvidam o fato de não se tratar de figura similar à moção de censura, ou de desconfiança.

Ocorre que a referida manifestação da Corte de Contas, apesar de longa e minuciosa, pecou pela desconsideração das enormes desventuras circunstanciais existentes:

a) Adversidades climáticas, como períodos longos de estiagem, com consequências danosas para os reservatórios e para a produção de energia elétrica;
b) Queda de procura por produtos que representam as principais *commodities brasileiras*, fato similar ao ocorrido em vários outros países periféricos, como os latino americanos Chile, Argentina, Venezuela.
c) Queda no PIB, consequente queda de Receita com a contraditória ampliação de despesas, inclusive em áreas como saúde, com o aumento dos valores dos insumos e a maior procura por serviços públicos;

[17] portal2.tcu.gov.br/.../TCU/

Câmara dos Deputados
Fl. 7185
Comissões Especiais

d) Instabilidade decorrente das turbulências políticas e da existência de grupos políticos conflitantes e multiplicados, dificultando a implantação de políticas públicas.

Destaque-se, ainda, inexistir qualquer demonstração de ATOS DOLOSOS, OU COM CULPA DA PRESIDENTE(A) DA REPÚBLICA, CAPAZES DE INDICAR, APONTAR OU LEVAR À CONCLUSÃO DE TER A CHEFE DE GOVERNO E DE ESTADO PRATICADO ATOS TIPIFICÁVEIS COMO DE IMPROBIDADE. Com tal não se confundem os vícios formais, ou mesmo de conteúdo apontados nas conclusões e recomendações do TCU.

Não se olvide, por outro lado, que crime de responsabilidade, na esteira de pacífico entendimento do Colendo STF, não se caracteriza como sendo de responsabilidade objetiva.

Pode-se concluir e essas conclusões aplicar-se-iam, aos demais tópicos suscitados pelo TCU e por autores de iniciais de pedidos de *impeachment* :

a) O *impeachment* não se confunde com *moção de desconfiança* do modelo Parlamentarista. No caso Brasileiro, a partir de firme posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), mister se faz a caracterização de *crime de responsabilidade* pela Autoridade que se pretende ver como objeto dessa drástica sanção.

b) O simples fato de a postura da Presidente não corresponder às expectativas de grupos de Congressistas, ou de parcelas da população, após pleito tão renhido não possibilita, juridicamente, a aplicação do excepcional instituto.

c) No caso concreto, tem-se como argumentos uma série de temas que não afligem diretamente a Presidente da República.

d) É necessário ponderar que a existência de focos de corrupção , infelizmente, tem sido algo presente nas instituições públicas brasileiras, no âmbito dos Três Poderes, e, por vezes, com profunda inter-relação entre agentes deles integrantes

e) Inexiste embasamento constitucional para o acolhimento de um pedido de impeachment da presidente(a) DILMA ROUSSEF.

É o meu parecer, inclusive após atenta leitura do pronunciamento do TCU.

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Professor Titular e Diretor da Faculdade de Direito da UFPE
Desembargador Federal Aposentado
Advogado



Recife, 28 de outubro de 2015
francisco de queiroz bezerra cavalcanti
Francisco de Queiroz Bezerra **Cavalcanti**

OAB-PE 5087

FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI:14253178472

Assinado de forma digital por FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI:14253178472
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=Caixa Economica Federal, ou=AC CAIXA PF v2, cn=FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI:14253178472
Dados: 2015.11.03 08:40:32 -03'00'

Câmara dos Deputados
Fl. 7187
Comissões Especiais

Parecer

Prof. Gustavo Gilberto Bercovici

GILBERTO BERCOVICI
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Câmara dos Deputados
Fl. 7188
Comissões Especiais

CONSULTA

Em virtude de várias manifestações, jurídicas e políticas, segundo as quais a atual Presidente da República teria incorrido em comportamentos caracterizadores de crime de responsabilidade, o ilustre advogado FLÁVIO CROCCE CAETANO, apresenta as seguintes questões:

1. Qual o alcance e o significado do artigo 86, §4° da Constituição Federal? Para fins de eventual responsabilização por impedimento, em hipótese de reeleição presidencial, pode-se cogitar de continuidade de mandato ou são mandatos autônomos? Em síntese, pode haver responsabilização no segundo mandato por conduta eventualmente ocorrida em mandato anterior? Como interpretar o artigo 15 da Lei n° 1.079/1950 a luz do artigo 86, §4° da Constituição Federal?

2. Em se tratando da prática de eventual crime de responsabilidade, o Presidente da República poderá responder tanto por conduta comissiva como omissiva? Pode ser responsabilidade apenas na modalidade dolosa ou na culposa também?

3. Eventual parecer do Tribunal de Contas da União pela rejeição de contas presidenciais precisa ser aprovado pelo Congresso Nacional? Qual quórum deve ser obedecido?

4. A reprovação das contas presidenciais pode ser utilizada como fundamento de eventual denúncia por crime de responsabilidade?

5. Considerando o teor do artigo 86, *caput* da Constituição Federal, que estabelece o regime jurídico a ser observado em crime de responsabilidade, poder-se-ia admitir que o plenário da Câmara dos Deputados, por maioria simples, acolhesse recurso contra a decisão de arquivamento de denúncia do Presidente da Casa?

Avenida Angélica, 2582 – 4° andar – cj. 42 - Edifício Pedras Altas
CEP 01228-200 - Consolação – São Paulo/SP - Brasil
Tel: [55] (11) 3459.8460 Fax: [55] (11) 3459.8415 e-mail: bercovici.adv@gmail.com

Câmara dos Deputados
Fl. 7189
Comissões Especiais

GILBERTO BERCOVICI
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

PARECER

01. O *impeachment* nada mais é que um "processo legal de apuração de responsabilidade política do Presidente da República"[1]. Não se trata de um instrumento passível de ser utilizado em virtude da baixa popularidade de um governo ou da sua falta de apoio parlamentar. Portanto, não se pode confundir o *impeachment* com o voto de desconfiança, existente nos países de sistema parlamentarista, ou com outros institutos como o *recall* de cargos eletivos, presente em alguns Estados norte-americanos, como a Califórnia, ou como o referendo revogatório de mandato, previsto no artigo 72 da Constituição da Venezuela de 1999.

Por se tratar de um processo de apuração de responsabilidade política do Chefe do Executivo, o *impeachment* deve observar rigorosamente as exigências determinadas no texto da Constituição[2], no caso brasileiro, as previstas particularmente nos artigos 85 e 86 do texto constitucional de 1988. Aliás, sobre a necessidade do respeito às limitações constitucionais existentes no processo de *impeachment*, esclarece o jurista norte-americano Raoul Berger:

> *"Por fim, uma consideração apropriada sobre o propósito dos Fundadores, uma determinação em evitar os excessos que estigmatizaram para sempre o julgamento do caso Johnson, deveria obrigar o Congresso a declinar de qualquer poder ilimitado e a agir dentro dos limites constitucionais. Se há, de fato, 'limites' ao poder de impeachment, o Senado não poderá exceder a tais limites*

[1] Paulo BROSSARD, *O Impeachment: Aspectos da Responsabilidade Política do Presidente da República*, 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 7.
[2] Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3ª ed, New York, Foundation Press, 2000, vol. 1, pp. 152-154. Sobre a interpretação chamada de "legalista" das regras constitucionais e legais no processo de *impeachment*, vide Jeffrey K. TULIS, "Impeachment in the Constitutional Order" *in* Joseph M. BESSETTE & Jeffrey K. TULIS (orgs.), *The Constitutional Presidency*, Baltimore/London, The John Hopkins University Press, 2009, pp. 229-235. Vide, ainda, Paulo BROSSARD, *O Impeachment cit.*, pp. 182-183.

Avenida Angélica, 2582 – 4º andar – cj. 42 - Edifício Pedras Altas
CEP 01228-200 - Consolação – São Paulo/SP - Brasil
Tel: [55] (11) 3459.8460 Fax: [55] (11) 3459.8415 e-mail: bercovici.adv@gmail.com

Câmara dos Deputados
Fl. 7190
Comissões Especiais

> *quando age 'judicialmente' tanto quanto não pode quando age 'legislativamente'. Todos os poderes do Estado estão confinados aos 'limites' determinados pela Constituição, e o propósito fundamental de tais 'limites' foi o de estipular barreiras ao tão temido poder legislativo. Não se deixou à discricionariedade ilimitada daquele poder a possibilidade de interferir nos demais poderes pelo recurso ao poder de impeachment"* [3].

02. Os crimes de responsabilidade são atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição, devendo ser previamente definidos em lei especial federal. Não são ilícitos penais propriamente ditos, mas atos cuja sanção é, em princípio, política, não penal. Isto não impede que a legislação preveja, em certos casos, a dupla sanção, implicando em um processo penal paralelamente ao processo político[4]. A função do *impeachment* não é punir indivíduos, mas proteger o país de danos ou ameaças por parte de um governante que abusa do seu poder ou subverte a Constituição[5]. A Constituição brasileira de 1988 assim estabelece, em seu artigo 85:

> *"São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre*

---

[3] No original: *"Finally, a decent regard for the design of the Founders, a resolve to avoid the excesses which forever stigmatized the Johnson trial, should constrain the Congress to disclaim unlimited power and to act within constitutional confines. If there are indeed 'limits' to the impeachment power, the Senate may no more act in excesse of those limits when it acts 'judicially' than when it acts 'legislatively'. Every branch of government is confined to the 'limits' drawn in the Constitution, and the chief purpose of those 'limits' was to fence in the much-feared legislative branch. It was not left to the unlimited discretion of that branch to disrupt the other branches through resort to the impeachment power"* in Raoul BERGER, *Impeachment: The Constitutional Problems*, reimpr., Cambridge (Ms.)/London, Harvard University Press, 1999, pp. 313-314.

[4] Paulo BROSSARD, *O Impeachment cit.*, pp. 71-75. Para o debate norte-americano sobre o conteúdo e alcance das condutas criminosas passíveis de atribuição ao Chefe do Executivo em caso de *impeachment*, vide Raoul BERGER, *Impeachment cit.*, pp. 56-107. Vide, ainda, Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law cit.*, vol. 1, pp. 155-156 e 169-175.

[5] Paulo BROSSARD, *O Impeachment cit.*, pp. 127-128 e Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law cit.*, vol. 1, p. 158.

Avenida Angélica, 2582 - 4° andar - cj. 42 - Edifício Pedras Altas
CEP 01228-200 - Consolação - São Paulo/SP - Brasil
Tel: [55] (11) 3459.8460 Fax: [55] (11) 3459.8415 e-mail: bercovici.adv@gmail.com

Câmara dos Deputados
Fl. 7191
Comissões Especiais

> *exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento".*

Este conjunto de crimes de responsabilidade foi regulamentado pela Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950[6]. Todas as condutas listadas pelo artigo 85 da Constituição de 1988 e pela Lei nº 1.079/1950 são atos funcionais de responsabilidade do Presidente da República em virtude de suas competências e prerrogativas constitucionais de chefe de Estado e de governo. Ou seja, o Presidente da República, no exercício do cargo, pode incorrer em crime de responsabilidade se afrontar a ordem constitucional vigente em vários de seus aspectos, definidos pelo artigo 85 da Constituição e pela Lei nº 1.079/1950. Não são situações que comportam a omissão ou a culpa, mas a atuação deliberada (e dolosa) do Chefe do Poder Executivo em contraposição direta à Constituição da República. Não por acaso, o artigo 85 da Constituição explicitamente menciona que são crimes de responsabilidade do Presidente

[6] A recepção da maior parte do texto da Lei nº 1.079/1950 pela Constituição de 1988 foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em várias ocasiões, notadamente nos mandados de segurança impetrados pelo ex-Presidente Fernando Collor de Mello durante o seu processo de *impeachment* (MS nº 21.564 – DF, MS nº 21.623 – DF e MS nº 21.689 - DF). Para uma análise profunda das decisões do Supremo Tribunal Federal durante o processo de *impeachment* do ex-Presidente Collor, vide Martonio Mont'Alverne Barreto LIMA, *Staat und Justiz in Brasilien: Zur historischen Entwicklung der Justizfunktion in Brasilien - Kolonialgerichtsbarkeit in Bahia, Richterschaft im Kaiserreich und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, pp. 149-151 e 161-178.

Avenida Angélica, 2582 – 4º andar – cj. 42 - Edifício Pedras Altas
CEP 01228-200 - Consolação – São Paulo/SP - Brasil
Tel: [55] (11) 3459.8460 Fax: [55] (11) 3459.8415 e-mail: bercovici.adv@gmail.com

Câmara dos Deputados
Fl. 7192
Comissões Especiais

da República determinados "atos" que atentem contra a Constituição[7]. Não se trata de omissão ou inação, mas de ação deliberada do Chefe do Executivo.

O artigo 86, §4° da Constituição de 1988[8] determina que os atos que caracterizam o crime de responsabilidade devem ser praticados durante o mandato presidencial, no exercício do cargo[9]. Ou seja, o Presidente da República não pode ser réu de um processo de *impeachment* motivado por atos estranhos à função presidencial ou ocorridos fora do seu mandato.

A determinação do artigo 86, §4° da Constituição pertence ao texto original, que não previa a possibilidade de reeleição para os cargos do Poder Executivo. A Emenda Constitucional n° 16, de 04 de junho de 1997, introduziu a reeleição para um único período subsequente para os detentores de cargos de Chefe do Executivo. No entanto, a possibilidade de reeleição não eliminou o fato de a Constituição prever que o mandato presidencial dura quatro anos, conforme dispõe o seu artigo 82[10].

Ao ser reeleito, o Presidente da República inicia um novo mandato de quatro anos. O fato de poder exercer a função por oito anos não transforma este período em um mandato único. Pelo contrário, a Constituição expressamente afirma no artigo 82 que o mandato é de quatro anos e, caso

---

[7] Como não são matéria propriamente de cunho penal, mas político, aos crimes de responsabilidade não é aplicável a tradicional distinção do Direito Penal entre crimes omissivos próprios e impróprios. Sobre esta distinção, vide, por todos, Juarez TAVARES, *Teoria dos Crimes Omissivos*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, Marcial Pons, 2012, pp. 294-311.

[8] Artigo 86, §4° da Constituição de 1988: *"O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções"*.

[9] Para a discussão nos Estados Unidos, vide o clássico Joseph STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States; with a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States, Before the Adoption of the Constitution (Abridged by the Author)*, reimpressão da edição de 1833, Durham, Carolina Academic Press, 1987, § 400, pp. 283-284. Paulo Brossard tem entendimento diverso, justificado pelo fato de ter escrito sua obra clássica sobre o *impeachment* sob a vigência da Constituição de 1946 que, em seus artigos 88 e 89, não estipulou, como a Constituição de 1988, a ressalva de que o Presidente não pode ser responsabilizado por atos estranhos às suas funções ou ocorridos anteriormente à vigência de seu mandato. Cf. Paulo BROSSARD, *O Impeachment cit.*, pp. 136-137.

[10] Artigo 82 da Constituição de 1988: *"O mandato do Presidente da República é de 4 (quatro) anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição"*.

Avenida Angélica, 2582 - 4° andar - cj. 42 - Edifício Pedras Altas
CEP 01228-200 - Consolação - São Paulo/SP - Brasil
Tel: [55] (11) 3459.8460 Fax: [55] (11) 3459.8415 e-mail: bercovici.adv@gmail.com

Câmara dos Deputados
Fl. 7193
Comissões Especiais

reeleito, o Presidente inicia um novo mandato. São mandatos distintos de quatro anos cada. Se não fosse assim, não haveria necessidade de uma nova eleição presidencial, de uma nova posse ou de confirmação e nomeação de novos Ministros no momento da nova posse. Deste modo, o Presidente da República não pode responder por eventuais atos cometidos em mandatos anteriores, mesmo que imediatamente anterior ao seu presente mandato, conforme determina o artigo 86, §4° da Constituição de 1988.

O artigo 15 da Lei n° 1.079/1950[11] só pode ser interpretado de acordo com o disposto na Constituição, ou seja, a eventual denúncia só pode ser recebida durante o mandato presidencial a que ela se refere. Qualquer outra interpretação levaria ao paroxismo de interpretarmos a Constituição segundo a lei, e não a lei conforme a Constituição[12].

03. Compete ao Tribunal de Contas da União ser órgão auxiliar do Congresso Nacional no controle externo da atuação contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e entes da Administração Direta e Indireta (artigos 70 e 71 da Constituição de 1988). O Tribunal de Contas da União, assim, aprecia as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República (artigo 71, I), mas não é o órgão constitucionalmente competente para julgar essas contas. Compete exclusivamente ao Congresso Nacional o poder de julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República (artigo 49, IX da Constituição). Em suma, no que diz respeito ao julgamento das contas do Presidente da República, segundo o texto constitucional de 1988, a competência é exclusiva do Congresso Nacional. Não cabe a um órgão auxiliar, o Tribunal de Contas da União, julgar as contas da Presidência. Sua função é analisar essas contas e emitir um parecer para que

[11] Artigo 15 da Lei n° 1.079/1950: *"A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo".*
[12] Sobre a interpretação conforme a Constituição, vide Lenio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, 3ª ed, São Paulo, RT, 2013, pp. 746 e ss.

Avenida Angélica, 2582 - 4° andar - cj. 42 - Edifício Pedras Altas
CEP 01228-200 - Consolação - São Paulo/SP - Brasil
Tel: [55] (11) 3459.8460 Fax: [55] (11) 3459.8415 e-mail: bercovici.adv@gmail.com

Câmara dos Deputados
Fl. 7154
Comissões Especiais

o Congresso Nacional possa utilizar como eventual fundamento de sua decisão sobre as contas presidenciais.

Um parecer do Tribunal de Contas da União, rejeitando ou aprovando as contas anuais da Presidência da República, nada mais é que um documento elaborado por uma assessoria, em princípio, técnica. Ele só tem efeitos jurídicos se for aprovado pelo Congresso Nacional no exercício de sua competência constitucional exclusiva de julgamento das contas presidenciais. A decisão sobre as contas do Presidente da República cabe tão somente ao Congresso Nacional, cuja decisão não está vinculada ao parecer do Tribunal de Contas da União. O Congresso Nacional pode acatar ou rejeitar o parecer do Tribunal de Contas da União. A Constituição não determina a necessidade de quórum qualificado para a apreciação das contas presidenciais pelos membros do Congresso Nacional, o que deve ser feito, portanto, por maioria de votos, com a presença da maioria absoluta dos congressistas (artigo 47[13]).

A eventual rejeição das contas presidenciais pelo Congresso Nacional não configura crime de responsabilidade. São duas decisões distintas. A aprovação ou rejeição das contas do Presidente da República ocorre por maioria simples de votos. Se a rejeição das contas implicasse necessariamente em crime de responsabilidade do Presidente da República, haveria a necessidade de ser decidida por quórum de dois terços, como determina o artigo 86, *caput* da Constituição:

> *"Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade".*

[13] Artigo 47 da Constituição de 1988: *"Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros".*

Avenida Angélica, 2582 - 4° andar - cj. 42 - Edifício Pedras Altas
CEP 01228-200 - Consolação - São Paulo/SP - Brasil
Tel: [55] (11) 3459.8460 Fax: [55] (11) 3459.8415 e-mail: bercovici.adv@gmail.com

Câmara dos Deputados
Fl. 3195
Comissões Especiais

Aliás, esta determinação do quórum de dois terços da Câmara dos Deputados para admitir a acusação contra o Presidente da República por crime de responsabilidade não pode ser deturpada, sob pena de violação do devido processo legislativo[14]. Uma eventual decisão do Presidente da Câmara pelo arquivamento de uma denúncia de crime de responsabilidade do Presidente da República que fosse submetida a recurso perante o Plenário da Câmara dos Deputados só pode ser revertida pelo mesmo quórum qualificado exigido pelo artigo 86, *caput* da Constituição. A Constituição determina que as decisões relativas à admissibilidade de acusação do Presidente da República por crime de responsabilidade só podem ser tomadas com o quórum qualificado de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados. A utilização de qualquer outro quórum, como a maioria simples, configurará verdadeira fraude à Constituição ou até mesmo uma quebra constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*) [15].

04. O fundamento da República brasileira é a soberania popular, conforme enuncia expressamente o artigo 1°, parágrafo único da Constituição de 1988. A legitimidade popular é a base de todos os que exercem mandato político no Brasil, inclusive o Presidente da República.

Qualquer tentativa de deslegitimação da consagração eleitoral nas urnas deve ser vista com extrema cautela, sob risco de instrumentalizarmos as instituições republicanas às paixões partidárias do momento. Como afirmei

---

[14] Sobre a importância do devido processo legislativo no Estado Democrático de Direito, vide Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA, *Devido Processo Legislativo: Uma Justificação Democrática do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis e do Processo Legislativo*, 3ª ed, Belo Horizonte, Fórum, 2015.

[15] Vide Gerhard LEIBHOLZ, "Die Verfassungsdurchbrechung" *in Strukturprobleme der modernen Demokratie*, reimpr. da 3ª ed, Frankfurt-am-Main, Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1974, pp. 185-198; Hans HAUG, *Die Schranken der Verfassungsrevision: Das Postulat der richtigen Verfassung als normative Schranke der souveränen verfassunggebenden Gewalt (Betrachtung zum Wiederaufbau einer materialen Rechtslehre)*, Zürich, Schulthess & CO. AG., 1947, pp. 166-168; Karl LOEWENSTEIN, *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Walter de Gruyter, 1961, pp. 40-41; Horst EHMKE, "Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung" *in Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Königstein, Athenäum Verlag, 1981, pp. 142-172 e Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.*, reimpr. da 20ª ed, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999, pp. 29-30 e 290-292.

Avenida Angélica, 2582 - 4° andar - cj. 42 - Edifício Pedras Altas
CEP 01228-200 - Consolação - São Paulo/SP - Brasil
Tel: [55] (11) 3459.8460 Fax: [55] (11) 3459.8415 e-mail: bercovici.adv@gmail.com

Câmara dos Deputados
Fl. 7196
Comissões Especiais

no início deste parecer, o fato de um governo ser impopular ou de não conseguir uma maioria parlamentar de apoio às suas políticas não justifica, necessariamente, a abertura de um processo de *impeachment*. O *impeachment* não é um voto de desconfiança, como ocorre no sistema parlamentarista, assim como não configura um *recall* ou forma de revogação popular de mandato eletivo.

O respeito à vontade das urnas é essencial em qualquer Estado Democrático de Direito. O processo de *impeachment* deve ser sempre o último recurso, um poder a ser exercido com extrema cautela em casos extremos de comprovada violação da Constituição, e deve ter o apoio majoritário da sociedade[16], não apenas uma de uma maioria parlamentar exasperada ou manipulada por interesses econômicos e políticos contrariados com a preservação da estabilidade das instituições democráticas no Brasil.

RESPOSTA

Diante da argumentação exposta, concluo:

1. Qual o alcance e o significado do artigo 86, §4° da Constituição Federal? Para fins de eventual responsabilização por impedimento, em hipótese de reeleição presidencial, pode-se cogitar de continuidade de mandato ou são mandatos autônomos? Em síntese, pode haver responsabilização no segundo mandato por conduta eventualmente ocorrida em mandato anterior? Como interpretar o artigo 15 da Lei n° 1.079/1950 a luz do artigo 86, §4° da Constituição Federal?

O artigo 86, §4° da Constituição de 1988 determina que os atos que caracterizam o crime de responsabilidade devem ser praticados durante o mandato presidencial, no exercício do cargo. Ou seja, o Presidente da República não pode ser réu de um processo de *impeachment* motivado por atos

[16] Neste mesmo sentido, vide Raoul BERGER, *Impeachment cit.*, pp. 312-313.

Avenida Angélica, 2582 - 4° andar - cj. 42 - Edifício Pedras Altas
CEP 01228-200 - Consolação - São Paulo/SP - Brasil
Tel: [55] (11) 3459.8460 Fax: [55] (11) 3459.8415 e-mail: bercovici.adv@gmail.com

Câmara dos Deputados
Fl. 7197
Comissões Especiais

estranhos à função presidencial ou ocorridos anteriormente ao seu mandato. Ao ser reeleito, o Presidente da República inicia um novo mandato de quatro anos. O fato de poder exercer a função por oito anos não transforma este período em um mandato único, como bem explicita o artigo 82 da Constituição. O artigo 15 da Lei nº 1.079/1950 só pode ser interpretado de acordo com o disposto na Constituição, ou seja, a eventual denúncia só pode ser recebida durante o mandato presidencial a que ela se refere.

2. Em se tratando da prática de eventual crime de responsabilidade, o Presidente da República poderá responder tanto por conduta comissiva como omissiva? Pode ser responsabilidade apenas na modalidade dolosa ou na culposa também?

O artigo 85 da Constituição explicitamente menciona que são crimes de responsabilidade do Presidente da República determinados "atos" que atentem contra a Constituição. Não se trata de omissão ou inação, mas de ação deliberada do Chefe do Executivo. Portanto, só pode haver responsabilidade na modalidade dolosa.

3. Eventual parecer do Tribunal de Contas da União pela rejeição de contas presidenciais precisa ser aprovado pelo Congresso Nacional? Qual quórum deve ser obedecido?

Um parecer do Tribunal de Contas da União, rejeitando ou aprovando as contas anuais da Presidência da República, só tem efeitos jurídicos se for aprovado pelo Congresso Nacional no exercício de sua competência constitucional exclusiva de julgamento das contas presidenciais. A Constituição não determina a necessidade de quórum qualificado para a apreciação das contas presidenciais pelos membros do Congresso Nacional, o que deve ser feito, segundo o artigo 47, por maioria de votos, com a presença da maioria absoluta dos congressistas.

Avenida Angélica, 2582 - 4° andar - cj. 42 - Edifício Pedras Altas
CEP 01228-200 - Consolação - São Paulo/SP - Brasil
Tel: [55] (11) 3459.8460 Fax: [55] (11) 3459.8415 e-mail: bercovici.adv@gmail.com

Câmara dos Deputados
Fl. 7198
Comissões Especiais

4. A reprovação das contas presidenciais pode ser utilizada como fundamento de eventual denúncia por crime de responsabilidade?

A eventual rejeição das contas presidenciais pelo Congresso Nacional não configura crime de responsabilidade. São duas decisões distintas. A aprovação ou rejeição das contas do Presidente da República ocorre por maioria simples de votos. Se a rejeição das contas implicasse necessariamente em crime de responsabilidade do Presidente da República, haveria a necessidade de ser decidida por quórum de dois terços, como determina o artigo 86, *caput* da Constituição.

5. Considerando o teor do artigo 86, *caput* da Constituição Federal, que estabelece o regime jurídico a ser observado em crime de responsabilidade, poder-se-ia admitir que o plenário da Câmara dos Deputados, por maioria simples, acolhesse recurso contra a decisão de arquivamento de denúncia do Presidente da Casa?

Uma eventual decisão do Presidente da Câmara pelo arquivamento de uma denúncia de crime de responsabilidade do Presidente da República que fosse submetida a recurso perante o Plenário da Câmara dos Deputados só pode ser revertida pelo mesmo quórum qualificado exigido pelo artigo 86, *caput* da Constituição. A Constituição determina que as decisões relativas à admissibilidade de acusação do Presidente da República por crime de responsabilidade só podem ser tomadas com o quórum qualificado de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados.

Este é o meu parecer.

São Paulo, 12 de outubro de 2015.

Gilberto Bercovici
OAB/SP nº 146.723

Avenida Angélica, 2582 – 4° andar – cj. 42 - Edifício Pedras Altas
CEP 01228-200 - Consolação - São Paulo/SP - Brasil
Tel: [55] (11) 3459.8460 Fax: [55] (11) 3459.8415 e-mail: bercovici.adv@gmail.com

Câmara dos Deputados
Fl. 7199
Comissões Especiais

Parecer

Henrique Badaró

Câmara dos Deputados
Fl. 720
Comissões Especiais

EM BRANCO

Câmara dos Deputados
facebook
Fl. 1201
Comissões Especiais

Artigos

Da inadmissibilidade da Imputação alternativa no processo penal brasileiro

Veja o texto

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Sumário: - 1. Introdução - 2. Da imputação alternativa: conceito e questões terminológicas 3. - Espécies de imputação alternativa - 4. A inadmissibilidade da imputação alternativa originária: 4.1 Justa causa como óbice à imputação alternativa originária; 4.2 Do dever de investigar e a justa causa para ação penal; - 5. A inadmissibilidade da imputação alternativa superveniente - 6. Conseqüências e problemas decorrentes da admissibilidade da imputação alternativa: 6.1 Legitimidade ativa; 6.2 - Assistente de acusação; 6.3 Competência; 6.4 Coisa julgada 7 - Imputação alternativa, acertamento alternativo e sentença penal - 8. Conclusões.

1. Introdução

O tema escolhido para esta obra em homenagem ao Professor Afrânio Silva Jardim foi a imputação alternativa.

A imputação alternativa tem sido escassamente tratada na doutrina nacional que, geralmente, não destaca mais do que um ou dois parágrafos para analisar a questão, quando discute os requisitos da denúncia ou queixa. O Professor Afrânio Silva Jardim, merecidamente homenageado neste livro, foi o único autor da doutrina nacional que analisou o tema em profundidade em capítulo tendo por título "A imputação alternativa no processo penal", de seu já clássico livro *Direito Processual Penal*, publicado pela Editora Forense.

Em apertada síntese, o ilustre processualista homenageado posiciona-se favoravelmente a admissão da imputação alternativa: "Na imputação alternativa a acusação penal é determinada e os fatos são atribuídos ao réu de forma concreta. O réu sabe de que condutas está sendo acusado e delas *pode amplamente se defender*, apenas se amplia o *thema decidendum*, ao qual estará sempre vinculada a prestação jurisdicional". E, em outra passagem, após estabelecer os requisitos mínimos da imputação alternativa, conclui: "não vemos como se possa sustentar que a imputação alternativa vá de encontro à estrutura do processo penal acusatório. Não trará qualquer prejuízo ao pleno exercício da defesa, que, inclusive, saberá tirar proveito da dúvida apontada pela própria acusação. Poderá impugnar os fatos também de forma alternativa, atenta ao princípio da eventualidade. A prestação jurisdicional estará balizada pelos fatos atribuídos ao réu na denúncia ou queixa, mantendo-se o princípio básico da correlação entre a acusação e a sentença. Tudo isto vale também para a imputação alternativa subjetiva".

Tive a honra de ser examinado pelo Professor Afrânio Silva Jardim em minha banca de Doutorado em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Embora não tenha sido seu aluno, sinto-me como tal, pois sempre aprendi e busquei respostas para minhas dúvidas em suas obras. É isso que os discípulos esperam de seus Mestres.

Respeitosamente, e creio que não seria necessário fazer esta ressalva, ousarei discordar do Professor Afrânio Silva Jardim, quando admite a imputação alternativa. Considero-a inviável no processo penal brasileiro. Mas sei que a divergência será bem aceita, pois penso que é isso que os Mestres, os verdadeiros e grandes Mestres como o que ora todos nós homenageamos, esperam de seus discípulos.

2. Da imputação alternativa: conceito e questões terminológicas

O tema da "imputação alternativa" não tem sido tratado, do ponto de vista terminológico, de forma uniforme na doutrina e na jurisprudência nacionais. Predomina a denominação "*denúncia* alternativa". Há autores, porém, que preferem utilizar a expressão "*imputação* alternativa". Existe, ainda, quem que se refira à "*acusação* alternativa".

A expressão "denúncia alternativa" não se mostra adequada, posto que restringe, indevidamente, o campo de abrangência da questão, vez que o fenômeno também pode ocorrer no caso de crimes perseguidos mediante ação penal de iniciativa privada (p. ex.: alternativa entre calúnia e difamação).

Poder-se-ia pensar, então, nas expressões "acusação alternativa" ou "imputação alternativa". Preferível a expressão *imputação alternativa*, embora consciente de que não é isenta de críticas. Isso porque, no caso em que a alternatividade se dá entre delitos (p. ex.: imputa-se a prática de furto ou de receptação), em verdade, há duas *imputações*. Não se trata de uma imputação única, com simples alternativa quanto ao seu conteúdo ou, mas especificamente, com alternativa sobre o fato imputado. Há *duas imputações*, alternativamente atribuídas a um único acusado. Por exemplo, uma lhe atribui a subtração de coisa alheia móvel, subsumível no art. 155, *caput*, do CP, e a outra, ter adquirido coisa que sabia ser produto de crime, enquadrável no art. 180, *caput*, do CP. O correto, portanto, seria "imputações alternativas".

De mesma forma, na hipótese da alternativa entre acusados, isto é, em que se sabe que um único crime foi cometido, mas o crime é atribuído a duas pessoas, sabendo que, porém, somente uma delas praticou o delito,

Últimos Artigos

A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional - Estudo sobre sua admissibilidade e valoração [Leia mais]

O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13 [Leia mais]

O álibi do acusados e in dubio pro reo no acórdão da Ação Penal 470/MG The alibi of the defendant and in dubio pro reo in the judgment of Criminal Action 470/MG [Leia mais]

Veja todos

Câmara dos Deputados
Fl. 7202
Comissões Especiais

também existem duas imputações, veiculadas em uma única denúncia ou queixa. Se a imputação é a atribuição de um fato subsumido em um tipo penal a alguém, haverá tantas imputações quantos forem os acusados a quem se atribui o crime.

Em outras palavras, na denominada imputação alternativa objetiva, há duas imputações, com conteúdos distintos, alternativamente atribuídos a um mesmo acusado. Por outro lado, na imputação alternativa subjetiva, há mais de uma atribuição, com o mesmo conteúdo. Na imputação alternativa subjetiva, há duas imputações, ambas com o mesmo conteúdo, atribuíveis alternativamente a sujeitos diversos. Em suma, o correto, num e noutro caso, seria "imputações alternativas".

Optando-se pela palavra "imputação", ao invés de "denúncia", para designar o objeto da alternatividade, cabe uma ressalva também quanto a este qualificativo da imputação. "Alternativo" vem do antepositivo *alter* que, por sua vez, vem do latim *alter,a,um*, significando "um outro, outrem; outro, diferente; oposto, contrário". *Alternativo*, portanto, tem o significado de alternância ou oposição entre duas coisas. E, normalmente, é nesse sentido que são utilizadas as expressões denúncia ou imputação alternativa: Alternância entre um crime ou outro. Ou alternativa entre um acusado ou outro. Isto é, há dois fatos ou dois acusados, para que a sentença conclua pela ocorrência de um único fato ou condenação de um único acusado.

É possível, porém, se referir a imputações alternativas, considerando a possibilidade de haver mais de duas imputações, cada uma tendo por conteúdo fatos delitivos diversos. Por exemplo, seria cogitável, em tese, a "alternância" entre: furto, ou receptação, ou favorecimento real. Também seria concebível um único crime atribuído a três ou mais pessoas, para somente uma delas ser condenada. Como explica Masera, nos seus contornos teóricos, a problemática permanece idêntica segundo as alternativas sejam duas ou mais; a presença de um número maior de alternativas é apenas um significativo de uma maior incerteza na reconstrução do fato.

Feitos tais esclarecimentos terminológicos, por simplificação de linguagem, ao longo do trabalho será utilizada a expressão "imputação alternativa".

3. Espécies de imputação alternativa

De uma maneira geral, a doutrina nacional trata da imputação alternativa em seu aspecto *objetivo*. Isto é, apenas com relação à alternância de crimes imputados ao acusado. Considera-se alternativa a imputação quando mais de um crime é atribuído ao acusado, na denúncia ou na queixa, para que este venha a ser condenado apenas por um deles. Em outras palavras, sem saber efetivamente qual o crime praticado pelo investigado, mas estando convicto de que houve o cometimento de um delito, o Ministério Público denuncia o acusado pela prática de um ou outro (p. ex.: furto *ou* receptação), para que, ao final, o acusado seja condenado por apenas um desses crimes, de acordo com o que ficar provado na instrução criminal. Este, porém, é apenas um dos aspectos da imputação alternativa. A chamada *imputação alternativa objetiva*. Mas a imputação também pode ser *subjetivamente* alternativa, quando há alternância sobre o autor do delito: imputa-se o crime a *fulano* ou a *sicrano*.

Há, porém, outras situações a serem consideradas. As imputações alternativas *objetivas* podem ser alternativas quanto: (1) ao fato criminoso, (2) à forma de execução do crime ou (3) à qualificação jurídica do fato. Além disso, a imputação alternativa objetiva pode ser uma imputação alternativa *originária* ou *superveniente*.

Normalmente, *a alternância ocorre entre fatos distintos*, que caracterizam delitos subsumidos a tipos penais diversos. O exemplo clássico é a imputação alternativa que tenha por objeto os crimes de *furto* ou *receptação*. Neste caso, portanto, a diferença quanto aos fatos imputados implicará, também, a diversidade de tipos penais.

Todavia, é possível se conceber a imputação alternativa objetiva, ainda que se trate de fatos alternativos que se subsumam a um mesmo tipo penal. A alternância pode se dar entre as diferentes formas de se concorrer para o crime (alternância entre *autoria* ou *participação*), entre o elemento subjetivo do delito (*dolo*, *culpa* ou *preterdolo*), entre as diversas modalidades de culpa (*negligência*, *imprudência* ou *imperícia*), entre as formas de cometimento do delito (por, exemplo: homicídio praticado com emprego de *revolver* ou *espingarda*), entre outras.

Haverá imputação alternativa objetiva se, num caso de concurso de agentes, a denúncia imputar a um mesmo acusado, *ter sido co-autor do delito ou ter sido seu partícipe*. Como cediço, o fato que caracteriza a conduta do autor é, necessariamente, diferente do fato que caracteriza a conduta do partícipe de um mesmo delito. Por outro lado, como tal diversidade fática impede que, ao final do processo, o juiz possa condenar como autor, aquele que foi denunciado como partícipe, e vice-versa, sob pena de se violar a regra da correlação entre acusação e sentença, para que as duas hipóteses de condenação se mostrassem viáveis, é necessário admitir que ambas sejam, alternativamente imputadas, na denúncia ou queixa.

Também pode se cogitar da imputação com *alternância entre dolo, culpa e preterdolo*. Embora o elemento subjetivo do delito não possa ser incluído no conceito de fato processual, isto não quer dizer que se possa livremente alterá-lo. O elemento subjetivo, a vontade do agente, somente pode ser aferido a partir de dados objetivos. Na investigação da subjetividade do agente, é o fato externo que indica o elemento interno. E, em tal conceituação, dificilmente um mesmo fato poderá indicar prática de um ato doloso ou culposo, simultaneamente. Assim, a imputação de um crime *doloso*, em face da imputação do mesmo crime, a título de *culpa*, será diferente, do ponto de vista fático. Na verdade, o que faz com que uma imputação por ato doloso dê origem a uma sentença por delito culposo, é a descoberta de novos fatos que indicam que o agente não teve consciência e vontade do resultado, mas sim, que sua maneira de agir representou uma violação do dever de cuidado a todos imposto. O mesmo se diga da situação inversa.

Partindo da premissa de que a alteração do elemento subjetivo do delito decorre de uma mudança do fato imputado, não se pode passar de um fato doloso para culposo, ou vice-versa, sem que isso implique violação da regra da correlação entre acusação e sentença. Assim, diante da dúvida sobre qual o efetivo elemento subjetivo do delito, o Ministério Público poderia denunciar o acusado, alternativamente, pela prática do fato, *dolosa* ou *culposamente*.

O mesmo se poderá dizer, da *alternância entre negligência, imprudência ou imperícia*, enquanto são modalidades de violação do dever de cuidado objetivo previstas pelo legislador, vez que os fatos que caracterizam essas distintas formas de conduta culposa são diversos.

Quanto as *formas de cometimento do delito*, também se poderia pensar em imputação alternativa objetiva. Assim, por exemplo, é possível que a denúncia seja alternativa porque imputa ao acusado a prática de um homicídio mediante *sufocamento* ou, alternativamente, se atribua a morte da mesma vítima, nas mesmas condições de tempo e lugar, mediante *envenenamento*. Trata-se de imputação alternativa quanto ao meio de cometimento do crime. A mesma alternatividade, com unidade delitiva, pode ocorrer em casos de crimes de forma vinculada e de crimes múltiplos.

Em todos os casos acima analisados há *imputação alternativa objetiva*. Em suma, poderá haver alternância objetiva quanto aos fatos que caracterizam o crime: ou subtrair a coisa alheia móvel (crime de furto) ou adquirir

Câmara dos Deputados
Fl. 7203
Comissões Especiais

coisa que sabe ser produto de crime (crime de recepção). Poderá haver denúncia alternativa quanto ao elemento subjetivo do delito ou, mesmo, quanto às diferentes modalidades de culpa. Será concebível, também, alternância quanto à forma de cometimento de um mesmo crime.

Por outro lado, há *imputação alternativa subjetiva* quando se sabe que houve o cometimento de um único crime, mas não se tem certeza sobre quem seja o seu autor. Neste caso o Ministério Público oferece a denúncia contra duas pessoas, no caso, os principais suspeitos, para que ao final do processo apenas um deles seja condenado. A denúncia subjetivamente alternativa é tema pouquíssimo tratado na doutrina nacional, embora se tenha que reconhecer, também, tratar-se de questão de raríssima ocorrência na prática forense.

Na denominada *imputação alternativa subjetiva* não há uma única imputação, mas tantas imputações quantos forem os acusados aos quais alternativamente se atribui o mesmo fato. Se imputar é atribuir um fato penalmente relevante a alguém, havendo dois acusados há dois imputados e, portanto, duas imputações.

Embora não possa ser considerada uma espécie autônoma de imputação alternativa, há também autores que se referem à imputação alternativa mista ou complexa, em que há, simultaneamente, uma imputação alternativa objetiva e outra subjetiva. Assim, por exemplo, se imputa ao acusado *A* o crime de roubo e, alternativamente, ao acusado *B*, o delito de calúnia, porque este teria atribuído, falsamente, a *A* o crime de roubo. Se houve roubo, A deve ser condenado e B absolvido, posto que não teria caluniado A, imputando-lhe falsamente o crime de roubo. Por outro lado, se o roubo inexistiu, B deverá ser absolvido e, de outro lado, B terá cometido calúnia.

Uma segunda classificação tem por objeto o aspecto dinâmico, isto é, o momento procedimental em que ocorre a imputação alternativa: poderá haver *imputação alternativa originária ou superveniente*.

A imputação alternativa originária é aquela que ocorre na denúncia ou queixa. Já na *imputação alternativa superveniente*, embora originariamente, tenha havido a imputação de um único fato ao acusado, posteriormente, em decorrência do surgimento de prova da prática de um fato diverso, o Ministério Público adita a denúncia (CPP, art. 384, *caput*), passando a imputar ao acusado quer o fato originariamente imputado, quer o fato diverso, objeto do aditamento da denúncia. A questão, contudo, raramente é tratada sob o enfoque da denúncia alternativa, o que será feito no presente trabalho.

No direito comparado encontra-se referência à *imputação ou denúncia subsidiária*. Trata-se de fenômeno semelhante, mas que não se confunde com a chamada *imputação ou denúncia alternativa*.

Tanto na imputação *alternativa*, quanto na imputação *subsidiária*, atribui-se ao acusado a prática de dois delitos distintos, embora postulando-se a condenação por apenas um deles. Isto é, em ambas não se tem certeza de qual o crime cometido, mas sabe-se que apenas um dos delitos imputados foi praticado pelo acusado.

Visto os elementos comuns, cabe apontar a diferença específica entre ambas. Na imputação alternativa há imputação de dois delitos, sem nenhuma ordem de prioridade ou preferência entre eles. Para o acusador é indiferente que tenha sido praticado um ou outro. Já na imputação subsidiária há uma ordem de preferência ou prioridade dos delitos, inclusive do ponto de vista cognitivo do juiz que irá julgar o caso. Imputam-se dois delitos, um deles sendo o principal e o outro, em caráter subsidiário. O processo se desenvolve, preferencialmente, com vista à verificação do objeto principal. Somente se não restar provado o objeto principal, o juiz passará a análise do objeto subsidiário.

A questão não é apenas terminológica. Há efeitos práticos em tal distinção. Basta pensar que, na imputação alternativa, como não há nenhum delito *preferencial*, no caso de condenação por um ou por outro delito, não haverá interesse recursal do acusador. Por outro lado, no caso de imputação subsidiária, como há um interesse primário na condenação por um dos crimes, se o juiz considerar que o delito principal não restou provado, tendo absolvido o acusado de tal crime, mas o condenando pela infração subsidiariamente imputada, haverá interesse recursal em se buscar a reforma da sentença, para que se obtenha a condenação pelo crime principal.

A doutrina não indica, porém, o critério que determinará a escolha do acusado, entre ambos os delitos imputados, ou seja, qual será principal e qual será subsidiário. Não se trata de simples análise da gravidade delitiva. Em regra, o delito principal é o mais grave e o subsidiário o de menor gravidade. Assim, por exemplo, imputa-se primariamente o roubo e, em caráter subsidiário, a receptação. Isto, porém, não é uma regra absoluta. Há casos em que o delito principal será o crime mais brando, sendo a imputação subsidiária a mais grave. Cita-se, como exemplo, a imputação principal do crime de uso de documento falso e a imputação subsidiária da falsificação do documento.

Em suma, a exigência de que o acusado seja informado dos atos do processo e, em especial, de que tenha ciência pormenorizada do fato pelo qual está sendo acusado, para que possa se defender em juízo, não se compatibiliza com uma citação que tenha por objeto a acusação de um ou de outro crime, pois o acusado não saberá precisamente de que acusação se defender.

4. A inadmissibilidade da imputação alternativa originária

Normalmente, a parte da doutrina que nega a possibilidade de imputação alternativa no processo penal brasileiro o faz à luz da exigência do art. 41, que impõe a certeza e determinação do fato imputado. Consequentemente, na imputação alternativa, o exercício da ampla defesa ficaria impossibilitado, por falta de certeza quanto ao fato sobre o qual o acusado deverá se defender. Não se ignora a importância de tal ponto de vista, mas o que se pretende nesse estudo é analisar a admissibilidade ou não da imputação alternativa no processo penal, sob o enfoque da exigência de "justa causa para a ação penal".

A necessidade de justa causa para a ação penal foi reforçada pelo novo art. 395, *caput*, do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.719/08, prevê a rejeição liminar da denúncia ou queixa quando "faltar justa causa para o exercício da ação penal". O legislador, contudo, não definiu o que se considera a "justa causa". Cabe, portanto, definir o seu conteúdo.

Inicialmente, a justa causa foi identificada como a necessidade de que a denúncia ou queixa descrevesse, em tese, um fato típico. Isto é, era necessária a tipicidade abstrata da conduta imputada. Na redação originária do Código de Processo Penal, tal situação era enquadrável no hoje revogado inciso I do art. 43 do CPP: faltaria justa causa para a ação penal, e a denúncia ou queixa deveria ser rejeitada, quando o fato narrado evidentemente não constituísse crime.

Tal conceito, contudo, mostrou insuficiente. Devido ao caráter infamante do processo penal em si, em que o simples fato de estar sendo processado já significa uma grave "pena" imposta ao indivíduo, não se pode admitir denúncias absolutamente temerárias e desconectadas com elementos concretos de investigação que tenham sido colhidos na investigação pré-processual. Aliás, uma das finalidades do inquérito policial é, justamente, fornecer ao acusador os elementos probatórios necessários para embasar a denúncia.

O conceito de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato, para uma idéia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal. A justa causa passa a pressupor a existência de um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a

Câmara dos Deputados
Fl. 7204
Comissões Especiais

autoria delitiva. A ausência desse lastro probatório ou da *probable cause* autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de seu recebimento, faltará justa causa para a ação penal, caracterizando constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal.

Inegavelmente, a justa causa se conecta ao fato criminoso e sua autoria, não bastando a mera tipicidade aparente do fato. Qual seria, porém o grau probatório exigível em relação à materialidade e à autoria delitiva? Ou, em outras palavras, qual o *standard* probatório exigível quanto aos elementos da justa causa?

Para a condenação, exige-se, além de qualquer dúvida razoável, prova da existência do crime e ter sido o acusado o seu autor. Obviamente, não teria sentido se exigir, no limiar da ação penal, o mesmo *quantum* probatório necessário para a sentença final. Isso não significa, porém, que o grau probatório que se exige para os dois elementos caracterizadores da justa causa – *a autoria* e a *materialidade* (ou a existência do crime) – seja o mesmo.

A própria denominação utilizada, ainda que não haja uniformidade de linguagem, indica essa diferença. Quanto à autoria, normalmente, exige-se a existência de "indícios de autoria" ou "indícios suficientes de autoria". Por outro lado, no que toca ao crime, há referências como "prova da existência do crime" ou "prova da materialidade delitiva".

No que toca a à autoria delitiva não se exige a certeza para a caracterização da justa causa, bastando que os elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar permitam um juízo de *probabilidade* de que o acusado seja o autor do delito.

Já com relação à existência do crime, a questão mostra-se mais complicada. Para que haja justa causa, e a denúncia ou queixa possam ser recebidas, o juiz deve ter certeza da existência do crime, ou bastaria uma *probabilidade elevada* de que tenha ocorrido um delito?

A finalidade da justa causa é evitar que denúncias ou queixas infundadas ou mesmo sem uma viabilidade aparente possam prosperar. É inegável o caráter infamante do processo penal. É exato que, ponto de vista jurídico, a garantia constitucional da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, assegura que nenhuma diferenciação possa existir entre, de um lado, aquele que é acusado de um delito, sem que haja uma condenação transitada em julgado contra si e, de outro, qualquer cidadão que nunca foi processado. Mas, também é certo que, do ponto de vista moral, social e mesmo psicológico, o simples fato de estar sendo processado criminalmente é um pesadíssimo fardo a ser carregado pelo acusado. Ser réu em processo criminal é, portanto, de alguma forma, já estar sendo punido.

Diante de tão inegável constatação, seria uma intolerável agressão à dignidade do cidadão admitir que se pudesse processar alguém, imputando-lhe a prática de um crime, sem que houvesse uma mínima base probatória para tanto. Isto é, sem que haja elementos a indicar, ao menos, que há probabilidade suficiente de que tal pessoa seja autora do delito. Ilusório seria o "Estado de Direito" em que qualquer acusação infundada pudesse prosperar.

Quanto se tem notícia de um fato que se afigura crime, sem ter a certeza de tanto, deve-se investigar. Basta a *notitia criminis*, ou melhor, a notícia de um possível crime, para que se instaure a investigação. Assim, por exemplo, encontrado um cadáver, havendo elementos a indicar que possa se tratar de um homicídio, deve-se instaurar o inquérito policial. Mas, persistindo a dúvida se houve ou não um crime, ainda haja maior probabilidade de que tenha ocorrido um delito, já se justificaria uma denúncia? Para continuarmos no mesmo exemplo, se os elementos do inquérito indicarem ser mais provável ter se tratado de um homicídio do que simples suicídio, já se poderia denunciar alguém, sem a certeza de que existiu um crime? A resposta é negativa: não há justa causa para a ação penal se não se tem certeza da ocorrência de um crime. Sem a certeza do crime, a ação penal seria injusta e desnecessária.

Há, ainda, quem exija mais. Para Afrânio Silva Jardim a ação só é viável quando a acusação não é temerária, por estar baseada em um mínimo de prova: "Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo esse conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal".

De qualquer forma, ainda que não haja consenso sobre o que se entende por justa causa para a ação penal, o certo é que, atualmente, predomina o entendimento de que é necessário, para o início da ação penal, que haja prova da materialidade delitiva. Isto é, a certeza da ocorrência de um fato da natureza que se subsuma a um determinado tipo penal. Nem poderia ser diferente: se não se tem certeza, nem mesmo de que existiu o crime, como imputar a alguém a prática de algo fruto da mera imaginação ou fantasia?

No caso dos crimes que deixam vestígios, não seria o caso de se exigir que a comprovação da materialidade delitiva se dê pelo exame de corpo de delito, nos termos do art. 159 do Código de Processo Penal, pois tal meio de prova somente é imprescindível no momento da sentença. Assim, a comprovação da materialidade delitiva, para fins de caracterização da justa causa para a ação penal poderia ocorrer por qualquer outro meio de prova válido, que desse ao julgador a certeza da ocorrência de um crime. Por exemplo, o depoimento do médico que atendeu a vítima de um crime de lesão corporal grave.

Por fim, é de se ressaltar que não há consenso doutrinário sobre o enquadramento da justa causa entre as condições da ação. Uns a consideram integrante do interesse de agir; outros, da possibilidade jurídica do pedido. Há, também, aqueles que a definem como uma condição da ação autônoma. Não faltam, também, aqueles que negam a utilidade da transposição para o campo penal, do conceito processual civilístico de condições da ação.

A nova redação do art. 395, *caput*, do CPP, dada pela Lei n. 11.719/08, ao distinguir, no inc. II, as "condições para o exercício da ação penal", e no inc. III, a "justa causa para o exercício da ação penal", parece tê-la considerado como um elemento distinto das condições da ação penal, que não se enquadraria nem no interesse de agir, nem seria uma "quarta" condição da ação penal.

De qualquer forma, para os fins restritos do presente trabalho, e nos termos do disposto no art. 395, *caput*, inc. III, do CPP, basta concluir que, se não houver indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, a ação penal não será viável e a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada.

4.1 A justa causa com óbice à imputação alternativa

O principal óbice à aceitação da imputação alternativa é *a necessidade de que haja justa causa para a ação penal*. Como já exposto, predomina a posição de que, para a existência de justa causa para a ação penal é necessário que haja indícios de autoria e prova da materialidade delitiva.

E, no que diz respeito à imputação alternativa objetiva, isto é, em que há alternância entre duas imputações com conteúdos fáticos distintos, para que se entenda viável a imputação alternativa, será obrigatório se concluir que o inquérito policial – ou qualquer outra forma de investigação prévia que tenha sido realizada – tenha reunido elementos de informação que permitam concluir, com certeza, que existam, simultaneamente, os dois

Câmara dos Deputados
Fl. 7205
Comissões Especiais

crimes!

Utilizando o clássico exemplo de alguém que é encontrado na posse de uma coisa furtada momentos antes, e não apresenta justificativa para a coisa que traz consigo, ao se admitir que o Ministério Público possa oferecer denúncia ou por furto, porque seria o investigado o autor da subtração, ou por receptação, porque ele teria adquirido a coisa subtraída por outrem, sabendo que ela era produto de crime, haverá uma impossibilidade lógica de co-existência de elementos que permitam concluir que os dois fatos existiram. Os fatos que caracterizam o furto excluem a possibilidade da prática da receptação pela mesma pessoa e vice-versa. Em suma, ou haverá prova da existência do crime de receptação ou do delito de furto. Nunca, porém, das duas infrações. Em outras palavras, ou a justa causa haverá para um ou existirá para o outro.

Nem se objete que, somente nestes casos em que há uma incompatibilidade lógica entre os delitos, seria inviável a imputação alternativa, mas que o impedimento não existira no caso de alternatividade entre crimes que, do ponto de vista abstrato, não se excluam.

Analisando a questão sob o enfoque exclusivo da justa causa para a ação penal, mesmo que não haja uma incompatibilidade lógica, será impossível a coexistência de justa causa para dois delitos diversos. Por exemplo, no caso de alternativa entre concussão (CP, art. 316, *caput*) ou extorsão (CP, art. 158, *caput*), não é possível que haja prova simultânea de que alguém constrangeu outrem ou simplesmente exigiu uma vantagem de outrem. Imagine-se uma investigação em que pese sobre um policial a suspeita de ter recebido uma vantagem indevida, ou porque constrangeu alguém a lhe pagar uma determinada soma em dinheiro, para não forjar um flagrante de tráfico de drogas, ou apenas exigiu a mesma importância para não prender aquela mesma pessoa que, realmente, estava praticando a traficância de droga. Ou bem há prova de que a vítima não tinha droga e lhe foi exigido dinheiro para não ser preso, ou se descobriu que efetivamente tratava-se de um traficante que cedeu à exigência para não ser preso. Será impossível a existência, simultânea, da prova dos dois delitos, em vista de um mesmo episódio da vida. Conseqüentemente, inviável a existência de justa causa para um ou para outro, a viabilizar a denúncia alternativa.

Se a justa causa exige a *certeza* da ocorrência de um crime – prova da materialidade delitiva –, é impossível que esta certeza exista entre dois delitos que, desde o começo, se sabe não podem coexistir. Se ocorreu um *ou* ocorreu o outro, é impossível concluir que o inquérito policial possa fornecer a certeza da ocorrência de ambos!

Todavia, mesmo para aqueles que consideram que a justa causa, sob o aspecto material, exige apenas a *probabilidade* de existência de um crime, ainda assim não seria possível concluir que há *probabilidade* de ocorrência de dois crimes, no caso em que já se afirma ter existido um único delito.

Como explica Carnelutti, o oposto da *certeza* é um gênero em que se pode distinguir um *juízo de possibilidade* ou um *juízo de probabilidade*, cuja diferença é apenas estatística. Há *possibilidade* no lugar da *probabilidade*, quando as razões favoráveis e contrárias da hipótese são equivalentes. No *juízo de possibilidade* não há predominância de qualquer das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa.

Podemos continuar a desenvolver o raciocínio: no *juízo de probabilidade* há um predomínio das razões positivas sobre as negativas, ou vice-versa. E, mais: na medida em que o predomínio de uma delas aumenta, maior será a probabilidade. Por outro lado, quando o predomínio das razões positivas vai decrescendo, tendendo a se igualar às razões negativas, a probabilidade diminui. Isso até o ponto em que os juízos entre razões positivas e negativas se igualam, pois aí, volta-se ao campo do juízo de possibilidade.

Quando se afirma que há *probabilidade* de um fato ter existido, isto significa estar entre um *juízo de possibilidade* (50% de razões positivas e negativas) e um juízo de certeza (100% das razões positivas). Porém, no momento em que se passa a considerar simultaneamente dois fatos alternativos – e portanto excludentes entre si – se os juízos que se formam sobre a existência de um e de outro forem exatamente de mesma intensidade, haverá apenas possibilidade (50% de chance de ocorrência de cada um dos fatos alternados). Porém, na medida em que aumentam as razões positivas de um fato, e conseqüentemente, forma-se o *juízo de probabilidade* (passa-se de 50% para 60%), logicamente, haverá diminuição, na mesma intensidade (no caso, 10%), das razões positivas do outro fato (que decrescem de 50% para 40%), cuja ocorrência será apenas uma mera *possibilidade*, e não mais uma *probabilidade*. Jamais, portanto, em relação ao dois fatos excludentes entre si, poderá haver simultâneos juízos de *probabilidade* (mais de 50%) da ocorrência de ambos. Há uma impossibilidade lógica em tal raciocínio.

Como então afirmar, usando o exemplo clássico, que um inquérito policial poderá fornecer ao magistrado *juízos de probabilidade*, simultâneo, da ocorrência de furto e receptação? Se o furto é uma probabilidade, a receptação é apenas uma possibilidade, e vice-versa! Como observa Malatesta, o reverso do provável é o improvável.

Em suma, seja considerando que a justa causa, em relação à materialidade delitiva, exige um *juízo de certeza*, seja considerando que basta um *juízo de probabilidade*, jamais poderão coexistir a certeza ou a probabilidade de dois crimes alternativos! Impossível, pois, que exista justa causa para ambos. Eis, portanto, porque a justa causa para a ação penal é um óbice intransponível para a aceitação da imputação alternativa.

Pelos mesmos motivos, também não se pode admitir a possibilidade de denúncia alternativa subjetiva, posto que jamais poderão existir dois juízos de probabilidade, quanto a pessoas diversas, fora da hipótese de concurso de agentes, serem autoras do mesmo delito. Se para um haverá probabilidade (mais de 50%) para o outro somente poderá haver mera possibilidade (menos de 50%).

A situação somente seria diferente, para aqueles que considerassem que, quanto à autoria, a justa causa para ação penal exige apenas um *juízo de possibilidade* e não de *probabilidade*. Neste caso, em tese, seria possível que houvesse iguais possibilidades de que um delito tivesse sido praticado, alternativamente, por uma ou por outra pessoa (isto é, 50% de *possibilidade* para cada uma). Tal posição, contudo, não pode ser aceita. Os deletérios e humilhantes efeitos de um processo penal não permitem que, mesmo considerando haver *mais probabilidade de que uma pessoa não seja autora do delito*, ainda assim se admita uma denúncia contra ela. Só se pode denunciar alguém ante um *juízo de probabilidade* de autoria. E, nesse contexto, a imputação alternativa subjetiva é inviável.

4.2 Do dever de investigar e a justa causa para a ação penal

A afirmação de que a imputação alternativa objetiva não se compatibiliza com o sistema processual penal brasileiro, posto que implicaria o oferecimento de uma denúncia e a incoação de um processo sem que houvesse justa causa para a ação penal, deve ser completada com a verificação da finalidade do inquérito policial ou de outras formas de investigação preliminar.

Os autores que defendem a possibilidade de uma imputação alternativa entendem que tal somente se mostra viável quando todos os meios de investigação possíveis já foram empregados e a investigação ainda se mostra inconclusiva quanto aos fatos ou sua autoria.

Em outras palavras, ser for possível, mediante o aprofundamento da investigação, superar a dúvida decorrente da alternativa entre os possíveis delitos ou os possíveis autores, não se mostra correta a imputação alternativa,

Câmara dos Deputados
Fl. 7206
Comissões Especiais

que somente seria aceitável após o esgotamento de todas as possibilidades investigativas.

Todavia, o fato de a imputação alternativa ser colocado como a última via, apenas diminui os seus inconvenientes, evitando o seu uso em larga escala, mas não elimina ou supera os problemas que dela decorrem.

Num caso em que há dúvida sobre a ocorrência ou não de um crime (p. ex.: encontra-se um cadáver, mas não se sabe se houve homicídio ou simples suicídio), e não sendo mais possível a continuação da investigação por esgotamento das fontes de investigação, outro caminho não restará senão o arquivamento do inquérito policial.

Obviamente, se forem descobertas novas provas, será possível a reabertura da investigação, nos termos do art. 18 do CPP: "depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia".

Ora, se esse é o caminho a ser seguido na hipótese em que há dúvidas sobre a existência de um crime, por que não se seguir a mesma regra no caso em que há dúvida se foi cometido um ou outro delito?

Em ambos os casos há dúvidas sobre a efetiva ocorrência de um delito. Em ambos os casos, "a falta de base para a denúncia" impedirá o exercício da ação penal. O arquivamento, por falta de elementos que comprovem a ocorrência de um crime – seja porque não se sabe se houve crime, seja porque há dúvida sobre a ocorrência de um ou outro delito, não terá natureza definitiva, sendo possível a reabertura do inquérito policial, em caso de descoberta de novas provas.

Poder-se-ia objetar que as situações são diferentes. No primeiro caso não há certeza de um crime e, por isso, arquiva-se o inquérito policial. Já no caso da imputação alternativa, tem-se a certeza de que houve um crime, mas somente não se sabe qual. Por se estar seguro da ocorrência de um delito, o inquérito policial teria atingido a sua finalidade de fornecer a base para a denúncia – prova da existência do crime – vez que desvendou a ocorrência de um crime, ainda que não se saiba que crime foi cometido, entre dois ou mais delitos.

A objeção, contudo, não seria correta. Embora sempre seja tormentoso entrar no campo subjetivo da certeza, o certo é que não se pode ter certeza de algo, cuja existência seja, apenas, uma das alternativas possíveis. Se há alternativa, é porque ocorreu *um* ou *outro*. Nunca ambos, sob pena de serem fatos *cumulativos* ao invés de alternativos. E, sendo assim, o inquérito policial jamais poderá servir de base para a denúncia simultânea de dois fatos excludentes.

Partindo da premissa que, acredita-se, já ficou demonstrada, de que a justa causa exige "prova da existência do crime", isto é, não apenas mera "probabilidade" ou mesmo "probabilidade elevada", mas efetiva "certeza", um inquérito policial, ou qualquer outra forma de investigação seria capaz de demonstrar que existiram dois crimes, ou que se tem "certeza" da ocorrência de dois crimes, quando já se assevera, de plano, que apenas um deles existiu?

Não se desconhece que o inquérito policial não é peça obrigatória para o oferecimento da denúncia, como se depreende dos art. 12, art. 39, § 5º e art. 46, § 1º do CPP. É possível que a denúncia seja oferecida com base em peças de informação remetidas ao Ministério Público (CPP, art. 27). De qualquer forma, mesmo nesses casos, a denúncia ou queixa não poderão ser recebidas sem que haja justa causa para a ação penal, o que sempre exigirá a existência de elementos de informação que convençam o juiz de existência de um delito e de que o acusado seja o seu provável autor.

Pretender que o juiz receba uma denúncia que veicula uma imputação alternativa é desconsiderar a finalidade do inquérito policial, ignorando a necessidade de que o mesmo forneça a justa causa para a ação penal.

5. Da inadmissibilidade da imputação alternativa superveniente

Segundo o que foi exposto nos itens anteriores, mostra-se inviável no processo penal brasileiro a imputação alternativa objetiva, em sua forma originária, isto é, formulada na denúncia ou queixa. Resta analisar a questão da imputação alternativa superveniente.

O art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal, dispunha que, se em virtude de prova surgida no curso da instrução criminal, restasse demonstrado aspecto fático diverso daquele constante da denúncia ou queixa subsidiária, o Juiz baixava os autos do processo para que o Ministério Público aditasse a denúncia ou a queixa. Realizado o aditamento, e alterada a imputação originária (p. ex.: de furto para receptação), a questão que se colocava era se o aditamento do Ministério Público *substituía* a imputação originária pela imputação decorrente do aditamento, ou se, diversamente, *acrescia* à imputação originária a imputação superveniente, subsistindo ambas em caráter alternativo.

No regime originário do CPP, de uma maneira geral, a doutrina entendia que o art. 384, parágrafo único, admitia uma denúncia alternativa superveniente. Isto é, entendia-se que, tendo havido o aditamento, o juiz continuava livre para julgar o acusado – ou melhor, para condená-lo – tanto pela imputação originária, quanto pela imputação superveniente, decorrente do aditamento. Em outras palavras, o aditamento não substituiria a imputação originária, mas a ela se somaria, em caráter alternativo.

Mesmo antes da reforma do CPP, não era possível concordar com a posição prevalecente na doutrina nacional, inicialmente defendida por Afrânio Silva Jardim, que considerava haver, em tal caso, uma hipótese de imputação alternativa superveniente. O revogado parágrafo único do art. 384 CPP dispunha que: "Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas".

O que o dispositivo previa era apenas e tão-somente um aditamento da denúncia – ou da queixa subsidiária –, pelo Ministério Público, por provocação judicial. Não estava dito em nenhum passo do dispositivo que, uma vez aditada a denúncia ou queixa, o juiz poderia condenar o acusado tanto pela imputação originária, quanto pela imputação superveniente. Esta era uma conclusão doutrinária e jurisprudencial, com a qual não se podia concordar, mas não uma regra legal.

De qualquer forma, o novo § 4º do art. 384 do CPP, acrescido pela Lei n. 11.719/08, deixou claro que, uma vez recebido o aditamento, o juiz ficará, "na sentença, adstrito aos termos do aditamento". Ou seja, havendo o aditamento da denúncia, o fato imputado passará a ser, exclusivamente o fato superveniente, que *substitui* o fato originário. Se o juiz condenar o acusado pelo fato originário, estará proferindo uma sentença *extra petita* e, conseqüentemente, viciada pela nulidade absoluta, tal qual ocorre com qualquer sentença que viole a regra da correlação entre acusação e sentença.

Imagine-se, por exemplo, uma denúncia originária por furto. Posteriormente, no curso da instrução, fica provado que não se tratava de coisa alheia, mas de coisa comum, da qual o acusado era co-proprietário. Feito o aditamento da denúncia, para furto de coisa comum (CP, art. 156), não restará mais a acusação pelo furto, mediante subtração de coisa alheia. Neste contexto, evidentemente, o acusado não poderá ser condenado pelo

Câmara dos Deputados
Fl. 7267
Comissões Especiais

delito de furto do art. 155 do CP, se o próprio Ministério Público afirmou no aditamento que a coisa era comum (CP, art. 156).

Em suma, no caso de aditamento da denúncia, com fundamento no art. 384, *caput*, do CPP, não há denúncia alternativa superveniente. O que existe é uma imputação diversa, em substituição da imputação originária, como determina o § 4º do mesmo dispositivo.

Excepcionalmente, as conclusões aqui apresentadas – da inadmissibilidade de julgamento tanto pelo fato originário, quanto pelo fato objeto do aditamento – não se aplicam nos casos em que o aditamento *não implique substituição* dos fatos originários, pelos fatos provados no curso da instrução e, supervenientemente, imputados pelo aditamento da denúncia. Tal ocorrerá, por exemplo, no caso de imputação por um crime simples, com o posterior aditamento da denúncia, para a inclusão de um elemento especializante, permitindo o surgimento de outro delito. Em tais casos, os elementos do delito especial apresentam uma extensão maior que os elementos do crime geral, vez que há relação de continência entre o crime especial e o crime comum.

Assim, se a denúncia originária era pelo crime geral (p. ex.: abandono de incapaz), e o aditamento foi para incluir os elementos especializantes (p. ex.: ter a mãe abandonado o filho, para ocultar desonra própria), transformando-o em outro delito (no caso, o abandono de recém-nascido), poderá o juiz julgar a acusada e condená-la pelo crime originário, se considerar que não restou provado o elemento especializante incluído pelo aditamento. Mas isso não significa que terá havido imputação alternativa superveniente. O aditamento da denúncia, neste caso, significou uma inclusão dos novos elementos do crime especial, com a manutenção de todos os elementos do crime geral, que continuarão sendo imputados: a imputação do crime especial apenas acrescenta o elemento especializante aos elementos do crime geral originariamente imputado.

Ao aditar a denúncia, agregando novos elementos fáticos ao acontecimento originariamente imputado, haverá uma *integração* do fato histórico da denúncia. Em outras palavras, *mantém-se* o fato originário ao qual *se somam* outros elementos. Neste caso, no momento da sentença, o juiz poderá realizar uma *exclusão parcial do fato*, limitando-se a considerar não provados os elementos agregados pelo aditamento.

O mesmo também poderá ocorrer no caso de crime complexo. Melhor explicando: havendo a imputação originária por um crime simples (p. ex.: furto), com posterior aditamento para somar a tal imputação outro delito (p. ex.: lesão corporal), de modo a caracterizar um crime complexo (no caso, o roubo), será possível ao juiz, na sentença, condenar o acusado somente pelo crime originariamente imputado (no caso, o furto), se considerar que não restou provada a ocorrência do outro crime objeto do aditamento (no caso, a lesão corporal).

No crime complexo – assim como no binômio crime especial/crime comum – há uma relação de continência entre o crime complexo e o crime simples que o integra. Portanto, no caso de denúncia originária por um crime simples (por ex.: furto), se houver o aditamento para incluir o outro elemento do crime complexo (p. ex.: a violência), ainda será possível ao juiz condenar o acusado pelo delito simples, que permaneceu imputado, mesmo diante do aditamento que acrescentou o outro delito, gerando assim o crime complexo (p. ex., o roubo). Novamente, não terá havido imputação alternativa, mas sim acréscimo de imputação com o aditamento, que mantém íntegra a imputação originária.

Em suma, o novo § 4º do art. 384 deixou claro que inexiste denúncia alternativa superveniente. Aliás, nunca existiu, embora respeitável doutrina lesse no antigo art. 384, parágrafo único, do CPP algo que nele não estava escrito. Em suma, no que toca à denúncia alternativa superveniente, a Reforma do CPP de 2008 "extinguiu ou que nunca existiu".

6. Conseqüências e problemas decorrentes da admissibilidade da imputação alternativa

A análise da viabilidade da imputação alternativa não envolve apenas o momento inicial do processo. Não se trata de uma questão "estática", envolvendo somente os requisitos da denúncia. A aceitação da denúncia alternativa trará várias implicações ao longo do processo, ou seja, na "dinâmica" processual.

Não se pretende fornecer respostas definitivas a todas as questões a serem suscitadas, mesmo porque, tal tarefa deve caber àqueles que admitem a imputação alternativa no processo penal. Todavia, é necessário atentar para o fato de que a imputação alternativa terá várias e graves repercussões na dinâmica processual, cuja solução muitas vezes não encontrará resposta segura e harmônica com a técnica processual. Os autores nacionais que admitem a imputação alternativa somente se preocupam com sua compatibilidade com o direito de defesa, sem atentar para as várias conseqüências que existirão ao longo da marcha procedimental, e que serão expostas na seqüência.

6.1 Legitimidade ativa

A aceitação da imputação alternativa, em seu aspecto objetivo, suscita uma série de problemas no que toca à legitimidade de parte ativa. Imagine-se a hipótese em que haja imputação alternativa de dois delitos, um deles que deve ser perseguido mediante ação penal privada e outro mediante ação penal pública. Qual seria a solução?

Para os casos de cúmulo objetivo de ação, em que mais de um crime foi cometido e, segundo as regras de competência, em especial de conexão de infrações penais, impõe-se o *simultaneus processus*, tem sido apontada como única alternativa o litisconsórcio ativo. Em outras palavras, o particular oferece a queixa, no que toca ao crime de ação penal de iniciativa privada, enquanto que, simultaneamente, e na mesma peça processual, o Ministério Público oferece denúncia pelo crime de ação penal de iniciativa pública. Trata-se, porém, de um litisconsórcio efetivo e real.

Já no caso de imputação alternativa, ter-se-ia um "litisconsórcio ativo alternativo"? Um exercício alternativo de ações penais, por sujeitos ativos distintos? No momento da sentença, quando finalmente se reconhecesse a ocorrência de um único delito, o que faria o juiz, com relação ao crime alternativamente imputado que se verificou inocorrente? Suponha-se que tenha restado comprovado o crime de ação penal privada. Por tal delito o acusado seria condenado, mas em relação ao outro delito, deveria o acusado ser absolvido, ou seria o caso de declarar o Ministério Público carecedor da ação?

Impossível encontrar, segundo a técnica processual e o sistema legal vigente no processo penal brasileiro, situação adequada para tal problema. Uma vez mais, tais dificuldades mostram o desacerto e o equívoco de se admitir uma imputação alternativa no processo penal.

6.2 Assistente de acusação

A aceitação da denúncia alternativa no processo penal poderá ter repercussões também no que toca à admissibilidade do assistente de acusação.

Sem entrar na tormentosa questão sobre o papel do assistente de acusação no processo penal, o certo é que sua legitimidade para atuar como parte secundária ou *ad coadjuvandum* do Ministério Público decorre da sua

Câmara dos Deputados
Fl. 7208
Comissões Especiais

condição de vítima ou ofendido do crime. Admitida a imputação alternativa e se o elemento de alternância for, exatamente a vítima do delito (por exemplo, num crime de estelionato contra *A* ou contra *B*), haveria a possibilidade de ambas se habilitarem como assistentes de acusação, embora sabendo-se, de antemão, que somente uma delas teria, efetivamente, sido lesada pelo delito? Vários problemas poderiam decorrer de tal situação.

Masera trata de situação parcialmente semelhante, defendendo a possibilidade de acertamento alternativo – com a necessidade de que haja uma prévia imputação alternativa – quando se tem certeza da ocorrência de um delito, sem que se possa individualizar quais foram suas vítimas, mas havendo evidência epidemiológica do fenômeno que o causou, em uma determinada população. Seria a hipótese em que há um percentual elevadíssimo de habitantes de uma cidade que são vítimas de câncer, causado por um produto químico utilizado em uma fábrica, mas não se consegue comprovar, no conjunto da população atingida pela doença, quais a adquiriram por fatores naturais e quais por contaminação química. Nesse caso, seria admissível aceitar que fossem constituídas como *parte civile* – que equivale ao assistente de acusação no processo penal brasileiro – entes ou associações que representem, de forma coletiva os interesses das pessoas físicas ofendidas.

Tal situação, contudo, seria de difícil aceitação no processo penal brasileiro, posto que uma denúncia, neste termos, seria inepta, pela impossibilidade de se descrever concretamente o nexo causal entre a conduta e o resultado, por não se poder identificar as suas vítimas.

6.3 Competência

Não se desconhece que predomina o entendimento de que a equivocada capitulação legal dada aos fatos na denúncia, não acarreta a sua nulidade, tendo em vista que o juiz, por ocasião da sentença, poderá corrigir a definição jurídica, como lhe faculta o art. 383, *caput*, do Código de Processo Penal. Ou seja, como "os réus defendem-se da infração penal objetivamente descrita na peça acusatória e não da qualificação jurídica por esta atribuída ao fato delituoso", "eventual equívoco na capitulação criminosa é passível de correção, valendo-se dos arts. 383 e 384 do CPP".

Tal entendimento, contudo, deve ser mitigado nos casos em que a mudança da qualificação jurídica tenha repercussões processuais importantes, e possa causar efetivo prejuízo ao acusado. Assim ocorre, por exemplo, quando a qualificação jurídica equivocada impedir a obtenção de um benefício, como a transação penal ou a suspensão condicional do processo, ou quando impedir ou dificultar a obtenção de liberdade provisória, evitar o reconhecimento da prescrição ou ainda, quando implicar alteração de competência, mormente nos casos em que acarreta modificação no juiz natural. Nesses casos, deve ser declarada a nulidade da denúncia, quando surjam graves prejuízos em virtude da equivocada qualificação legal dada aos fatos.

Com explica Pacelli de Oliveira, uma das razões pelas quais a denúncia deve conter a classificação do crime é a "afirmação inicial da competência jurisdicional, isto é, diante das regras de distribuição de competência constantes da Constituição Federal e das leis de organização judiciária, em que são fixadas varas especializadas para o julgamento de determinadas infrações penais (trânsito, tóxicos, crimes dolosos contra a vida, etc.), a tipificação inicial demarcaria o juízo competente para a apreciação da matéria".

Porém, a imputação alternativa poderá impedir até mesmo a própria definição do juiz natural, segundo as regras constitucionais. A questão é tão relevante, que mesmo no caso de cúmulo real de imputação, como nos casos em que tal decorre da conexão, o próprio legislador, visando preservar as disposições constitucionais sobre o juiz natural, prevê a prevalência do critério de competência fixado por norma constitucional, na formação do *simultaneus processus*.

Assim, diante de dois ou mais crimes, haverá reunião das imputações perante o órgão com competência constitucional, em detrimento do órgão cuja competência foi fixada por lei ordinária. É o que corre na prevalência da competência do tribunal do júri, em detrimento de outro órgão (CPP, art. 78, inc. I); ou da jurisdição de maior graduação, entre "jurisdições de diversas categorias" (CPP, art. 78, inc. III), posto que as hipóteses dos chamados "foros por prerrogativas de função", tem acento constitucional; ou, ainda, a "jurisdição especial sobre a comum" (CPP, art. 78, inc. IV), posto que aquela encontra-se definida na Constituição.

Nestes casos, ainda seria possível considerar que, diante da imputação alternativa (p. ex.: entre tentativa de homicídio e lesão corporal grave), deveria prevalecer a competência fixada segundo critérios constitucionais (por exemplo, a do júri). Todavia, isso não eliminaria o problema de, no caso de se considerar, ao final, existente o crime que não levaria a aplicação de tal critério (no caso, a lesão corporal grave), ter-se tal órgão atuando fora das hipóteses fixadas pela Constituição.

O problema pode ser ainda mais complicado. Como resolver a questão, quando ambos os crimes imputados tiverem a competência definida por normas constitucionais? Seria o caso de uma imputação alternativa por tentativa branca de homicídio doloso (CP, art. 121, *caput*, c.c. art. 14, II), que seria de competência do Tribunal do Júri (CR, art. 5º, inc. XXXVIII, letra "d"), o ou crime de exposição da vida a perigo (CP, art. 132), que seria de competência dos Juizados Especiais Criminais (CR, art. 98, inc. I). Para cada fato existe um juiz constitucionalmente competente! Quem iria julgar a causa?

Em suma, a admissão da imputação alternativa poderá gerar problemas insolúveis para a definição da competência, pondo em risco a garantia do juiz natural.

6.4 Procedimento

Outro problema que a imputação alternativa muitas vezes trará, além da impossibilidade da fixação da competência, é definir qual o procedimento a ser aplicado, quando os crimes alternativamente imputados, se submeterem a procedimentos distintos.

Se ambos os crimes se sujeitassem ao procedimento comum, sendo um punido com pena máxima igual ou superior a 4 anos (sujeito ao procedimento ordinário, art. 394, § 1º, inc. I), e outro com pena inferior a esse limite (sujeito ao procedimento sumário, art. 394, § 1º, inc. II), o problema ainda poderia ser mais facilmente resolvido, tendo em vista que se poderia para ambos aplicar o procedimento comum ordinário, que por ser mais amplo, não causaria qualquer prejuízo em termos de possibilidade defensiva. Além disso, como ambos se sujeitam ao procedimento comum, a opção entre as espécies ordinário e sumário, não implicaria supressão de ato ou fase específica, como ocorre no caso dos procedimentos especiais, em que devido à peculiaridades da relação jurídica material, o procedimento comum se mostra inadequado, sendo necessário a previsão de algum ato ou mesmo etapa procedimental diferenciada, em que se manifesta o elemento especializante.

O problema surge se a imputação alternativa tiver por objeto um crime sujeito ao procedimento comum e outro sujeito ao procedimento especial. A opção pelo procedimento comum sujeitaria o crime para o qual é previsto o procedimento especial a um procedimento que prescinde do elemento especializante o que, certamente, causará dificuldade para uma eficiente persecução penal, além de violar o direito à integralidade do procedimento. De outro lado, a submissão do crime sujeito ao procedimento comum ao procedimento especial

Câmara dos Deputados
Fl. 7208
Comissões Especiais

implicaria a prática de atos processuais desnecessários, com desperdício de atividade processual.

Mais difícil ainda será a solução no caso em que, para cada um dos crimes imputados alternativamente, haja previsão de um procedimento especial diverso a ser seguido. Neste caso, a opção por um ou por outro, levará à supressão do elemento especializante do procedimento que foi preterido na escolha, com evidente prejuízo para persecução penal e para o acusado.

Imagine-se a hipótese em que alguém é encontrado na posse de droga, mas haja dúvida se a droga se destinava ao comércio ilícito ou ao consumo próprio. Em se admitindo a formulação de uma denúncia alternativa por essas duas condutas, se prevalecer a tipificação do fato no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, deverá ser adotado o procedimento especial para os crimes de drogas, previsto nos art. 54 e seguintes da mesma lei. Já se prevalecer a outra alternativa, qual seja, a de posse de droga para uso próprio, tipificado no artigo 28 da Lei n. 11.343/06, por se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo (Lei n. 11.343/06, art. 48, § 1º), o acusado deverá ser processado e julgado seguindo-se o rito sumaríssimo da Lei n. 9.099/95. Evidente que há profundas diferenças entre um e outro procedimento. Qual deles deverá ser seguido, diante da imputação alternativa?

Poder-se-ia objetar que este não é um problema exclusivo da imputação alternativa, vez que as mesmas dificuldades poderão surgir no caso de cúmulo real de imputação. Se a denúncia traz dois crimes diversos, sejam imputados de forma cumulativa, pela conexão ou continência, seja alternativamente, pela aceitação da formulação de uma imputação alternativa, o problema será o mesmo.

Todavia, no caso de cúmulo real, a solução poderá ser diversa, pois é possível o desmembramento do processo, para que cada crime seja processado mediante o procedimento mais adequado. O mesmo, por razões óbvias, não poderá ocorrer no caso de cúmulo virtual, decorrente da imputação alternativa.

6.5 Coisa julgada

No caso de imputação alternativa objetiva haverá uma ampliação do objeto do processo, ainda que de forma curiosa, pois o objeto do processo, representado pelo conteúdo da imputação é mais amplo no início do processo do que no seu final. Isto é, numa exceção à regra da correlação entre acusação e sentença, há um objeto inicial mais amplo (p. ex.: receptação ou furto), já se sabendo que o objeto da sentença será mais restrito, posto que das duas imputações formuladas, somente uma irá subsistir (p. ex.: só a receptação, ou só o furto).

Nesse contexto, é de se indagar, para aqueles que admitem a imputação alternativa, se a coisa julgada a se formar abrangerá o objeto inicial, isto é, aquele mais amplo, com duas ou mais imputações alternativas, ou apenas o objeto mais restrito, aquele da sentença, que conclui pela condenação por uma única imputação.

Tem predominado o entendimento de que a coisa julgada abarcará ambas imputações. É realmente o entendimento mais correto, diante da redação do art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal, que estabelece que o objeto da coisa julgada será o "fato principal", isto é, o fato naturalístico, independentemente de sua qualificação jurídica. Mais do que isso, a coisa julgada se formará sobre o fato criminoso em sua integralidade. Mesmo que a denúncia não traga inteiramente o fato criminoso ao processo, a coisa julgada abarcará todo o fato, inclusive o seu aspecto não deduzido em juízo.

Não é tudo. E se o acusado for absolvido, a sentença de improcedência fará coisa julgada em relação a ambas imputações? Partindo das mesmas premissas acima expostas, a resposta deverá ser positiva.

De qualquer forma, embora se trate de posição razoável, do ponto de vista de evitar o *double jeopardy*, dificilmente se compatibiliza com a dogmática processual sobre os limites objetivos da coisa julgada. No caso de imputação alternativa, o objeto do processo é ampliado de forma imprópria. Não se trata de verdadeira cumulação de objetos, posto que imputados alternativamente. E, ao final, a coisa julgada acaba abarcando um dos objetos que, desde o início, se afirma não poder subsistir. Ou seja, a coisa julgada irá atingir o fato efetivamente ocorrido e o fato impropriamente imputado, por força da admissão da alternatividade da acusação.

Para aqueles que admitem a imputação alternativa subjetiva, o problema também pode surgir. Sendo um mesmo fato imputado, alternativamente, a dois sujeitos, e um deles vem a ser condenado na sentença, o juiz deverá absolver o outro imputado. Neste caso, a coisa julgada se formará em relação a ambos imputados, o mesmo ocorrendo se ambos forem absolvidos.

Novamente, não há resposta satisfatória para mais este problema decorrente da admissibilidade da imputação alternativa.

7. Imputação alternativa, Acertamento alternativo e sentença penal

A aceitação de uma imputação alternativa exige que se indague sobre a possibilidade de se aceitar uma sentença alternativa ou, como preferem os autores italianos, um acertamento alternativo. Trata-se de questão absolutamente inédita na doutrina nacional, que jamais foi analisada, nem mesmo pelos poucos autores que se debruçaram sobre o tema da imputação alternativa. A correlação entre os temas é evidente.

Admitida a imputação alternativa, seria de se questionar: é possível uma condenação alternativa? Isto é, o juiz poderia condenar o acusado, por um ou outro crime, quando concluísse que algum crime ele cometeu, mas a prova dos autos não levou à demonstração de qual dos delitos alternativamente imputado teria sido o efetivamente praticado?

Na década de 30 do século passado, a questão despertou vivo debate na Alemanha, em razão de alguns julgados dos tribunais germânicos, merecendo destaque a sentença do *Reichsgericht*, de 2 de maio de 1934, que, pela primeira vez, admitiu a condenação alternativa por furto *ou* receptação.

Na doutrina germânica prevaleceu, inicialmente, o posicionamento contrário. Benneck e Beling, em geral, não admitiam uma sentença condenatória fundada num acertamento alternativo: "toda decisão alternativa do tribunal deve ser inadmissível, porque uma decisão alternativa por causa de falta de certeza é de todo nula. Por isso o teor da sentença não pode conter nenhum 'ou'; uma condenação, p. ex., por furto ou receptação, seria nula".

Mais recentemente, contudo, tem prevalecido o posicionamento que aceita o acertamento alternativo, com algumas limitações. A primeira delas é o chamado *pressuposto factual*, consistente na impossibilidade de um acertamento unívoco. Isto é, na sentença devem ser explicitadas as razões de fato que, impedindo a superação daquele estado de dúvida que caracteriza o acertamento alternativo, tornem impossível a condenação por um crime unívoco. Além disso, é necessário que exista uma relação de "alternativa exclusiva", segundo a qual a dúvida sobre a ocorrência da situação A ou da situação B, deve corresponder a segurança de que se não se verificou A, certamente se verificou B, e vice-versa. A segunda limitação diz respeito aos *pressupostos processuais*. É necessário que a acusação contenha a formulação, em termos alternativos, de ambas as imputações, com a pontual descrição de ambos os fatos em consideração. Também é necessário que a citação contenha a prévia e explícita cientificação de todas as reconstruções do fato posta como base da sentença

Câmara dos Deputados
Fl. 7210
Comissões Especiais

alternativa. Finalmente, há o *pressuposto substancial* da necessidade de uma semelhança entre os tipos penais alternativos.

Outra crítica ao acertamento alternativo dizia respeito à violação da garantia do *nullun crimen sine lege*. Obviamente, no caso de acertamento alternativo, sob o aspecto formal, os dois crimes em relação aos quais se instaurou a dúvida sobre o cometimento, já estão tipificados em lei. Porém, sobre o perfil substancial, o acertamento alternativo configuraria uma hipótese de aplicação analógica, e portanto ilegítima, da lei penal. Seria uma sub-reptícia introdução, por obra da jurisprudência, de um *crimen sine lege*. O imputado seria punido por um fato que, no limite do que foi acertado, não integra os extremos de nenhum tipo penal.

Na doutrina italiana Finzi já defendia, com alguma limitação, a possibilidade de uma sentença de condenação alternativa. Afirmava que a "identidade de conseqüência jurídica" era uma requisito necessário, mas não suficiente para o acertamento alternativo. Para demonstrar a inconsistência de tal critério, bastara lembrar que há crimes muito diversos entre si aos quais importam a mesma conseqüência penal, em relação aos quais não se pode admitir a alternatividade. Além da identidade de conseqüência jurídica, o acertamento alternativo exige que as duas hipótese correspondam a "um fato ou circunstância único, unitário" sendo indiferente para o legislador a subsistência de um ou de outro. Além disso, também admitia a alternatividade que não era prevista no mesmo tipo penal, mas se referia ao "conteúdo concreto do fato", como ter sido o crime cometido no dia 28 de agosto *ou* na noite de 28 para 29 do mesmo mês, ou ter sido o homicídio cometido com um bastão ou com uma faca. Posteriormente, Bettiol, em estudo clássico sobre o tema, posicionou-se no sentido de não ser admissível o acertamento alternativo. Afirmava que toda a doutrina que admitia a denúncia alternativa era baseada em um sofisma enquanto dava por demonstrado o que havia necessidade de se demonstrar: "não se tratava de certeza de um fato concreto e de uma incerteza somente quanto a sua subsunção em um ou outro tipo penal, mas de uma incerteza sobre a existência do próprio fato a ser subsumido". No acertamento alternativo, acrescentou, o juiz se encontra diante da impossibilidade de fazer uma determinação unívoca de um fato, por não ter condições de acertar completamente os elementos do próprio fato.

Ao depois, em sentido diverso, Pasquale Saraceno defendeu a possibilidade de uma sentença condenatória alternativa. Considerava que o *in dubio pro reo* não podia ser invocado para justificar a absolvição no caso de acertamento alternativo, hipótese em que o juiz deveria condenar o acusado pelo delito menos grave entre aqueles alternativamente imputados. Partindo da premissa de que no acertamento alternativo as hipóteses alternas não são de todo apostas, mas apresentam uma certa homogeneidade, considerava que, nessa "parte já fixada pelo acertamento", o juiz encontra uma base para a decisão, com o que ficaria excluída, *a priori*, a hipótese da inocência e, conseqüentemente, a absolvição.

Não se pode concordar com tal posição. Primeiro, porque a condenação penal exige a certeza do crime, em todos os seus elementos. Isto é, a presunção de inocência precisa ser superada, além de qualquer dúvida razoável, não só em relação a "a *parte* já fixada pelo acertamento". Trata-se de certeza quanto à *parte* do delito e não sobre *todos* os elementos que compõem o crime.

Em tempos mais recentes, Perchinunno manifestou-se contrariamente ao acertamento alternativo. Partindo da premissa de que existe uma formação progressiva do acertamento, que na dinâmica processual passa de um estado inicial de "incerteza" (possibilidade), para um estado final de "certeza" (cristalização), através de um estado intermediário de "fluidez" (probabilidade), entende o autor que, depois que a imputação está "circunscrita", com a conclusão da fase de investigação, o grau de certeza necessário para que o imputado possa exercer o seu direito de defesa não se concilia com a *dúvida* típica do *acertamento sobre o fato alternativo*. Em suma, conclui que "o princípio da imutabilidade da acusação não se concilia com a dúvida alternativa do fato objeto da citação".

De outro lado, Luca Masera, no mais profundo estudo realizado sobre o tema na doutrina italiana, defende a admissibilidade de um acertamento alternativo, ainda que de forma bastante restrita. O acertamento alternativo seria um instrumento racional de gestão da dúvida sobre o fato relevante, no caso em que permanecesse incerta quem seriam as vítimas do delito.

O acertamento alternativo seria cabível no caso em que, embora não se tenha atingido uma reconstrução unívoca dos fatos, se possa excluir, com razoável certeza, que o acusado seja inocente. Partindo da distinção entre certeza e precisão na descrição de um fato, entende que é possível que o juiz esteja absolutamente seguro que um fato tenha se verificado (o acusado cometeu um crime), ainda que não se esteja em condições de descrevê-lo de modo unívoco. Nesse caso, as alternativas que se colocam não são sobre a *inocência* ou a *culpabilidade*, mas entre dois fatos que constituem crime. Diante disso, entende que para que se possa legitimamente proferir uma condenação alternativa, o processo deve ter se iniciado mediante uma imputação alternativa, em que os fatos devem ser descritos com o mesmo grau de analiticidade requerido para a imputação concreta de um único fato, tendo a acusação o ônus de descrever o fato com clareza e precisão.

Tem prevalecido, contudo, o ponto de vista contrário. De uma maneira geral, a doutrina considera que uma condenação alternativa é inaceitável. Ora, se não se obteve uma reconstrução precisa dos fatos, a ponto de se concluir, além de qualquer dúvida razoável, pela ocorrência de um ou de outro delito, a condenação é inviável, ante a garantia do *in dubio pro reo*. Quem admite o acertamento alternativo dá por provado justamente aquilo que se deveria provar. Ou seja, parte-se da premissa de que já está provada a ocorrência de um entre dois crimes. E que, neste caso, a solução seria a condenação pelo delito menos grave. Todavia, não houve a demonstração de que um dos dois crimes restou provado além de qualquer dúvida razoável. Aliás, sempre considerando a premissa de que um mesmo fato da natureza não pode se subsumir, simultaneamente, em dois tipos penais diversos, seria impossível que existisse prova plena de ambos, para depois o juiz "escolher" qual deles efetivamente ocorreu.

Num ponto, porém, parece não haver controvérsia, se o acertamento alternativo levou à conclusão de que o crime foi cometido por uma ou por outra pessoa, não se admite que se profira uma sentença condenatória de ambos os acusados. A dúvida sobre a autoria delitiva deve conduzir, em respeito ao *in dubio pro reo*, à absolvição de ambos os acusados que foram alternativamente denunciados.

8. Conclusões

O principal óbice à aceitação da imputação alternativa objetiva no processo penal é a necessidade de justa causa para a ação penal.

Independentemente do enquadramento doutrinário da justa causa para a ação penal, há consenso que não se pode admitir uma denúncia sem que haja "prova da materialidade delitiva e indícios de autoria".

No que toca à imputação alternativa objetiva, o problema da justa causa se liga à demonstração da "materialidade delitiva". Há divergência se tal expressão significa que deverá haver a *probabilidade* da ocorrência de um delito, ou se a justa causa reclama não a simples *probabilidade*, mas a *certeza* da ocorrência de uma

Câmara dos Deputados
Fl. 7211
Comissões Especiais

infração penal. Num ou noutro caso, a imputação alternativa é inviável.

Para quem considera ser necessária a *certeza* do cometimento de um crime, a impossibilidade da imputação alternativa é evidente. Se a denúncia afirma que ocorreu um *ou* outro crime, como concluir que o inquérito policial poderá indicar, simultaneamente, em grau de *certeza*, a ocorrência dos dois delitos?

Mesmo para aqueles que consideram que a justa causa pode ser identificada com a simples *probabilidade* da ocorrência de um delito, ainda assim não poderá, subsistir, simultaneamente, justa causa para ambos os crimes alternativamente imputados. Se em relação a um dos crimes alternativamente imputados, há *probabilidade* de sua ocorrência, ante o predomínio dos elementos convergentes quanto a sua existência, significará, lógica e necessariamente, que ou outro delito alternativamente imputado, e excludente do primeiro, é *improvável*. Ou, em outras palavras, somente *possível*. Em suma, nunca poderá haver, simultaneamente, *probabilidade* de ocorrência de dois fatos excludentes entre si.

Exatamente por esse mesmo motivo, não se pode aceitar a imputação alternativa subjetiva. No que toca à autoria, a justa causa é identificada com os "indícios suficientes de autoria", entendidos como *probabilidade* de ser o acusado o autor do delito. Excetuando o caso de concurso de agentes, não poderá haver probabilidade de que duas pessoas distintas sejam autoras, cada uma de forma isolada, de um mesmo delito. Na medida em que há *probabilidade* de que uma seja autora, em relação a outra não poderá haver senão mera *possibilidade*, em grandeza inversamente proporcional. Consequentemente, não haverá justa causa para a ação penal.

O revogado parágrafo único do artigo 384 do CPP, em sua redação originária, não autorizara ou previa uma imputação alternativa superveniente. De qualquer forma, o novo § 4º do art. 384 do CPP, acrescido pela Lei n. 11.719/08 deixou claro que no caso de aditamento da denúncia, o juiz não poderá julgar o acusado pela imputação originária. Ou seja, expressamente afastou a alternatividade entre a imputação originária a e decorrente de aditamento. Ao invés de imputações alternativas, há sucessão de imputações, com a segunda substituindo a primeira.

A imputação alternativa pode causar problemas que não costumam ser analisado por aqueles que a admitem. Quem será o legitimado ativo no caso de imputação alternativa que tenha um dos crimes perseguidos mediante ação penal pública e outro por meio de ação penal privada? Quem terá legitimidade para a habilitação como assistente de acusação, no caso de alternatividade entre crimes com vítimas diversas? Na hipótese em que cada um dos delitos alternativamente imputados deva ser julgado por órgão jurisdicional diverso, segundo os critérios legais de competência, quem será o competente? Qual procedimento deverá ser adotado no caso em que um crime deva seguir o procedimento comum e outro o procedimento especial, ou no caso em que cada um dos delitos deva ser submetido a ritos especiais diversos?

A aceitação de uma imputação alternativa, mesmo que seguida de cuidados processuais, como a citação indicando os fatos alternativos na citação, naturalmente deveria levar à indagação sobre a admissibilidade de uma sentença condenatória alternativa. Até mesmo diante da regra da correlação entre acusação e sentença, ao se admitir a imputação alternativa (p. ex., por furto ou receptação), por que motivo não seria de se aceitar uma condenação baseada no caso de acertamento alternativo entre dois delitos (por exemplo, furto ou receptação)? O direito comparado demonstra, inclusive, que já existiu regra legal sobre a questão, prevendo que, em tal hipótese, o acusado deveria ser condenado pelo delito menos grave entre ambos alternativamente imputados e acertados. Quem admite a imputação alternativa deverá, por conseqüência e coerência admitir a sentença alternativa?

E, mesmo que não se admita a sentença alternativa, a simples admissibilidade da imputação alternativa terá reflexos diretos sobre a coisa julgada. O que transitará em julgado no caso de uma imputação alternativa?

Embora a conclusão de um trabalho deva trazer proposições e assertiva de seu autor, sobre o tema analisado e estudado, no presente caso, a forma de redação nada mais é do que um convite, em certa medida provocativo, para que os defensores da imputação alternativa se posicionem sobre as diversas conseqüências, quase sempre ignorada, que a imputação alternativa poderá causar na dinâmica processual.

A conclusão ou arremate da pesquisa, embora muito sucinta, é no sentido de que a imputação alternativa objetiva ou subjetiva não pode ser admitida, posto que incompatível com a exigência de que haja justa causa para a ação penal.

Legendas do [1] ao [123]

Bibliografia

() Comentário

Deixar um Comentário

Nome:

E-mail: *Não será divulgado*

Código: vqcg14v

Enviar

Câmara dos Deputados
Fl. 7212
Comissões Especiais

Comentário

© 2014 - Badaró Advogados
contato@badaroadvogados.com.br
11 3079-5357 / 3079-2851
R. Jerônimo da Veiga, 164, cj. 18 A/D, Itaim Bibi - CEP 04536-000 [ver mapa]

Criação: WebCis

Câmara dos Deputados
Fl. 7213
Comissões Especiais

Parecer

Gustavo Ferreira Santos, Marcelo Labancae João e Paulo Allain Teixeira

G+1 0 mais Próximo blog» Criar um blog Login

Câmara dos Deputados
Fl. 7214
Comissões Especiais

Novo Constitucionalismo Democrático

segunda-feira, 7 de dezembro de 2015

Sobre o Impeachment

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA
- A caberá política de prazos por crime de responsabilidade praticado pela Presidente da República em razão de atos ou omissão no mandato em curso, ou até mesmo, a depender do caso, por atos praticados no mandato anterior, não havendo prazo de prescrição.
- Ipso facto, não se vislumbra crime de responsabilidade em decisão tomada pela Presidente da República.
- É inconstitucional uma Constituição estadual, ao criar uma modalidade de Tribunal de Exceção, um crime de responsabilidade próprio criado em mandato anterior.

O Problema

Nos últimos dias, a imprensa tem noticiado a existência de um pedido que tramita na Câmara dos Deputados, de crime de responsabilidade da Presidenta da República. Diante de tais notícias, muitas pessoas pelo país afora têm questionado sobre a possibilidade de processo de impedimento da Presidenta da República prosperar ou não. Duas questões são importantes para a discussão: (i) a natureza política dos crimes de responsabilidade; (ii) a natureza pessoal e não de ato de governo dos crimes de responsabilidade; e (iii) a possibilidade de impedimento pelo Senado em razão de atos praticados em mandato anterior.

Natureza política dos crimes de responsabilidade

As formas de responsabilização do Presidente da República no Brasil são muito antigas. Desde os primórdios do Império, já existia a responsabilização do Presidente, ou melhor, do Imperador e, como não poderia ser diferente, também existia a noção de crime de responsabilidade.

O nome "crime de responsabilidade" não se confunde com a figura da responsabilidade por "mau exercício de cargo", como na Constituição do Paraguai, de 1992. Nesse país, o art. 225 da Constituição prevê a admissão do Presidente da República se for julgado pela "*mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes*".

Não se confunde também a "crime de responsabilidade" com a figura de *recall*, ou seja, com a possibilidade de revogação do mandato que existe em relação ao Presidente da República na Venezuela. A Constituição desse país, por exemplo, em seu art. 72, prevê que quando cargos eletivos são passíveis de revogação mediante voto popular, tendo que haver pedido de vista por parte do eleitorado e que, na sequência, a revogação ocorra após votação de um número igual ou superior de votos favoráveis ao ato.

Os dois exemplos de responsabilização política acima O juiz que o Rio, para o Presidente da República e estadual ou municipal.

Essas hipóteses constitucionais estão diferentes entre si, mas todas "crime de responsabilidade".

Apesar das especificidades de nomenclatura existentes, os crimes de responsabilidade têm seus fundamentos históricos no Art. Primeiro da Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra, em 1215, afirmando que "os demais oficiais ingleses, ou que a partir de então viessem a ser designados, estariam sujeitos à responsabilização, em razão de seus atos ilegais ou omissões". Também no Brasil Império, a Constituição de 1824 já previa a responsabilidade dos Ministros de Estado (art. 133, I a V) e dos Conselheiros de Estado (art. 137, I a V). Em 1827, foi editada a primeira lei sobre crimes de responsabilidade, a Lei de 15 de dezembro de 1827, estabelecendo, de forma pormenorizada, os crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado, dos Conselheiros de Estado, dos Senadores, dos Deputados, dos Membros das Assembleias Provinciais, dos Presidentes das Províncias, dos Juízes de Direito e dos Empregados Públicos em geral. Em 1830, o Código Criminal do Império, que também previa uma série de crimes de responsabilidade para Ministros e Conselheiros de Estado (art. 38 a 54). Em 1832, o Código de Processo Criminal de primeira instância, também previu crimes de responsabilidade para Juízes de Direito, Juízes Municipais, Juízes de Paz, Jurados, Escrivães, Inquiridores, Promotores, Oficiais de Justiça e Carcereiros. Em 1855, foi editada a Lei nº 628, de 17 de setembro de 1855, que estabeleceu a responsabilidade dos Presidentes das Províncias, dos Juízes de Direito, dos Juízes Municipais, dos Juízes de Paz, dos Jurados, dos Escrivães, dos Inquiridores, dos Promotores, dos Oficiais de Justiça e dos Carcereiros. Em 1855, foi editada a Lei nº 628, de 17 de setembro de 1855, que estabeleceu a responsabilidade dos Presidentes das Províncias, dos Juízes de Direito, dos Juízes Municipais, dos Juízes de Paz, dos Jurados, dos Escrivães, dos Inquiridores, dos Promotores, dos Oficiais de Justiça e dos Carcereiros.

Quem sou eu

Gustavo Ferreira Santos

Professores da Faculdade de Direito Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco.

Visualizar meu perfil completo

Câmara dos Deputados
Fl. 7215
Comissões Especiais

utilização de propriedade penal "crime" já supre a necessidade de configuração da legalidade estrita na tipificação da conduta. Ou seja, não é possível aos órgãos que processam e julgam o crime de responsabilidade analisar abertamente a conduta do acusado, devendo sua atuação, de maneira clara e segura, a configuração de tipo legal.

Estender o conceito, afastando que qualquer ato de gestão, orçamento e uma interpretação nova, pode resultar no impedimento, seria conceder um poder amplo ao Parlamento de apear "quase governos" democraticamente eleitos por uma maioria. A política envolve a convivência com uma relação custo/benefício quando se opta por ou não se utilizar certo meio para o impedimento do Presidente.

Nem o consagrado ato ser um crime legal ou inconstitucional é razão suficiente para o impedimento. No dia-a-dia da Administração, atos - muitos deles editados pelo próprio Chefe do Executivo - são declarados pelo Judiciário ilegais ou inconstitucionais. Em torno deles, existem diferentes interpretações, até cultas. Não é possível ver um crime de responsabilidade em todo ato do Chefe do Executivo que, após essas divergências quanto à legalidade/ilegalidade ou constitucionalidade/inconstitucionalidade, venha a ser ratificado pelo Judiciário ou declarado exatamente pela própria Administração.

Ao atribuir ao Senado Federal a competência para julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade, a Constituição de 1988 não criou um poder absoluto. Não deu ao Senado o poder de impedir/condenar o Presidente da República pelas faces e pelas razões que tiver por bem tomar em consideração.

Esse poder deve ser exercido, como qualquer outro poder em um Estado Democrático de Direito, dentro dos limites traçados pela Constituição. Nos comentários à Constituição de 1946, Pontes de Miranda relembra lição de João Barbalho sobre a responsabilidade do Presidente da República na Constituição de 1891, que, em seu art. 54, definia, como a vigente Constituição define, crimes de responsabilidade atos "que atentarem contra determinados princípios constitucionais:

> [...] [ilegível] [ilegível] [ilegível

Câmara dos Deputados
Fl. 7216
Comissões Especiais

disciplinou o "tipo" do crime.

Tanto é verdade que as expressões vagas usadas no art. 85 da Constituição Federal de 1988 (como aquelas contra a Constituição Federal) não seriam *de per si*, suficientes para fazer deflagrar um processo por crime de responsabilidade, diz a necessidade de definir o tipo. Ou seja, imaginando que, por hipótese, não fosse essa sido editada a Lei 1079, de 1950, não poderia o Senado Federal ter como base unicamente o texto do artigo 85 da Constituição Federal para o julgamento de crime de responsabilidade. Cumpre-se com essa afirma que, sem a identificação clara e precisa dos tipos impedem na legislação infraconstitucional, não seria possível julgar/dar a punição da ação política.

Portanto, advogar a tese segundo a qual o juízo político teria prescindir a democrática de identificação precisa de um tipo específico para a caracterização do crime de responsabilidade ajuizado a tornar a figura do Presidente da República um refém do Poder Legislativo ou de uma interpretação que poderia dar ao mandatário presente a ocorrência do "crime" de responsabilidade. Mas, de fato e de direito, a caracterização do crime de responsabilidade traz consigo a ideia de tipicidade empresada do direito penal.

A responsabilidade pessoal e a necessidade de dolo no "crime de responsabilidade"

Não há, em nosso ordenamento, a figura do crime de responsabilidade culposo, nem a responsabilização do Presidente da República por ato e qualquer um praticado pela Administração.

Como se sabe, o Direito Penal é norteado pelo princípio da excepcionalidade do crime culposo. Salvo e legislador quando à forma de punição da modalidade culposa, só haverá crime quando constatado o dolo.

Isso ocorre também analogicamente com o chamado "crime de responsabilidade". A Lei n. 1079/50 que define os crimes de responsabilidade não faz qualquer menção expressa à modalidade culposa.

É necessário que seja apontada pela ação específica do Presidente da República, que incorra em uma das condutas explanadas na citada Lei, para que seja caracterizado o crime.

Não é o mero cometimento de uma ilegalidade em algum órgão da Administração que caracterizará o crime de responsabilidade. É preciso que o Presidente da República tenha diretamente praticado um ato definido em Lei como crime de responsabilidade e que o tenha feito dolosamente, isto diante do caráter sancionador da Lei 1079, de 1950.

A Administração pública Federal é uma estrutura complexa, com diversos níveis de decisão, sem os quais não seria possível atender a contento as diversas demandas que são cotidianamente dirigidas à União. Atribuir ao centro do Poder, à figura do Presidente da República, a responsabilidade política por todos os atos a ponto de fundamentar a perda do mandato legitimado nas urnas seria uma subversão perigosa do regime constitucional da responsabilização do Chefe do Executivo.

Nas ações ajuizadas na imprensa e que são fundamentais os pedidos já apresentados, não vislumbramos nenhum ilícito previsto na Lei n. 1079/50. Ilegalidades referentes a atos de corrupção na Administração Federal não fundamentam um impedimento presidencial. Também não nos parece sustentável uma acusação baseada naquilo que a imprensa tem chamado de "pedaladas fiscais" - prática que consiste em atraso nos repasses a bancos públicos que pagavam benefícios de programas sociais, caracterizando, no caso do Tribunal de Contas da União, um empréstimo não autorizado. No caso, houve recomendação, pelo Tribunal de Contas da União, de não aprovação das contas presidenciais, ainda pendente de análise pelo titular do poder de fiscalização, o Congresso Nacional.

Mesmo que, no caso das chamadas "pedaladas fiscais" o Congresso Nacional resolva não aprovar as contas, ainda não estaria caracterizado o crime de responsabilidade. É necessário que seja associada tal prática a uma ordem presidencial, uma deliberada ação tendente a fraudar a legislação sobre finanças públicas. Essa caracterização é difícil, já que, até este ano não havia qualquer tipo de reprimenda por parte do Tribunal de Contas para outros casos idênticos de atraso de repasses. Apesar de haver sido reconhecida a ilegalidade, não houve a caracterização do dolo da autoridade presidencial representado pela intenção de fraudar sem esquecer que a ilegalidade reconhecida a partir da análise das contas pelo TCU não gerou a consequência lógica da perda do mandato pela caracterização do crime de responsabilidade.

Se a lei de Impeachment possui caráter nitidamente sancionador, a configuração do elemento volitivo (intencional) passa a ser determinante para a caracterização do crime de responsabilidade.

Nesse ponto, parece-nos indicativo fazer uma analogia com a configuração da improbidade administrativa (até mesmo porque a probidade na administração é uma das hipóteses distintas indicadas como crime de responsabilidade). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assim assenta no Recurso Especial 734.984/SP:

> *ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. AÇÃO DE IMPROBIDADE. VEREADORES. LEI 8.429/92. NECESSIDADE DE DOLO. APLICABILIDADE DA LEI.*
> *1. Ação de improbidade, ao argumento de que [illegible] a Lei 8.429/92 [illegible] se [illegible] a improbidade administrativa.*
> *2. [illegible]*
> *3. Para a [illegible] da Lei de Improbidade [illegible] [illegible] [illegible]

Câmara dos Deputados
Fl. 7217
Comissões Especiais

[redação de Bonfim, razão pela qual não se pode afirmar, por ora, que há a caracterização do crime de responsabilidade que possa ensejar a autorização da Câmara dos Deputados para a abertura de processo de impeachment no Senado Federal.

Atos estranhos ao tempo

Um outro ponto de ordem que deve ser destacado diz respeito à chamada "cláusula de irresponsabilidade relativa" prevista no art. 86, § 4º, que assim prevê:

> *O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao seu exercício.*

O texto da Constituição faz referência expressa à responsabilização "na vigência de seu mandato" (6).

Os atos praticados quando trata da responsabilidade do Presidente da República tradicionalmente referem-se à figura dos "atos estranhos" - em relação aos quais o Presidente não é responsabilizado durante o mandato - por sua natureza, por sua matéria. Assim, entendeu que não responde o Presidente da República por atos que não tenham ligação direta com o exercício da função presidencial ou seja, por crimes não funcionais.

Esta forma mais restrita de análise é tema datado do fato de que até 1998, não tínhamos no Brasil, ainda a reeleição presidencial. Assim, não era colocada a questão da aplicabilidade aos chamados crimes de responsabilidade e, consequentemente, não era discutido o problema temporal na análise dos "atos estranhos".

É preciso, para a correta compreensão do instituto, ressaltar que essa exclusão é aplicável, ao lado, a todas as formas de responsabilidade do Presidente e não apenas em relação à responsabilidade por crime comum. Veja-se que a nova constitucional fala em responsabilidade por "atos".

Com a reeleição naturalizada, é necessário colocar em discussão a questão dos atos praticados no tempo, ou seja, os atos que não foram praticados no mandato, mas no mandato anterior. Seria possível vedarmos o Presidente reeleito por um ato praticado no mandato anterior?

O assunto de uma possível resposta positiva fica muito claro quando pensamos em um presidente não reeleito, mas que retorna à Presidência em novas eleições, após um mandato de seu sucessor. Ainda não "prescreveu" o crime, poderá ser responsabilizado em processo de impeachment pelo ato que praticou há dois mandatos, quando foi pela primeira vez Presidente da República?

O processo criminal seria uma espécie de "cláusula de uma morte anunciada". Teríamos a figura do presidente deixando o mandato, antes mesmo de um passo, para perder o mandato.

Por isonomia deve ser tratado da mesma forma que o caso de um mandato subsequente ao no qual se dá a possível causa de responsabilidade. Um novo mandato deve ser tratado como uma unidade independente, respondendo o titular do cargo por seus eventuais atos nesse novo mandato.

Conclusão

Dante dos artigos que apresentamos, concluímos que o processo e o julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, no Brasil, apesar da natureza política do órgão competente, está subordinado a um conjunto de parâmetros constitucionais, não gerando um poder ilimitado para o órgão que autoriza (Câmara dos Deputados) e para o órgão que julga (o Senado Federal), tornando a mais valiosa de ser demonstrada qual foi o ato e, mais, que este foi cometido durante o seu mandato. Ainda quanto ao aspecto temporal, apenas aos cometidos na vigência do mandato no qual se dá a acusação podem ser considerados para fins de responsabilização político-administrativa.

Recife, 5 de novembro de 2015 (7)

Gustavo Ferreira Santos (8)

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (9)

João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira (10)

1 Trata-se de um caso radical. Não por ser novo, ou menor, mas pela ausência de fatores, ao menos, a deixar sobre o tema.

2 MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional 1 de 1969. 2ª ed. Tomo III. São Paulo: RT, p. 355

3 MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1946. vol II. 2ª Edição, revista e aumentada. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 421

4 LIMA, Augusto Sávio da Silva. Crime de responsabilidade - denúncia contra o presidente da República - impeachment. Jurisprudência dos Tribunais, Revista de Direito Administrativo, v. 161/1984, p. 295

Câmara dos Deputados
Fl. 7218
Comissões Especiais

3 MS 20.941-DF, Rapôl. Min. Pertence, DJ de 24-5-1992." (MS 21.888, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 27-8-1992, Plenário, DJ de 20-9-2002.) Vide MS 30.672-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 15-5-2013, Plenário, DJE de 10-10-2013.

6 Apesar do entendimento esposado pelo STF no Inq 672-0/1, não há quem exegese que revisa o aplicação do disposto no art. 86, § 4º, apenas às infrações penais comuns, podendo a ré chamada de irresponsabilidade relativa ser utilizada para o caso de uma "pré-anistia" que caracterizaria, em tese, a prática de crime[...]"

Trecho de Gustavo Santos, "Crimes Impeachment Final," Blog...

Postado por Gustavo Ferreira Santos às 15:01

G+1 Recomende isto no Google

Nenhum comentário:

Postar um comentário

Digite seu comentário...

Comentar como: Unknown (Goo ▾ Sair

Publicar Visualizar Notifique-me

Página inicial Postagem mais antiga

Assinar: Postar comentários (Atom)

Modelo Simples. Tecnologia do Blogger.

Câmara dos Deputados
Fl. 7219
Comissões Especiais

Parecer

Ives Gandra da Silva Martins

Câmara dos Deputados
Fl. 7220
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS POR ATOS DE LESÃO À SOCIEDADE – INTELIGÊNCIA DOS §§ 5º E 6º DO ARTIGO 37 DA CF – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR CULPA OU DOLO – DISCIPLINA JURÍDICA DO "IMPEACHMENT" PRESIDENCIAL (ARTIGO 85 INCISO V DA CF) – PARECER.

CONSULTA

Formula-me, o eminente advogado José de Oliveira Costa, consulta objetivando esclarecer se a improbidade administrativa a que se refere o inciso V, do artigo 85, da CF, capaz de justificar o "impeachment" presidencial, decorreria exclusivamente

Câmara dos Deputados
Fl. 7221
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

de dolo, fraude ou má-fé na gestão da coisa pública ou se também poderia ser caracterizada na hipótese de culpa, ou seja, imperícia, omissão ou negligência administrativa. Pretende também esclarecer se, no caso de haver lesão ao patrimônio público em mandatos sucessivos, os atos lesivos continuados contaminariam os mandatos futuros [1].

RESPOSTA

Há necessidade de alguns esclarecimentos prévios à resposta que ofertarei à questão formulada, para evitar interpretações que transcendam o campo exclusivamente jurídico do parecer que passo a

[1] *"Officers of the government are the trustees or servants of the people", Stimson, The law of the Federal and State Constitution of United States, 1908, p. 49.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7222
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

elaborar [2]. Em face das críticas que, como cidadão, apresentei à política econômica da Presidente em exercício, nos últimos quatro anos, e que, infelizmente, se mostraram procedentes, tais esclarecimentos preambulares fazem-se necessários.

O primeiro esclarecimento diz respeito a minha própria condição profissional e de cidadão. Como advogado e

---

[2] *Paulo Brossard ensina: "Desde que as autoridades políticas desempenham funções, não por direito próprio, mas como agentes e servidores da nação –"Officers of the government are the trustees of servants of the people" — da qual derivam seus títulos para o exercício dos cargos políticos, seja por eleição, seja por outra forma legal de provimento; desde que se não admita a irresponsabilidade outrora consagrada nas antigas monarquias, quando os grandes servidores eram antes ministros da coroa que do país, e apenas perante o rei respondiam," como este respondia somente perante Deus, único juiz a que prestava contas; desde que o povo passou a ter existência política, a disciplina da responsabilidade do governo converteu-se num dos problemas básicos da organização estatal, não tendo faltado mesmo quem visse na possibilidade de aplicar-se aos governantes o princípio da responsabilidade o traço distintivo do Estado moderno" ("O impeachment", Oficinas Gráficas da Livraria do Globo S.A., Porto Alegre, 1965, p. 10).*

Câmara dos Deputados
Fl. 7223
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

professor de direito, tenho buscado, no curso de meus 58 anos de atuação na área jurídica e 55 de magistério universitário, ater-me a duas linhas de atuação, ou seja:

(1) propositiva e "de lege ferenda", participando da elaboração de inúmeros projetos de emenda constitucional, leis complementares, resoluções de congresso, além de ter sido ouvido inclusive em audiências públicas, seja na Constituinte, seja no processo legislativo de muitas das leis em vigor no Brasil;

(2) como intérprete do direito posto, sempre procurei interpretá-lo rigorosamente à luz do instrumental hermenêutico, preocupado em afastar-me da crítica de Ferrara, ao condenar os intérpretes "ideológicos", que, muitas vezes, colocam na lei o que na lei não está para

Câmara dos Deputados
Fl. 7224
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

atender às suas preferências pessoais [3], ou da lei retiram o que nela está, por não concordarem com o disposto no texto.

O intérprete do direito deve utilizar-se de todas as formas e métodos possíveis para chegar ao conteúdo ôntico das normas, mas deve respeitar o direito positivo, independentemente de suas preferências ou antipatias.

Nestes 58 anos de atuação como operador do direito, tenho sempre distinguido as duas missões próprias do advogado ou do jurista, ou seja, a propositiva, em que

---

[3] *Hamilton Dias de Souza, em estudo que publicou em livro conjunto comigo, Henry Tilbery e José Carlos Graça Wagner, sobre este risco assim se manifestou: "deve-se lembrar a lição de Francesco Ferrara, segundo a qual o excessivo apego à letra da lei é pernicioso, mas, ainda mais grave é o perigo de que o intérprete force a exegese, encaixando no texto aquilo que gostaria que lá estivesse ou suprimindo o que contrariasse suas preferências" (Direito Tributário 2, José Bushatsky editor, São Paulo, 1972, p. 32). Francesco Ferrara, "Interpretação e aplicação das leis", 2ª. edição, Ed. Coimbra, p. 129.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7225
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

tudo deve fazer para melhorar o que lhe parece possível no sistema, e interpretar a ordem jurídica como foi elaborada, ao aplicar o direito positivo.

Sempre assim agi dessa maneira, como advogado e professor, e será à luz desta visão que elaborarei este parecer [4].

---

[4] *Para que fique claro que o presente parecer é apenas jurídico, sem qualquer conotação política, transcrevo o Decálogo do Advogado, que escrevi para meus alunos da Universidade Mackenzie, na década de 80:*
***"1.** O Direito é a mais universal das aspirações humanas, pois sem ele não há organização social. O advogado é seu primeiro intérprete. Se não considerares a tua como a mais nobre profissão sobre a terra, abandona-a porque não és advogado.*
***2.** O direito abstrato apenas ganha vida quando praticado. E os momentos mais dramáticos de sua realização ocorrem no aconselhamento às dúvidas, que suscita, ou no litígio dos problemas, que provoca. O advogado é o deflagrador das soluções. Sê conciliador, sem transigência de princípios, e batalhador, sem tréguas, nem leviandade. Qualquer questão encerra-se apenas quando transitada em julgado e, até que isto ocorra, o constituinte espera de seu procurador dedicação sem limites e fronteiras.*
***3.** Nenhum país é livre sem advogados livres. Considera tua liberdade de opinião e a independência de julgamento os maiores valores do exercício profissional, para que não te submetas à*

Câmara dos Deputados
Fl. 7226
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

força dos poderosos e do poder ou desprezes os fracos e insuficientes. O advogado deve ter o espírito do legendário ***El Cid****, capaz de humilhar reis e dar de beber a leprosos.*

4. *Sem o Poder Judiciário não há Justiça. Respeita teus julgadores como desejas que teus julgadores te respeitem. Só assim, em ambiente nobre a altaneiro, as disputas judiciais revelam, em seu instante conflitual, a grandeza do Direito.*

5. *Considera sempre teu colega adversário imbuído dos mesmos ideais de que te reveste. E trata-o com a dignidade que a profissão que exerces merece ser tratada.*

6. *O advogado não recebe salários, mas honorários, pois que os primeiros causídicos, que viveram exclusivamente da profissão, eram de tal forma considerados, que o pagamento de seus serviços representava honra admirável. Sê justo na determinação do valor de teus serviços, justiça que poderá levar-te a nada pedires, se legítima a causa e sem recursos o lesado. É, todavia, teu direito receberes a justa paga por teu trabalho.*

7. *Quando os governos violentam o Direito, não tenhas receio de denunciá-los, mesmo que perseguições decorram de tua postura e os pusilânimes te critiquem pela acusação. A história da humanidade lembra-se apenas dos corajosos que não tiveram medo de enfrentar os mais fortes, se justa a causa, esquecendo ou estigmatizando os covardes e os carreiristas.*

8. *Não percas a esperança quando o arbítrio prevalece. Sua vitória é temporária. Enquanto, fores advogado e lutares para recompor o Direito e a Justiça, cumprirás teu papel e a posteridade será grata à legião de pequenos e grandes heróis, que não cederam às tentações do desânimo.*

9. *O ideal da Justiça é a própria razão de ser do Direito. Não há direito formal sem Justiça, mas apenas corrupção do Direito. Há direitos fundamentais inatos ao ser humano que não podem ser desrespeitados sem que sofra toda a sociedade. Que o ideal de Justiça seja a bússola permanente de tua ação, advogado. Por*

Câmara dos Deputados
Fl. 7227
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Como cidadão senti-me, no curso de minha vida, no direito de criticar governos de qualquer ideologia, quando entendi não estarem cumprindo o seu dever para com a pátria e a sociedade. À evidência, tal crítica decorreu sempre do meu repúdio a desmandos, desvios, principalmente quando a corrupção ou concussão estavam na essência de tais comportamentos públicos.

Como cidadão, portanto, não me sinto prisioneiro do direito positivo, do qual sou, como advogado. Embora respeite o direito posto, como cidadão, sou livre para expor minhas opiniões e críticas. É o que tenho feito

---

isto estuda sempre, todos os dias, a fim de que possas distinguir o que é justo do que apenas aparenta ser justo.
***10.** Tua paixão pela advocacia deve ser tanta que nunca admitas deixar de advogar. E se o fizeres, temporariamente, continua a aspirar o retorno à profissão. Só assim poderás, dizer, à hora da morte: "**Cumpri minha tarefa na vida. Restei fiel à minha vocação. Fui advogado**"".*

Câmara dos Deputados
Fl. 7228
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor **Honoris Causa** das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e **Catedrático da** Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

em livros, palestras e pela imprensa escrita, radiofônica e televisiva [5].

Quero deixar claro, pois, neste primeiro esclarecimento, que a análise que farei, neste parecer, não é a do cidadão, exercendo a cidadania –no meu caso, com modéstia e limitações--, mas a do jurista, mantendo-me exclusivamente adstrito ao texto constitucional, de resto, por ter exercido a cátedra de direito constitucional até 1992, na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, e ter comentado a lei suprema, em mais de 12.000 páginas, 15 volumes, pela Editora Saraiva, com o saudoso professor Celso Bastos.

O segundo esclarecimento diz respeito aos sistemas de governo.

---

[5] *Nas minhas duas trilogias ("O Poder", "A nova classe ociosa" e "O Direito do Estado e o Estado de Direito" e "Uma visão do mundo contemporâneo", "A era das contradições" e "A queda dos mitos econômicos" escrevi como cidadão, que se sente na obrigação de trazer sua pessoal reflexão sobre o exercício do poder.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7229
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Sempre fui parlamentarista. Essa minha preferência, eu a manifestei nas diversas conversas com os constituintes; no livro "Roteiro para uma Constituição", que redigi a pedido de 66 constituintes, editado pela Forense em 1986; nos artigos publicados em obras sobre o parlamentarismo (Mário Henrique Simonsen e eu defendemos, por ocasião do plebiscito, esta forma de governo) [6]; no livro que coordenei com Celso Bastos e editado também pela Forense em 1987 e 1993 [7] ; no livro escrito para o plebiscito de 1993 (embora não

---

[6] *O livro está intitulado "Plebiscito: como votarei?" (José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 1993) , tendo dele participado os seguintes autores Antonio Ermírio de Moraes, Antonio Fernando de Bulhões Carvalho, Benito Gama, Carlos Alberto Sardenberg, Edmar Bacha, Ives Gandra Martins, Marco Maciel, Mário Henrique Simonsen, Ozires Silva e Paulo Rabello de Castro.*

[7] *O livro intitulado "Parlamentarismo ou Presidencialismo?", de coordenação minha e de Celso Bastos, foi editado pela Academia Internacional de Direito e Economia e Editora Forense, Rio de Janeiro,. 1993, 2ª. edição, tendo como autores: Celso Bastos, Eduardo Muylaert Antunes, Imaculada Milani, Ives Gandra Martins, Maria Garcia, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7230
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

sendo monarquista), intitulado "O que é Parlamentarismo Monárquico?" [8] e no artigo publicado no livro [9] do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, por comemoração de seus 80 anos, sobre os três anos em que exerci a presidência do único partido parlamentarista do Brasil, antes do Ato Institucional nº 2, em São Paulo. Sempre defendi esta forma de governo, mais moderna e adotada por todos os países desenvolvidos, menos os Estados Unidos.

---

[8] *"O que é Parlamentarismo Monárquico?", Ed. Brasiliense, São Paulo, 1993.*

[9] *"Minha presidência do Diretório Metropolitano do Partido Libertador", texto publicado no livro "Paulistânia Eleitoral – ensaios, memórias, imagens", 80 anos do TRE-SP, editado pela Imprensa Oficial do Governo do Estado de São Paulo, 2011, organizador José D'Amico Bauab, colaboradores: Antonio Aguillar, Rodrigo Archangelo, Paulo Bomfim, Marília Gabriela Buonavita, Maria Celina D'Araújo, Célio Debes, Carlos Alberto Ungaretti Dias, Rubem Azevedo Lima, Ives Gandra da Silva Martins, Geraldina Marx, José Álvaro Moisés, Bryan Pitts, Maria Ligia Coelho Prado, Ubirajara de Farias Prestes Filho, Jade Almeida Prometti, Renato Janine Ribeiro e Marcelo Tápia.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7231
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Lijphart, ao analisar as 20 democracias mais estáveis do mundo, após a 2ª guerra mundial, encontrou apenas um país presidencialista e dezenove parlamentaristas [10].

A própria Constituição brasileira foi projetada, nas diversas Comissões (8), Subcomissões (24) e na Comissão de Sistematização, para hospedar o sistema parlamentar, o que só veio a ser modificado no plenário, após a formação do grupo denominado "Centrão", sob a liderança do Deputado Roberto Cardoso Alves.

Alguns dos institutos próprios do sistema parlamentar –medida provisória, por exemplo, copiado do texto constitucional italiano— não foram retirados do texto constitucional, quando, na undécima hora, voltou-se ao sistema presidencial, com diversas versões históricas sobre o motivo da mudança, que não são

[10] *"Democracies", Ed. Yale, 1984.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7232
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Roménia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

objeto de reflexão neste parecer. É de se lembrar que os constituintes repudiavam o que denominavam de instrumento da ditadura, ou seja, o Decreto-lei, que foi retirado do texto. Mas, introduziram a Medida Provisória, concebida para o sistema parlamentar, como instrumento de governança, sujeita, sempre, a sua aprovação final pelo Parlamento. Sua rejeição poderia gerar até voto de desconfiança ao Gabinete. [11].

---

[11] *Leon Fredja Szklarowsky escreve: "As Medidas Provisórias foram feitas de encomenda, para o regime parlamentarista que não vingou (a figuração do Estado Brasileiro está toda modelada na estrutura parlamentarista. restando um sistema quase-híbrido), inspiradas no modelo constitucional italiano (parlamentarista). "Verbis": 'O governo não pode, sem delegação das Câmaras, promulgar decretos que tenham valor de lei ordinária'.*
'Quando, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias, com força de lei, deve apresentá-las no mesmo dia para a conversão às Câmaras que, mesmo dissolvidas, são especialmente convocadas a se reunirem no prazo de cinco dias.'
Essa ordem constitucional dispõe também sobre a perda de eficácia, desde o início, se não se converterem em lei, no prazo de sessenta dias, a partir de sua publicação e faculta (a Lei brasileira determina) ainda às Câmaras regulamentar por lei as relações jurídicas oriundas desses decretos não convertidos.

Câmara dos Deputados
FL 7633
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

A característica maior do parlamentarismo é ser o governo da "responsabilidade a prazo incerto", pois, uma vez escolhido pelo Parlamento - que é a Casa de toda a nação, onde estão representados situação e oposição - um irresponsável para chefe de governo, através de votos de desconfiança, ele pode ser derrubado, sem traumas políticos para a nação. Margareth Thatcher ficou no governo inglês por onze anos –mais do que pode ficar um presidente brasileiro ou americano--, sendo derrubada, quando pretendeu elevar a tributação sobre determinados bens. No parlamentarismo, há mecanismos naturais de

---

Os textos brasileiro e italiano identificam-se, extraordinariamente. Sara Ramos de Figueiredo, apoiada na doutrina italiana, fala na existência de 'estado de necessidade legislativa', ou 'estado de necessidade' para justificar a medida provisória, ou, na expressão de Giuseppe Viesti, ao comentar o art. 77, 'a adoção dos decretos-leis está condicionada à existência de circunstâncias intrinsecamente excepcionais, de tal forma que, se não fossem devidamente enfrentadas, decorreria um prejuízo concreto e certo para os interesses fundamentais cuja tutela cabe ao Estado" (Medidas provisórias, Revista dos Tribunais, 1991, p. 29-30).

Câmara dos Deputados
Fl. 7234
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

alternância do poder, sempre que o governo seja incompetente, corrupto ou inexperiente [12].

---

[12] *Celso Bastos lembra a origem do sistema:*
"O século XVIII registrou conquistas muito importantes. Os dois primeiros Reis Stuarts sofreram violenta reação do Parlamento quando tentaram regredir para o absolutismo monárquico. Logo em 1628, foi arrancada do rei a petição de direitos, pela qual se confirmavam direitos e liberdades anteriormente adquiridos.
Sucederam-se os conflitos entre o rei e o Parlamento que conduziram à dissolução deste último durante onze anos. Após esse período convocou-se novo Parlamento, sobreveio a Guerra Civil, decapitou-se o rei e implantou-se a República em 1649, que no fundo encerrava uma ditadura parlamentar contra a qual se insurgiu uma revolução liderada por Cromwell, que estabeleceu um governo autoritário e pessoal. Com a sua morte a monarquia foi restaurada. O que é certo, contudo, é que nada obstante ter o Parlamento sofrido nesta época grandes dificuldades, fundamentalmente foram mantidas as prerrogativas obtidas no seu período áureo (ditadura parlamentar).
O Reinado dos Stuarts terminava com a Revolução Gloriosa de 1688 que, sem derramamento de sangue, destronou o rei e colocou um outro, de uma nova dinastia, no seu lugar (Guilherme de Orange). Abriu-se, então, um período de grandes conquistas parlamentares. Os próprios fatos históricos estavam a demonstrar que a nova monarquia era implantada por decisão do Parlamento. Na ocasião, inclusive, extraiu-se nova concessão régia, denominada Bill of Rights, que encerrou a trasladação, para o Parlamento, de uma série de

Câmara dos Deputados
Fl. 7235
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

No presidencialismo, não. É o sistema da "irresponsabilidade a prazo certo", pois, eleito um irresponsável, ou se o mantém até o final no poder ou deve-se recorrer ao traumático processo do "impeachment".

Quando da preparação dos trabalhos constituintes do Paraguai fui convidado, com constitucionalistas de toda a América, a expor minhas idéias, em Congresso organizado pelo Ministério da Justiça. Tive, então, oportunidade de mostrar não haver incompatibilidade entre adotar mecanismos semelhantes ao "voto de confiança" dos sistemas parlamentares, no regime

---

prerrogativas que até então eram exercidas pelo rei. Vê-se, assim, como foi-se processando, na Inglaterra, uma gradual deslocação dos privilégios monárquicos em favor do Parlamento" ("Parlamentarismo ou Presidencialismo?", Série Realidade Brasileira, volume II, Ed. Forense/Academia Internacional de Direito e Economia, Rio de Janeiro, 1987, p. 4/5).

Câmara dos Deputados
Fl. 1236
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

presidencialista [13]. Outros constitucionalistas devem ter defendido ideias semelhantes –não assisti a todas as palestras—, pois o artigo 225 da Constituição paraguaia hospedou essa inteligência:

> *"Artículo 225 - DEL PROCEDIMIENTO*
>
> *El Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones,*

---

[13] *Quando presidia a Fundação Alexandre de Gusmão, o Embaixador Jerônimo Moscardo promoveu o 1º Encontro de Juristas da América e do Caribe, ocasião em que publicou todos os textos constitucionais dos países latinoamericanos e do Caribe (5 volumes) e um volume de estudos a respeito do constitucionalismo desta parte do continente. O livro "I Encontro de juristas da América Latina e do Caribe – volume IV – Reflexões", Ed. Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2010) teve a colaboração dos seguintes autores: Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Arturo Hoyos, Hernán Salgado Pesantes, Hugo Esteban Estigarribia Gutiérrez, Ivan Escobar Fornos, Ives Gandra da Silva Martins, Jorge Antonio Giammattei Avilés, José Antonio Rivera S., Luiz Dilermando de Castello Cruz, Nestor Pedro Sagués, Rubén Hernández Valle, Suzie d'Auvergne, Walter Antillon e João Grandino Rodas.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7237
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

> *por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.*
>
> *La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos, en los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria" (grifos meus).*

O artigo concilia, portanto, o "impeachment" com o voto de confiança parlamentar, pois, por "má performance" administrativa, pode um presidente eleito ser simplesmente afastado do governo, algo que, realmente, ocorreu com o Presidente Lugo, em processo rigorosamente constitucional.

A ideia do voto de confiança é permitir alteração de rumos de um governo que, embora eleito pelos representantes do povo, pode não estar cumprindo o que o povo dele esperaria [14].

---

[14] *Maria Garcia esclarece:*

Câmara dos Deputados
Fl. 7028
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Na Comissão de Reforma Política da OAB-SP, que presido, aprovamos, nos anteprojetos que redigimos,

---

"O parlamentarismo em sua conotação moderna, conforme coloca Paulo Bonavides, apóia-se sobre uma base de requisitos mínimos e essenciais, cuja presença, compõe a natureza do sistema. Enumerados por Klaus Stern, são estes os requisitos: "a) a presença, em exercício, do governo, enquanto a maioria do Parlamento não dispuser o contrário, retirando-lhe o apoio; b) a repartição, entre o governo e o Parlamento, da função, de estabelecer as decisões políticas fundamentais; e c) a posse recíproca de meios de controle por parte do governo e do Parlamento, de modo que o primeiro, sendo responsável perante o segundo, possa ser destituído de suas funções mediante um voto de desconfiança da maioria parlamentar.
No mais, ressalta, "o parlamentarismo oferece contextura flexível, admite variantes e configura distintos modelos, consoante os mecanismos adotados com base, de preferência, no principio da mais alta racionalidade institucional possível.
"Governo de partido, de opinião, de maioria e de representação, ele se acha normalmente impregnado de alto teor de legitimidade e basta isso para fazê-lo idôneo a enfrentar e absorver crises, repartindo por todos, sem injustiça, o ônus político, econômico e social dos sacrifícios exigidos à nação" ("Parlamentarismo ou Presidencialismo?", ob. Cit. p. 127/8).

Câmara dos Deputados
Fl. 7239
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Na Comissão de Reforma Política da OAB-SP, que presido, aprovamos, nos anteprojetos que redigimos,

---

"O parlamentarismo em sua conotação moderna, conforme coloca Paulo Bonavides, apóia-se sobre uma base de requisitos mínimos e essenciais, cuja presença, compõe a natureza do sistema. Enumerados por Klaus Stern, são estes os requisitos: "a) a presença, em exercício, do governo, enquanto a maioria do Parlamento não dispuser o contrário, retirando-lhe o apoio; b) a repartição, entre o governo e o Parlamento, da função, de estabelecer as decisões políticas fundamentais; e c) a posse recíproca de meios de controle por parte do governo e do Parlamento, de modo que o primeiro, sendo responsável perante o segundo, possa ser destituído de suas funções mediante um voto de desconfiança da maioria parlamentar.
No mais, ressalta, "o parlamentarismo oferece contextura flexível, admite variantes e configura distintos modelos, consoante os mecanismos adotados com base, de preferência, no principio da mais alta racionalidade institucional possível.
"Governo de partido, de opinião, de maioria e de representação, ele se acha normalmente impregnado de alto teor de legitimidade e basta isso para fazê-lo idôneo a enfrentar e absorver crises, repartindo por todos, sem injustiça, o ônus político, econômico e social dos sacrifícios exigidos à nação" ("Parlamentarismo ou Presidencialismo?", ob. Cit. p. 127/8).

Câmara dos Deputados
Fl. 1240
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

um sistema de "recall", inclusive para cargos legislativos [15].

Neste segundo esclarecimento, o que procuro mostrar é que, se o Brasil tivesse adotado o projeto inicialmente discutido nas diversas Comissões na Constituinte, teríamos, indiscutivelmente, instrumento mais moderno para alternância do poder, desde que detectados fatos graves de gestão, dolosos ou culposos.

A terceira explicação necessária diz respeito ao processo de "impeachment".

---

15 *A Comissão é assim constituída:* ***Presidente:*** *Ives Gandra da Silva Martins,* ***Vice-presidente****: José Afonso da Silva,* ***Membros Efetivos:*** *Alberto Lopes Mendes Rollo, Alexandre de Moraes, Almino Monteiro Álvares Affonso, André Ramos Tavares, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, Antônio Márcio da Cunha Guimarães, Carmen Silvia Valio de Araújo, Claudio Salvador Lembo, Dalmo de Abreu Dallari, Dirceo Torrecillas Ramos, Evandro Herrera Bertone Gussi, José de Ávila Cruz, José Gregori, Maria Garcia, Nelson Jobim , Ney Prado, Paulo de Barros Carvalho, Robson Maia Lins e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7241
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Quando do processo contra o Presidente Collor, elaborei dois pareceres sobre a matéria, um, a pedido do deputado Hélio Bicudo, mostrando que a matéria deveria ser examinada pelo Congresso, e outro, para o Presidente Collor, entendendo - contra a opinião de meu confrade na Academia Paulista de Letras e Letras Jurídicas, Miguel Reale Jr. – que, tanto para o Juízo de admissibilidade na Câmara dos Deputados, como para o julgamento do próprio mérito, haveria necessidade de 2/3 da Casa Legislativa a favor da medida. Miguel Reale Jr. defendia a tese de que, só para o julgamento no Senado, os 2/3, seriam necessários, visto que para o Juízo de admissibilidade bastaria maioria absoluta [16].

Tanto num caso, como no outro, minha tese prevaleceu [17].

---

[16] *Os dois pareceres e outros estudos foram publicados pela Editora Cejup em 1992, sob o título "O "impeachment" na Constituição de 1988".*

Câmara dos Deputados
Fl. 7242
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do **Exército** - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

---

[17] *No parecer ao Deputado do PT, Hélio Bicudo, lembrei que a "omissão" geraria também crime de responsabilidade em face da lei, transcrevendo parte do texto:*
O exame da dicção dos diversos dispositivos da lei 8429/92 demonstra que a abrangência foi de tal ordem que nada restou para os crimes comuns.
Reza, por exemplo, o artigo 11 inciso I que: "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:
I. praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência" (grifos meus).

Assim sendo, não há crime comum cujo fato delituoso não seja proibido em lei, razão pela qual a lei nº 8429/92, no que diz respeito à responsabilização do Presidente da República, teria "revogado" as hipóteses de "crime comum" mencionadas no artigo 86 da Constituição Federal.
De lembrar-se que a Constituição Federal não só cuida dos crimes comuns praticados pelo Presidente, no "caput" do artigo 86, como outorga ao STF a competência para julgá-los (art. 102 inciso I). Estão os dispositivos assim redigidos:"Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por 2/3 da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o STF, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade";

"Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

.....

Câmara dos Deputados
Fl. 1243
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Apesar de não ter conseguido 1/3, pelo menos, dos parlamentares, nas duas Casas, e ter sofrido o "impeachment" por decisão política, foi o Presidente Collor absolvido pelo Supremo Tribunal Federal, que não encontrou nexo causal para justificar sua

---

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o vice-presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o procurador-geral da República".

Ora, se todos os crimes comuns elencados na lei 8429/92 exteriorizam a improbidade administrativa, todos esses crimes, teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns, com o que a lei nº 8429/92 teria "revogado" o art. 86, o art. 102 inciso I e inclusive o § 4º do mesmo dispositivo. O § 4º do art. 86, em verdade, apenas se refere aos crimes de responsabilidade, visto que não pode o Presidente ser acionado por tal espécie de crime fora de suas funções, nem pode ser responsabilizado, perante o Senado, por crimes comuns, de possível prática somente fora de suas funções.
Ora, ao usar a expressão ***responsabilização*** *parece-me ter o constituinte cuidado dos* ***crimes de responsabilidade*** *e não dos crimes comuns, pois estes somente podem ocorrer em atos estranhos ao exercício de suas funções" ("O impeachment na Constituição de 1988", Ed. Cejup, Belém do Pará, 1992, p. 42 a 45).*

Câmara dos Deputados
Fl. 7244
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

condenação, entre os fatos alegados e eventuais benefícios auferidos no exercício do governo [18].

É que o julgamento da Suprema Corte difere do julgamento do Congresso Nacional, aquele apenas voltado para os aspectos jurídicos do "impeachment" e este para os aspectos exclusivamente políticos e de governabilidade [19].

---

[18] *AP 307-DF, Relator Ilmar Galvão, Autor: Ministério Público Federal, 1° réu: Fernando Affonso Collor de Mello, Julgamento: 13/12/1994, 2ª. Turma.*

[19] *Paulo Brossard lembra que:*
"No sistema parlamentar, porque não governa, o Presidente é politicamente irresponsável. O governo cabe ao ministério, gabinete ou conselho de ministros, órgão colegiado, com unidade política, homogeneidade, solidariedade coletiva e co-responsabilidade na política do governo, guiado pelo Primeiro Ministro, Chefe de Gabinete, Presidente do Conselho de Ministros, Premier ou Chanceler, que é o chefe do governo. Politicamente responsável é o gabinete, porque o gabinete governa. O Presidente, que preside e não governa, não tem responsabilidade política; só é responsável em casos de alta traição.
28. Porém, ainda quando, nos países que adotam o sistema parlamentar, a locução "responsabilidade política" tenha outro sentido, que contrasta em geral com a apurada mediante o "impeachment", ou em processo a este semelhante, no Brasil,

Câmara dos Deputados
Fl. 7245
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Nesta terceira ordem de considerações, o que pretendo ressaltar, neste parecer, é que, quaisquer que sejam os argumentos jurídicos a justificar o "impeachment", a decisão parlamentar será sempre, indiscutivelmente, política, lembrando-se que, mesmo nos Estados Unidos, o instituto jamais foi aplicado.

Neste particular, como afirmou o eminente mestre Paulo Brossard, também parlamentarista --quando eu presidia o Partido Libertador em São Paulo, ele era secretário geral do PL no Rio Grande do Sul– , sendo seu livro sobre o "impeachment" obra clássica e de obrigatória leitura para quem se debruçar sobre o tema, o julgamento é sempre político, como, de resto, o é, nos sistemas parlamentares, os votos de confiança

---

como nos Estados Unidos e na Argentina, por exemplo, onde vigora o sistema presidencial, pelo referido processo, com fases e formas que o assemelham ao processo judicial, não se apura senão a responsabilidade política, através da destituição da autoridade e sua eventual desqualificação para o exercício de outro cargo" ("O impeachment", obra cit. p. 36/37).

Câmara dos Deputados
Fl. 7246
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

ou desconfiança a um gabinete, por parte do Parlamento, para manter ou afastar um governo. Por isto, critica o instrumento político, de rara utilização, ao dizer:

> *"A experiência revela que o "impeachment" é inepto para realizar os fins que lhe foram assinados pela Constituição. Ele não assegura, de maneira efetiva, a responsabilidade política do Presidente da República.*
> *Este registro é de indisfarçável gravidade, pois a Constituição apregoa, logo em seu preâmbulo, o propósito de "organizar um regime democrático". E democracia supõe a responsabilidade dos que dirigem a coisa pública.*
> *Depois, tanto mais grave e chocante é esta conclusão quando se tenha presente a advertência que, já em 1826, fazia Bernardo Pereira de Vasconcellos, recém abertas as portas do Parlamento Brasileiro: "sem responsabilidade efetiva não há Constituição senão em papel"* [20].

Assim sendo, os argumentos, rigorosa e exclusivamente jurídicos que apresentarei neste parecer, se, um dia, vierem a ser examinados por um Tribunal Político (Congresso Nacional), poderão merecer outras

---

[20] *Paulo Brossard, "O impeachment", ob. Cit. p. 204.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7247
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

considerações que transcendam a minha obrigação de apenas considerar os aspectos exclusivamente jurídicos, de acordo com minha exegese do texto constitucional, que, como sempre coloco, em meus pareceres, pode comportar melhor juízo.

Passo, agora, a examinar cinco dispositivos do texto constitucional, que são essenciais para as conclusões do presente parecer.

O primeiro deles é o artigo 85, inciso V, com a seguinte dicção:

> *"Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:*
>
> .....
>
> *V - a probidade na administração;*
>
> .....".

Crimes contra a probidade da administração. Não havendo explicitação sobre se, para sua caracterização,

Câmara dos Deputados
Fl. 7248
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

os atos hão de ser dolosos ou culposos, impõe-se considerar tanto uns, quanto outros.

Probo é o cidadão íntegro, que, com competência e zelo, exerce suas atividades, sendo o vocábulo sinônimo de honesto. O constituinte, lastreado no direito anterior, considerou que o crime de responsabilidade contra a "probidade em administração" justifica a abertura de um processo de "impeachment", com eventual perda de mandato [21].

O texto constitucional deve ser examinado à luz da própria clareza do dispositivo, segundo o qual:

---

[21] *Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina:*
"Probidade na Administração. A probidade é uma obrigação elementar, a que todos, especialmente os que recebem, administram e aplicam dinheiro público, estão jungidos. O Presidente da República, evidentemente, não escapa a essa obrigação. Desse modo, tem de zelar para que toda a administração pública se atenha estritamente às normas de probidade, sobretudo financeira" (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume I, Ed. Saraiva, São Paulo, p. 455).

Câmara dos Deputados
Fl. 7249
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

"constitui crime de responsabilidade"

"atos"

"contra a probidade da administração".

O primeiro aspecto a ser realçado é que o texto constitucional não discute o aspecto subjetivo de quem pratica os atos, isto é, se o autor é probo ou ímprobo, honesto ou desonesto na sua personalidade, na sua maneira de ser, e sim se, na condição de presidente, mesmo que seja um cidadão honesto e digno, praticou, por qualquer razão, atos contra a probidade. Não propriamente atos de improbidade, mas atos contra a "probidade de administração". Isto vale dizer que, se seus atos provocaram problemas administrativos envolvendo administração ímproba, ou seja, se seu procedimento concorreu para gerar efeitos contrários à lisura da administração proba, digna e honesta, está, o

Câmara dos Deputados
Fl. 1250
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

presidente, sujeito ao processo, mesmo que seja um cidadão digno [22].

Creio que, por esta razão, o constituinte, ao falar em crimes de responsabilidade, não distinguiu os crimes dolosos dos culposos.

---

[22] *Alexandre de Moraes lembra que:*
"A Constituição de Filadélfia já previa o instituto do impeachment (art. 1°, Seção 3ª; art. 2°, Seção 4ª.), que nos Estados Unidos da América foi tentado contra o Presidente
Andrew Johnson, em 1868, sem êxito, e, mais recentemente, no famoso caso Watergate, tendo o Presidente Nixon renunciado antes de se iniciar o processo, e contra o Presidente Bill Clinton, também sem sucesso.
No Brasil, as Leis n°s 27 e 30, de 1892, regulamentadoras dos crimes de responsabilidades cometidos pelo Presidente da República, previam a aplicação somente da pena de perda do cargo, podendo esta ser agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo (art. 33, § 3°, da Constituição Federal de 1891; art. 2° da Lei n° 30, de 1892), dando à pena de inabilitação o caráter de pena acessória (Lei n° 27 de 1892, arts. 23 e 24).
Atualmente, a Lei n° 1.079/50, em seus arts. 2°, 31, 33 e 34, não prevê a possibilidade da aplicação só da pena de perda do cargo, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade (art. 52, parágrafo único, da Constituição de 1988), devendo, ambas, serem aplicadas cumulativamente" (Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, Ed. Atlas, São Paulo, 2013, p. 1271)

Câmara dos Deputados
Fl. 7251
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Aliás, é da tradição do direito brasileiro que quem está no comando de qualquer empreendimento, responde por atos culposos e dolosos, como ocorre, por exemplo, na responsabilidade tributária, dos artigos 134 e 135 do CTN, ou naquela prevista na lei das sociedades por ações, segundo a qual os conselhos de administração, são responsáveis, em processos falimentares ou de recuperação das empresas, tanto por atos dolosos, quanto culposos [23]:

---

[23] *Estão os artigos mencionados assim redigidos:*
"*Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:*

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

Câmara dos Deputados
Fl. 7252
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.";

"Art. 158 da Lei das S/As: Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; (grifos meus)

Câmara dos Deputados
Fl. 7253
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Cheguei a defender a tese, no que diz respeito à responsabilidade tributária, de que o artigo 135 contemplaria hipótese de dolo, por falar em responsabilidade pessoal, e o artigo 134, de culpa, por tornar solidária a responsabilidade, em relação aos autores da infração, tese, todavia, que não foi hospedada pelo Poder Judiciário. A responsabilidade pessoal eximiria a empresa. Apesar de o artigo 135 fazer menção a *"responsabilidade pessoal"* nos atos dolosos dos administradores, tornou, o Judiciário, tal responsabilidade, apenas solidária.

O certo, todavia, é que, mesmo que não sejam ímprobos, desonestos, imorais os administradores de empresas, são eles responsabilizados por atos de gestão que possam implicar desvios de qualquer natureza. Tais atos, mais pelos seus resultados do que

---

II - com violação da lei ou do estatuto".

Câmara dos Deputados
Fl. 7254
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

pela intenção, é que podem tornar o agente passível de responsabilização [24].

Assim sendo, culposos ou dolosos, atos que são contra a probidade da administração podem gerar o processo político de "impeachment".

O segundo dispositivo a ser examinado é o do artigo 37, § 6°, da CF, assim redigido:

> *"§ 6° - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa*

---

[24] *Modesto Carvalhosa, em seu artigo "O crime consumado de responsabilidade" (jornal O Estado de São Paulo, 22/12/2014, p. A2) , entende que a omissão da presidente em punir responsáveis já caracteriza crime consumado de responsabilidade:*
"Isso quer explicitamente dizer que a Senhora presidente não vai abrir processos penais administrativos contra as empreiteiras envolvidas nos crimes cometidos na empresa estatal, na conformidade com a Lei Anticorrupção. Com isso incorre a presidente da República no crime de responsabilidade previsto no artigo 85 da Constituição. Literalmente: "São crimes de responsabilidade os atos do presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) VII - o cumprimento das leis".

Câmara dos Deputados
Fl. 7255
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa." [25].

Há de se destacar, no referido dispositivo, três tipos de responsabilidade, ou seja:

objetiva,

---

[25] *Caio Mário da Silva Pereira lembra que:*
"E a Constituição Federal assenta que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causaram a terceiros, cabendo ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo (Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 107 e seu parágrafo único; Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, art. 37, nº XXI, § 6), segundo o qual a teoria do risco integral compreende as pessoas jurídicas de direito público, bem como as de direito privado prestadoras de serviços públicos.
É pacífico, e já requer maior explanação, que os vocábulos, "representantes" e "funcionários" não são usados em acepção estrita, porém ampla, naquele sentido acima assentado, de quem no momento exercia uma atribuição ligada à sua atividade ou à sua função.
É de se entender, igualmente, que no vocábulo "estado" compreende-se as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos" (Responsabilidade Civil, 2ª edição, ed. Forense, 1990, p. 139).

Câmara dos Deputados
Fl. 7256
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor **Honoris Causa** das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

por culpa,

ou

por dolo.

A primeira é de ser aplicada, exclusivamente à instituição pública ou a entidades a ela vinculadas. As duas últimas, hipóteses aplicáveis ao agente, quanto à obrigação de ressarcir o Poder Público pelo ato lesivo causado à sociedade.

Na responsabilidade objetiva, basta a existência do nexo de causalidade entre o ato e a lesão, para que o Poder Público possa ser responsabilizado, independente de culpa ou dolo. Neste ponto, afastou, o constituinte, a responsabilidade do agente.

Já no caso em que o agente público pratica o ato com culpa ou dolo, é ele quem, em última análise, pode ser responsabilizado ao final, mediante o exercício, pelo Estado, do direito de regresso.

Câmara dos Deputados
Fl. 7257
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

A culpa caracteriza-se pela negligência, imperícia ou omissão.

Quando, na administração pública, o agente público permite que toda a espécie de falcatruas sejam realizadas sob sua supervisão ou falta de supervisão, caracteriza-se a atuação negligente e a improbidade administrativa por culpa. Quem é pago pelo cidadão para bem gerir a coisa pública e permite seja dilapidada por atos criminosos, é claramente negligente e deve responder por esses atos. [26].

---

[26] *Maria Helena Diniz lembra que:*
"CULPA. 1. Direito administrativo. Não-cumprimento do dever pelo agente público, gerando responsabilidade civil do Estado. 2. Direito civil. Fundamento da responsabilidade civil, que, em sentido amplo, constitui a violação de um dever jurídico imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreendendo o dolo e a culpa. 3. Direito penal. É aquela cometida pelo agente ao deixar de emprega a atenção ordinária a que estava obrigado, prevendo o resultado danoso, agindo com imprudência, negligência ou imperícia. Ocorre, portanto, quando o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia, inobservando o dever de

Câmara dos Deputados
Fl. 728
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

O mesmo se diga da imperícia. Se alguém se habilita a ser administrador público e não está preparado para o cargo, deixando de bem gerir a coisa pública, permitindo que subordinados e terceiros saqueem o patrimônio dos cidadãos com atos de clara improbidade, à evidência, comete o crime culposo da improbidade.

Por fim, a omissão constitui uma terceira forma de crime culposo de improbidade. Um administrador que se omite em conhecer o que está ocorrendo com seus subordinados, permitindo que haja desvios de recursos da sociedade para fins ilícitos, comete crime de responsabilidade administrativa culposa. Sua omissão é que permite ocorra a lesão ao patrimônio público.

Aliás, a lei nº 8429 de 02/06/1992 claramente caracteriza a omissão como ato de improbidade:

---

cuidado que se lhe impunha" (Dicionário Jurídico, volume 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 962).

Câmara dos Deputados
Fl. 7259
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

> *"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:*
>
> *I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; ...."* [27] *(grifos meus).*

E, à evidência, tal responsabilização é aplicável a todo administrador público provocador da lesão, não só dando azo a que o Poder Público exerça contra ele o direito de regresso pelos danos que o Estado tiver que suportar, mas ao direito da própria sociedade de vê-lo afastado da gestão da coisa pública, pois é quem mantém seus governantes com o pagamento de tributos desviados para fins ilícitos [28].

---

[27] *Apesar da crítica de alguns juristas à abrangência do artigo, continua vigendo, sem ter sua inconstitucionalidade declarada.*

[28] *José Cretella Jr. esclarece:*
"Agente público (ou agente administrativo) é expressão técnica há muito empregada na terminologia do direito público (Duguit, Jèze, Bonnard, Staïnof) para designar todo indivíduo que participa de maneira permanente, temporária ou acidental, da atividade do

Câmara dos Deputados
Fl. 7260
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Tais considerações levam-me, agora, ao terceiro artigo a ser examinado, a saber o § 5°, do artigo 37, assim redigido:

> *"§ 5° - 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"* [29] *(grifos meus).*

Estado, quer editando atos jurídicos, quer executando atos de natureza técnica e material.
A expressão abrange não apenas os indivíduos dos quadros do Estado ou dos corpos locais, em virtude de título de direito público, isto é, os que são designados para executar funções pertinentes ao domínio do direito público, mas também, em geral, todos os que, sem distinção de função, são chamados, de um modo ou doutro, para colaborar no funcionamento dos serviços dos corpos públicos (Staïnof, Le fonctionnaire, 1933, p. 25; e nosso Tratado, 1967, vol. 4, p. 71).
Assim, a expressão agente público é muito mais extensa que a expressão servidor público e que funcionário público e compreende, além dos funcionários públicos propriamente ditos, uma infinidade de outros indivíduos que agem em nome do Estado (cf. nosso Tratado de direito administrativo, 1967, vol. 4, p. 72)." ("Comentários à Constituição 1988", volume IV, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991, p. 2351).

[29] *Pinto Ferreira preleciona:*
"Conforme informam os grandes tratadistas europeus, como Paul

Câmara dos Deputados
Fl. 7261
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Tal artigo traz uma novidade, não comum ao direito, qual seja a imprescritibilidade das ações de regresso do Poder Público contra o agente público que gera o prejuízo ao Estado, POR CULPA OU DOLO.

A prescrição ao direito de ação é forma de dar segurança ao direito e estabilidade às relações jurídicas. Se um direito não for exercido por um determinado período, perde o titular a faculdade de

---

Errera e Léon Duguit, os tribunais condenam os servidores quando agem desonestamente, ou com negligência e culpa. O Estado então indeniza o dano causado pelos seus servidores, adotando-se hoje no País a doutrina da responsabilidade objetiva. O Estado pode ser obrigado ao ressarcimento do dano causado sempre que ocorre a culpa in eligendo, a culpa in vigilando e a culpa 'in omittendo', sem prejuízo de sua responsabilidade objetiva.

A propósito escreve Carlos Maximiliano: "O agente da Administração é o órgão da pessoa jurídica de Direito Público. Ora, toda pessoa moral responde pelos atos dos seus órgãos, que são os próprios atos.

Quando o funcionário atua como tal, é a pessoa jurídica de Direito Público, ela própria, que age. O princípio universal decorre da concepção mesmo da personalidade moral; a pessoa coletiva age por meio de seus órgãos; os atos destes são os seus, daí a sua responsabilidade" ("Comentários à Constituição Brasileira", 2º volume, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, p. 404).

Câmara dos Deputados
Fl. 7262
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

acionar aquele contra quem teria a possibilidade de agir [30].

É que a garantia das relações jurídicas e a estabilidade da ordem legal impõem prazo para que se possa fazer prevalecer direitos, findo o qual, tais direitos, de rigor, perecem, pela impossibilidade de ser exigida em juízo sua efetivação. Por isto, entendem autores renomados que a prescrição é instituto de direito material e não processual, pois seu não uso no tempo legalmente

---

[30] *Manoel Gonçalves Ferreira Filho critica a disposição:*
"Prescrição. Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente à sanção pelo ilícito; outra, à reparação do prejuízo. Quanto ao primeiro aspecto, a norma "chove no molhado": prevê que a lei fixe os respectivos prazos prescricionais. ***Quanto ao segundo, estabelece-se de forma tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados****" (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, Ed. Saraiva, 3ª. ed., 2000, p. 259).*

Câmara dos Deputados
Fl. 7263
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

previsto, acarreta, de rigor, o perecimento do direito de ação [31].

Ora, o dispositivo mencionado admite a prescrição MENOS PARA AS LESÕES PRATICADAS POR CULPA OU DOLO CONTRA O ESTADO, o que vale dizer, o

---

31 *Coordenei dois Simpósios nacionais sobre decadência e prescrição, que embora versando matéria tributária, todos os autores cuidaram dos institutos. Coordenei a publicação de dois livros: em 1976 (1º Simpósio) "Decadência e Prescrição – Caderno de Pesquisas Tributárias volume 1" (Ed. Resenha Tributária, 3ª. tiragem, 1991) tendo como autores: Aires Fernandino Barreto, Bernardo Ribeiro de Moraes, Carlos da Rocha Guimarães, Edvaldo Brito, Fábio Fanucchi, Francisco de Assis Praxedes, Ives Gandra Martins, José Carlos Graça Wagner, Leonel de Andrade Velloso, Noé Winkler, Paulo de Barros Carvalho, Rafael Moreno Rodrigues, Roberto Oscar Freytes, Rubens Approbato Machado, Sebastião de Oliveira Lima e Ylves José de Miranda Guimarães e, em 2007 (32º Simpósio) o livro "Decadência e Prescrição – Pesquisas Tributárias Nova Série 13" (Ed. Revista dos Tribunais) com os autores: André Costa-Corrêa, Carlos Henrique Abrão, Edison Carlos Fernandes, Eduardo Junqueira Coelho, Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, Fernanda Hernandez, Hugo de Brito Machado, Hugo de Brito Machado Segundo, Humberto Martins, Ives Gandra Martins, Jorge de Oliveira Vargas, José Eduardo Soares de Melo, Kiyoshi Harada, Leonardo de Faria Galiano, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Octavio Campos Fischer, Ricardo Lobo Torres, Sacha Calmon Navarro Coelho, Schubert de Farias Machado e Vittorio Cassone.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7264
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

agente público que por omissão, imperícia ou negligência causar prejuízo permitindo desvios de dinheiro público praticados por seus subordinados, responde até o fim da vida pelos atos omissivos (quando os atos propiciaram, por não detectados, a consumação da lesão) ou comissivos (propiciaram a lesão) praticados.

Considerou, o constituinte, tão grave a má administração por imperícia, negligência ou omissão, que seu agente poderá sofrer a ação de regresso até o fim da vida, pois, para tal inabilidade gestora, NÃO HÁ PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO ESTADO DE DEMANDAR CONTRA O AGENTE. O direito é do Estado, enquanto representando a sociedade; não do Governo, que pode estar envolvido na lesão praticada. Não sem razão, a lei nº 8249/92, que trata de improbidade administrativa, colocou a ação ou omissão como forma de responsabilidade. E, certamente, por

Câmara dos Deputados
Fl. 7265
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

essa razão, pela gravidade da ação ou omissão, tornou, o constituinte, imprescritível sua responsabilidade [32].

Sobre o crime doloso, há pouco a falar. Se a própria autoridade praticou, conscientemente, o ato de improbidade com dolo, fraude, simulação, enfim, com má-fé, à evidência, comprovado o crime, a prova inequívoca torna o ato claramente violentador do

---

32 *Celso Bastos, como Manoel Gonçalves, lamenta a imprescritibilidade, mas cita Wolgran Junqueira, que leva a responsabilidade à herdeiros na herança recebida:*
"No que tange aos danos civis, o propósito do texto é de tornar imprescritíveis as ações visando o ressarcimento do dano causado. É de lamentar-se a opção do constituinte por essa exceção à regra da prescritibilidade, que é sempre encontrável relativamente ao exercício de todos os direitos. Wolgran Junqueira Ferreira levanta o problema consistente em saber se os herdeiros do causador do ilícito respondem pelos prejuízos causados pelo 'de cujus'. Seu ponto de vista é de que "sim, na força de sua herança, pois esta é, em tese, fruto daquele ilícito" (Comentários à Constituição de 1988, 1ª. Ed., Julex, 1989, v. 1, p. 479)" (Comentários à Constituição do Brasil, volume 3, tomo III, Ed. Saraiva, 1992, p. 167).

Câmara dos Deputados
Fl. 7266
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

princípio da moralidade, alicerce maior dos cinco princípios fundamentais da administração [33].

Poder-se-ia dizer, todavia, que esta responsabilidade é civil e não penal e que a Constituição cuida de crimes contra a probidade na administração.

Como mostrei anteriormente, o próprio constituinte declarou que os atos contra probidade na administração é que seriam tidos por criminosos, pois, do resultado desses atos é que se afere a improbidade administrativa.

A própria lei do "impeachment", que vem da década de 50, tendo tido pequenas alterações após 88, e que foi pela lei suprema recepcionada, estabelece (Lei

[33] *Estão consagrados no "caput" do artigo 37 da Lei Suprema: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998): ...".*

Câmara dos Deputados
Fl. 7267
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e **Catedrático** da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

1079/50, acrescentada pela Lei 10.028/00) em seu artigo 9°, que:

> *"Art. 9° São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:*
>
> .....
>
> *3 - não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;*
>
> .....".

Ora, o crime "in eligendo" ou "in vigilando" é, claramente, caracterizado pela falha do administrador público que, diante de indícios fortes, com prejuízos detectados nos atos administrativos praticados sob sua supervisão, deixa de tornar efetiva a responsabilização de seus subordinados [34].

---

[34] *O TRF da 1ª. Região publicou três volumes sobre "A Constituição na visão dos Tribunais – Interpretação e julgados artigo por artigo" (Ed. Saraiva, São Paulo, 1997). Em relação aos §§ 5° e 6° do artigo 37 lê-se:*
"- Silvio Rodrigues preleciona acerca da regra geral da responsabilidade civil: "Princípio geral de direito, informador de

Câmara dos Deputados
Fl. 7268
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

toda a teoria da responsabilidade, encontradiço no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é quase inconcebível, é aquele que impõe, a quem causa dano a outrem, o dever de o reparar. Tal princípio se encontra registrado, entre nós, no art. 159 do Código Civil." (Direito Civil - Responsabilidade Civil, volume 4, 140 ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 13.) O mesmo autor dá a notícia de que o legislador brasileiro, certamente, inspirou-se no art. 1.382 do Código Civil francês. O art. 1.382 do Código Napoleônico está vazado nestes termos: "Tout fait quel conque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duque! il est arrivé, à la réparer".

- O presente dispositivo cuida da responsabilidade estatal em face de ato de um de seus prepostos. J. Cretella Júnior bem sintetiza a questão: "O problema da responsabilidade civil do Estado pode ser equacionado nos seguintes termos: se um funcionário, que é parte do Estado e que se acha na posição de seu preposto, causa danos à propriedade ou à incolumidade de terceiros, mediante ação ou omissão, como responde o Estado pelos prejuízos advindos?" (Curso de Direito Administrativo, 11' ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 84.) (Grifos no original.) O ilustre administrativista responde à questão a partir da constatação de que a solução se inicia pelo afastamento dos "termos civilistas" e pelo enfrentamento da questão sob a égide dos princípios informativos do Direito Público. O grande marco dessa nova postura, segundo o autor, foi o famoso caso Blanco, decidido em 1973 pelo Tribunal de Conflitos, na França. Vide, a respeito, op. cit., pp. 84/85.

J. Cretella Junior, com base nos princípios publicísticos, traz à baila três teorias explicativas da responsabilidade civil do Estado: teoria da culpa administrativa, teoria do acidente administrativo e teoria do risco integral.

Câmara dos Deputados
Fl. 7269
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Em outras palavras, a demonstração da lesão ao cidadão (no caso da Petrobrás, por exemplo, todos os acionistas privados foram lesados) ou à sociedade (a sociedade como um todo, pagadora de tributos e

---

- A responsabilidade civil do Estado é demonstrada pela teoria da responsabilidade objetiva, que prescinde da avaliação dos elementos subjetivos, ou seja, dolo ou culpa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem elucida o tema: "é também chamada teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente." (Direito Administrativo, 2' ed., São Paulo: Atlas, 1991, p. 358.) (Grifo no original.) A mesma autora adverte para o fato de haver uma classificação da teoria do risco: risco administrativo e risco integral, conforme preconiza Hely Lopes Meirelles. Entretanto, segundo Di Pietro, "a maior parte da doutrina não faz distinção". (Idem.)

- Em artigo publicado na Revista do TRF - 1 'Região, v.8 n.1, Ives Gandra da Silva Martins evidencia, em linhas gerais, a divergência existente. Em nota de rodapé, ele afirma: "Caio Mário da Silva Pereira acentua: 'o direito positivo brasileiro consagra a teoria do risco integral ou risco administrativo ....'" Mais adiante, em outra nota, o autor noticia: "Toshio Mukai ensina sobre o § 62 do artigo 37: 'A norma contempla o tema da responsabilidade civil do Estado.... com assento na teoria do risco administrativo (que admite excludentes: a culpa da vítima ou a força maior), e não a do risco integral (que inadmite excludentes)." ("A mora de sociedade de economia mista acionada por prestadora de serviços com acordo a ser firmado em juízo, com garantia de adimplência ofertada por sua acionista controladora, a Prefeitura Municipal de Paulínia — parecer — Revista, pp. 73/87)" (p. 459/60).

Câmara dos Deputados
Fl. 7270
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

acionista, através da União, da referida estatal), é suficiente para conformar a aplicação do dispositivo infraconstitucional de crime contra a probidade da administração, estatuído no artigo 9° inciso 3 da Lei 1079/50 (Lei 10.028/00).

Mesmo que não houvesse o dispositivo infraconstitucional –que diz menos que a própria lei suprema— seria a Lei Maior auto-aplicável e os crimes contra a probidade de administração, CULPOSOS OU DOLOSOS, praticados por quem está no comando da Nação, poderiam dar causa à abertura de eventual processo - que, reitero, é mais político que jurídico - do "impeachment" [35].

---

[35] *A Suprema Corte, todavia, no caso do "impeachment" do Presidente Collor, em mandado de segurança, afastou a tese de Paulo Brossard que a matéria não deveria ser examinada pela Suprema Corte por ser política:*
"Importante ressaltar que, no referido mandado de segurança, restou superada tese, sustentada pelo Ministro Paulo Brossard, no sentido da não-cognoscibilidade do mandado de segurança em razão do caráter eminentemente político da controvérsia" (Curso

Câmara dos Deputados
Fl. 7271
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Passo, agora, a examinar fatos concretos.

Os fantásticos desvios de recursos da Petrobrás, em atos fraudulentos, que atingem, no mínimo, 10 bilhões de reais - um banco americano (Morgan) entendendo estar em 21 bilhões -, reconhecidos pela Presidência da República, confessados pela diretoria da Petrobrás e por pessoas que atuaram como intermediários nos desvios e que levaram à prisão para investigação e preventiva considerável número de pessoas vinculadas ao Estado, à estatal e ao segmento privado, formatam realidade já provada. Apenas não se sabe o nível de comprometimento de cada um dos acusados, conhecendo-se, entretanto, o comprometimento de alguns que se beneficiaram da delação premiada.

---

de Direito Constitucional, Gilmar Mendes e Paulo Gonet, Ed. Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público, São Paulo, p. 880).

Câmara dos Deputados
Fl. 7272
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Tudo ocorreu, nestes ciclópicos valores, na gestão do Presidente Lula e da Presidente Dilma, por 8 anos (!!!), sendo que, na gestão do Presidente Lula, a ora Presidente da República era a presidente do Conselho de Administração que, por força da lei das sociedades anônimas, tem responsabilidade direta pelos prejuízos gerados à estatal durante sua gestão[36].

---

[36] *Os artigos 138 , 139 e 142 da Leis das S/As estão assim redigidos:*

"Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria.

§ 1° O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores.

§ 2° As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.

Art. 139. As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto.

....

Câmara dos Deputados
Fl. 1273
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Art. 142. Compete ao conselho de administração:

I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;

II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;

III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos; (grifos meus)

IV - convocar a assembléia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;

V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;

VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;

VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;

VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros;(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver",

Câmara dos Deputados
Fl. 1274
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Foi a própria presidente quem reconheceu que, num negócio que envolvia quase 2 bilhões de dólares (!!!), se tivesse sido alertada sobre as cláusulas que assinou, não teria concordado com o negócio. Ora, esta grave omissão, em que não procurou aprofundar-se nas condições de celebração de negócio bilionário,

---

tendo Gil da Costa Carvalho sobre o artigo 142 escrito:

"2- Cabe ao Conselho fixar a orientação geral dos negócios da companhia. Com observância do contido no estatuto, o Conselho traçará normas de ordem geral. Estabelecerá quais as atividades que devem ser incrementadas e aquelas que devem ser reduzidas ou extintas. Estabelecerá critérios a serem observados nas diversas operações. Traçará uma política salarial para os empregados. Decidirá pela ampliação ou redução de negócios, aberturas de filiais ou sucursais, ou pela política da contratação de representantes comerciais em diversas praças etc.

As normas traçadas têm que ser obedecidas pela diretoria, pois os diretores se encontram sob o comando e vigilância do Conselho" (Comentários à Lei das Sociedades por Ações, coordenadores Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra Martins, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1999, p. 459) (grifos meus).

Câmara dos Deputados
Fl. 7275
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Perú) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

demonstra, pelo menos, a ocorrência de culpa gestora, quando não negligência administrativa e imperícia, pois não se tratava, repito, de um negócio sem expressão, mas de um negócio relevante, de quase dois bilhões de dólares!!!

Parece-me, pois, que, em tese, o crime de responsabilidade culposa contra a probidade está caracterizado, pois quem tem a responsabilidade legal e estatutária de administrar, deixou de fazê-lo.

A questão que se coloca é saber se os atos de gestão da empresa praticados pela atual presidente durante o Governo Lula, poderiam contaminar os atos de seu novo mandato.

Parece-me que duas linhas de raciocínio devem ser desenvolvidas.

A primeira delas é que, a manutenção da presidente Graça Foster - que fora alertada, segundo a imprensa,

Câmara dos Deputados
Fl. 7276
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

dos potenciais desvios sem ter feito nada para impedi-los – no cargo de presidente da Petrobrás, embora a notícia dos desvios tenha vindo a público antes de sua posse, torna a presidente da República a incursa no inciso III, do artigo 9°, da Lei 1079/50, pois não partiu para a responsabilização de quem conviveu com os autores dos desvios, durante a gestão comum, no último mandato do presidente Lula e no seu 1° mandato [37].

---

[37] *Wallace Paiva Martins Junior elenca controvérsia sobre a caracterização de atos de improbidade, mas expõe opinião, lastreado na inteligência do STJ, de que não consagrou o STF imunização de atos de improbidade administrativa para agentes com foro privilegiado:*
"Mercê de o Supremo Tribunal Federal ter assentado que "os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n. 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo [...] o sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4° (regulado pela Lei n. 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950)", julgou que "a lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4° da Constituição, que traduz uma

Câmara dos Deputados
Fl. 7277
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Parece-me, pois, que não se trata, no que diz respeito ao novo mandato, em que se mantém a mesma direção continuada da instituição do 1º mandato, se não de um mandato continuado, o que levaria a possibilidade de considerar crime continuado contra a probidade da administração, por falta das medidas necessárias de

---

concretização do principio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. As condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade". E vem prestigiando essa última orientação"' porque a tese contrária não tem efeito vinculante e a condição de agentes políticos não os exonera do dever de probidade nem os exclui da esfera da plena incidência normativa da Lei n. 8.429/92120, assinalando que o debate sobre a inaplicabilidade dessa lei aos agentes políticos é matéria infraconstitucional e constitui ofensa indireta à Constituição. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que "excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza" ("Tratado de Direito Administrativo", volume 2, coordenação Adilson Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, São Paulo, 2013, p. 151/2).

Câmara dos Deputados
7278
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Roménia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

afastamento imediato de quem dirigiu a estatal em setores estratégicos e agora na presidência da empresa, durante o período de assalto a estatal (Presidente Lula e Presidente Dilma).

Para mim, pelo menos, está caracterizado crime culposo por atos omissivos e comissivos contra a administração (negligência, imperícia e omissão), todos previstos na lei de improbidade contra a administração. Há, na verdade, um crime continuado da mesma gestora da coisa pública, quer como presidente do conselho da Petrobrás, representando a União, principal acionista da maior sociedade de economia mista do Brasil, quer como presidente da República, ao quedar-se inerte e manter os mesmos administradores da empresa. Na minha particular visão, o § 4º do artigo 37, é, no caso, plenamente aplicável:

> *"§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade*

Câmara dos Deputados
Fl. 7279
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível" [38].

Ocorre que, se vier a ser comprovado –o que eu só formulo como hipótese, visto que não se tem ainda conhecimento da totalidade dos fatos— que o dinheiro

---

[38] *José Afonso da Silva escreve:*
"ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISIRATIVA. A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever do funcionário de "servir à Administração com honestidade, procedendo no exercido das suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer". Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao Erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. O texto constitucional vincula, notoriamente, os atos de improbidade administrativa ao dano ao Erário Público, tanto que uma das sanções impostas consiste no ressarcimento ao Erário, porque é essa sanção que reprime o desrespeito ao dever de honestidade que é da essência do conceito da probidade administrativa. O grave desvio de conduta do agente público é que dá à improbidade administrativa uma qualificação especial, que ultrapassa a simples imoralidade por desvio de finalidade" (Comentário contextual à Constituição, 7ª. Ed., Malheiros Editores, 2009, São Paulo, p. 353).

Câmara dos Deputados
Fl. 7230
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

desviado foi para alimentar as candidaturas de seu partido e aquelas de seus aliados, inclusive a própria, para a Presidência da República, dinheiro este que teria, em tese, propiciado a sua eleição e a dos demais parlamentares, então a própria eleição estará contaminada "ab initio", justificando a conclusão de que atos contra a probidade de administração (dolosos) teriam permitido a vitória sobre seus adversários, tornando ilícito o pleito.

É evidente que esta é apenas uma hipótese de trabalho, para resposta à única questão proposta para o presente parecer, visto que esta parte está sujeita a prova posterior [39].

---

[39] *Em livro que prefaciei de Mauro Roberto Gomes de Mattos critica ele a excessiva abertura do artigo 11 da Lei 8429/92, ao dizer:*
"Isto porque uma lei tão severa como a de improbidade administrativa, capaz de suspender direitos políticos, determinar a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4°, da CF), traga em seu contexto que o descumprimento,por qualquer ação ou omissão,

Câmara dos Deputados
Fl. 7231
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Em síntese, todavia, entendo que, se a existência de crime doloso contra a administração depende de prova a ser feita até o fim do processo de investigação e das denúncias já realizadas, os crimes culposos de imperícia, omissão e negligência, estão perfeitamente caracterizados nos anos em que atuou como presidente do Conselho de Administração e Presidente da República, permitindo o maior desvio de dinheiro público da sociedade já ocorrido na história do Brasil, só descoberto POR FORÇA, EXCLUSIVAMENTE, DA INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DA POLÍCIA FEDERAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em suas investigações.

---

dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, bem como as hipóteses exemplificadas nos incs. I ao VII do art. 11, caracterizam a improbidade.
Há que se ter temperamentos ao interpretar a presente norma, pois o seu caráter é muito aberto, devendo, por esta razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se configura como devassidão ou ato ímprobo, não seja enquadrado na presente lei, com severas punições" ("O limite da improbidade administrativa – O direito dos administrados dentro da Lei nº 8429/92", 2ª. Ed., Ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2005, p. 382).

Câmara dos Deputados
Fl. 7282
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Respondo, pois, ao eminente colega, a única questão formulada, entendendo que, apesar de ser um processo a ser analisado, mais política que juridicamente pelo Congresso Nacional, há elementos jurídicos para que seja proposto e admitido o "impeachment" da atual presidente da República, Dilma Rousseff perante a Câmara dos Deputados e Senado Federal, pelos fundamentos expostos no presente parecer.

E considero que o artigo 11 da Lei 8429/92, pela monumentalidade dos desvios de dinheiro público por anos, é mais do que suficiente para fundamentá-lo, independentemente dos que entendam que sua extensão é excessiva [40].

---

[40] *Os que alegam excessiva abrangência, não encontram respaldo no STF que só examinou a lei, à luz de sua inconstitucionalidade formal, afastando-a:*
"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

Câmara dos Deputados
Fl. 7283
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Concluo, pois, considerando que o assalto aos recursos da Petrobrás, perpetrado durante oito anos, de bilhões de reais, sem que a Presidente do Conselho e depois Presidente da República o detectasse, constitui omissão, negligência e imperícia, conformando a figura

---

INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma.
2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão. 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.
(ADI 2182, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10709-2010 EMENT VOL-02414-01 PP-00129 RTJ VOL-00218-PP-00060)" (site do STF).

Câmara dos Deputados
Fl. 7284
Comissões Especiais

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

da improbidade administrativa, a ensejar a abertura de um processo de "impeachment".

S.M.J.

São Paulo, 26 de Janeiro de 2015.

IGSM/mos
P2015-001 impeachment presidencial – JOSE DE OLIVEIRA COSTA



Parecer

Juarez Tavares e Geraldo Prado

Câmara dos Deputados
Fl. 7296
Comissões Especiais

Prof. Dr. Juarez Tavares
Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Professor Visitante na Universidade de Frankfurt am Main

Prof. Dr. Geraldo Prado
Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

PARECER*

I. CONSULTA

1. Consulta-nos o culto advogado FLÁVIO CROCCE CAETANO acerca dos requisitos jurídicos para a cominação da infração político-administrativa de *impeachment* ao Presidente da República e, ainda, quanto aos termos do devido processo legal inerente ao mencionado juízo político, em especial no que concerne ao papel desempenhado pelo Presidente da Câmara dos Deputados no juízo prévio de admissibilidade do pleito. Na esteira dos temas referidos o consulente postula manifestação sobre se é cabível recurso ao Plenário da Casa Legislativa no caso de despacho de não recebimento da denúncia de infração político-administrativa e salienta que o fato em tese imputado ao Presidente da República refere-se a conduta supostamente praticada no curso de mandato findo.

2. De forma objetiva, o consulente formula as seguintes indagações:

Primeiro quesito: no plano do direito material, quais são os requisitos jurídicos para a cominação de infração político-administrativa de *impeachment* ao Presidente da República?

* Parecer *pro bono*, em face da relevância do tema e de sua repercussão no direito brasileiro.

Câmara dos Deputados
Fl. 7286
Comissões Especiais
Fl. 4

Segundo quesito: aplicam-se ao processo de *impeachment* as garantias do processo penal?

Terceiro quesito: em que base e com fundamento em quais critérios cabe ao Presidente da Câmara dos Deputados o exercício do exame prévio de admissibilidade da denúncia de infração político-administrativa?

Quarto quesito: na hipótese de despacho do Presidente da Câmara dos Deputados não recebendo, dentro do exercício do exame prévio de admissibilidade, a denúncia de infração político-administrativa, é cabível recurso ao Plenário da Casa?

3. A consulta atenta para a circunstância de que o juízo de tipicidade a ser realizado neste estudo não depende da avaliação de prova que instrua a acusação, mas, ao contrário, decorre da sucinta narrativa fática mencionada.

4. O estudo será iniciado pela análise da questão concernente aos critérios de delimitação do denominado "juízo político". A opção metodológica de inaugurar o parecer enfrentando temas relacionados ao fundamento e estrutura do processo de *impeachment* se justifica em virtude: i) do reconhecimento do caráter excepcional do "juízo político", no âmbito das democracias contemporâneas; ii) da percepção anotada na esfera da ciência política de que, na América Latina, os processos de transição para a democracia têm levado à substituição da opção antidemocrática de ruptura da normalidade institucional por meio de intervenção das Forças Armadas pelo emprego, igualmente antidemocrático, de processos jurídico-políticos de impedimento de

Câmara dos Deputados
Fl. 7287
Comissões Especiais

mandatários legitimamente eleitos, com o propósito ou efeito de suplantar a vontade majoritária consagrada em eleições periódicas; iii) da constatação de que as garantias constitucionais e convencionais e o princípio democrático, dirigidos à domesticação do "poder de fato", no âmbito do Estado de Direito, tendem a ser contornados pela adoção de procedimentos *ad-hoc* orientados ao enfraquecimento das condições jurídico-políticas de resistência aos abusos de poder no campo do "juízo político".

A perspectiva teórica proporcionada pela Ciência Política, relativamente ao fenômeno da resistência à implantação concreta da democracia em nosso subcontinente, demanda a formulação de aproximações conceituais na interface direito-política, que analiticamente são prejudiciais à questão de fundo proposta pela consulta. No caso, os critérios da dogmática jurídica têm a sua densidade definida a partir de parâmetros que interpelam as categorias políticas "democracia" e "estado de direito" em um preciso contexto histórico – o atual, de superação das ditaduras que dominaram o cenário entre os anos 60 e 80 do século passado – e assim, lógica e metodologicamente, impõe-se a compreensão do contexto para a adequada análise do "texto".

5. O parecer será dividido em duas partes: (a) a caracterização do processo de *impeachment* como concretização de um "juízo político"; e (b) os aspectos jurídicos atinentes ao denominado "crime de responsabilidade" do Presidente da República. O tópico (b) abrange a análise da primeira indagação formulada pelo advogado consulente, com seus inevitáveis desdobramentos. O tópico (a) abrange a análise das demais indagações formuladas pelo advogado consulente.

Prof. Dr. Juarez Tavares
Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Professor Visitante na Universidade de Frankfurt am Main

Prof. Dr. Geraldo Prado
Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Câmara dos Deputados
7287-A
Comissões Especiais

PARTE I – O PROCESSO DE *IMPEACHMENT* NO ESTADO DE DIREITO: ENCONTROS E DESENCONTROS ENTRE O JURÍDICO E O POLÍTICO

I.A. O "JUÍZO POLÍTICO" NA AMÉRICA LATINA APÓS O CICLO DAS DITADURAS MILITARES: RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES E/OU NOVA FACETA DA RUPTURA DA INSTITUCIONALIDADE DEMOCRÁTICA

6. No dia 29 de junho de 2012 foi editada deliberação no sentido da suspensão da República do Paraguai do âmbito dos órgãos que compõem o Mercosul.[1] Argentina, Brasil e Uruguai entenderam que o sumário processo de *impeachment* a que fora submetido o presidente Fernando Lugo, nos dias 21 e 22 de junho daquele ano, no Congresso paraguaio, e que terminou com a destituição do presidente Lugo, havia rompido com a ordem democrática ao negar vigência às instituições democráticas do país vizinho.

7. Com efeito, a destituição do presidente Fernando Lugo representou talvez o ápice de um fenômeno observado por numerosos cientistas sociais no que toca à mudança de paradigma na resolução de crises políticas na América Latina. Enquanto até os anos 80 do século XX a instabilidade dos governos tendia a contaminar os próprios regimes políticos, levando quase sempre à queda de governos e ruptura da institucionalidade política, com frequência também marcada pela intervenção das Forças Armadas, como sucedeu no Brasil em

[1] Disponível em http://constitucionweb.blogspot.com.br/2012/06/decision-del-mercosur-sobre-la.html consultado em 15 de outubro de 2015.

Câmara dos Deputados
Fl. 7288
Comissões Especiais

1964, os anos 90 testemunharam o início do que veio a ser conhecido como um novo padrão de instabilidade política, caracterizado pelo emprego reiterado de "processos políticos" ("juízos políticos") como método de destituição dos governantes, em um esquema com graves implicações decorrentes "dos tipos de risco que o uso incorreto de mecanismos constitucionais representa para a democracia".[2]

8. Sublinha LÓPEZ CARIBONI, ao refletir sobre as categorias operacionais empregadas pelo cientista político ANÍBAL S. PÉREZ-LIÑAN, como é o caso da denominada "instabilidade presidencial", que desde os anos 90, na América Latina, o *impeachment* presidencial emergiu "como instrumento mais poderoso para substituir presidentes indesejáveis sem destruir a ordem constitucional".[3]

9. De fato coube a PÉREZ-LIÑAN a direção de algumas das principais investigações teóricas sobre o fenômeno que definiu como "emergência de democracias estáveis com governos instáveis" em nossa região. A necessidade de problematizar os casos de *impeachment* resulta evidente, ressalta o Professor da Universidade de Pittsburgh, quando observa que no período de duas décadas (1985-2005) treze presidentes eleitos "foram removidos dos seus cargos ou forçados a renunciar".[4] Na tipologia proposta por PÉREZ-

[2] RODRIGO, Cintia. El *impeachment* em la America Latina: um desafio abierto al analisis político. Disponível em http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0013_p-d-constitucional.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2015, p. 100.

[3] LÓPEZ CARIBONI, Santiago. Resenha de "Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America", de Aníbal Pérez Liñán. Disponível em http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic925740.files/Week%206/Perez-Linan_Presidential.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2015, p. 236.

[4] PÉREZ LIÑÁN, Aníbal. Instituciones, coaliciones callejeras e inestabilidad política: perspectivas teóricas sobre las crisis presidenciales. América Latina Hoy, núm. 49, agosto, 2008, pp. 105-126. Universidad de

Câmara dos Deputados
Fl. 7288 - A
Comissões Especiais

LIÑAN, o "juízo político" a rigor deveria se apresentar como método intermediário entre a "renúncia" e o "golpe legislativo", os três tomados como espécies do gênero "presidências interrompidas".

10. Na literatura clássica sobre presidencialismo, releva notar, a menção ao *impeachment* como recurso constitucional até então fora marcada pela desconfiança quanto a sua utilidade.[5] Concebido em sua feição moderna no contexto do equilíbrio de poderes idealizado no direito norte-americano, como aperfeiçoamento de antigas práticas políticas inglesas, como destacou ALEXANDER HAMILTON na obra clássica "O Federalista"[6], nos Estados Unidos da América, relativamente a presidentes da república, o processo de *impeachment* foi acionado apenas quatro vezes em mais de duzentos anos.[7] MARIO D. SERRAFERO adverte que muito por conta disso a literatura especializada tendia a qualificar o *impeachment* como "peça de museu", válvula de escape que, nos sistemas rígidos de modelo presidencialista, por razões de

---

Salamanca Salamanca, España. Disponível em http://www.redalyc.org/pdf/308/30804906.pdf. Acesso em 14 de outubro de 2015, p. 106.

[5] LÓPEZ CARIBONI, Santiago. Resenha de "Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America", de Aníbal Pérez Liñán. Disponível em http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic925740.files/Week%206/Perez-Linan_Presidential.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2015, p. 235.

[6] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista: pensamento político. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2ª edição. Capítulos nº 65 e 66. Campinas: Russel, 2005. p. 401-405 e 407-411. Os autores remetem as origens do instituto ao processo de destituição do Rei Carlos I, da Inglaterra, em 1648, muito embora haja registro de sua aplicação nos séculos XIII e XIV, na Inglaterra, com base em antigas práticas normandas relativamente à remoção de funcionários públicos pelo Rei com o consentimento do Parlamento. CONSTENLA ARGUEDAS, Adolfo Felipe. El "juicio político" o "impeachment" en el derecho constitucional comparado latinoamericano. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31083.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2015, p. 222.

[7] BALBUENA PÉREZ, David-Eleuterio. Derecho político iberoamericano: El juicio político en la constitución paraguaya y la destitución del presidente Fernando Lugo. Disponível em http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/download/12777/11906. Acesso em 15 de outubro de 2015. Acesso em 15 de outubro de 2015, p. 366. Sugestivo que Andrew Johnson, vice-presidente de Abraham Lincoln, haja sofrido dois processos de *impeachment* (1867) e depois dele foram processados os presidentes norte-americanos Richard Nixon, que renunciou, e Bill Clinton, que foi absolvido haja vista o empate técnico na votação do Senado. Balbuena Pérez também frisa que desde 1804 cinco juízes foram condenados e removidos em processo de *impeachment* nos Estados Unidos da América.

Câmara dos Deputados
Fl. 1289
Comissões Especiais

fundamento e estrutura, não poderia equivaler ao "voto de desconfiança" típico do regime parlamentarista.[8]

11. Forçoso reconhecer que na América Latina pós-colonial um mecanismo de controle político-institucional dessa natureza produziu pouco impacto durante o tempo de dominação ideológica da cultura autoritária.[9] Com efeito, ao longo dos séculos XIX e XX desenvolve-se em nosso subcontinente a noção de que cabia ao Estado absorver a sociedade civil e seus conflitos, que seriam resolvidos não com base em uma cultura de persuasão e na procura dialógica do consenso, mas, em sua versão mais radicalizada das últimas ditaduras, a partir da ideia fundamental "que entendia a política como continuação da guerra".[10] A exposição de pontos de vista divergentes da "moral dominante", imposta de modo hierárquico, hipoteticamente autorizava o trato dos opositores em forma de "cruzada", com a sua definição como "inimigos" que haveriam de ser "combatidos" e para isso, no lugar de o Exército estar subordinado ao poder civil, era o poder civil que se submetia à força das armas.[11] MIGUEL ROJAS MIX salienta que a versão extrema de entidade política produzida neste ambiente consistiu no "Estado ditatorial", por meio da conversão da "ditadura militar" em uma concepção de Estado.[12]

---

[8] SERRAFERO, Mario D. Después del caso Collor. Disponível em http://www.ancmyp.org.ar/user/files/Serrafero13.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2015, p. 306.

[9] CRUZ, Gisele dos Reis; JESUS FILHO, Jeronimo Marques de. Fascismos, modernidade e "pós-modernidade". A tentação conservadora. In: CRUZ, Natalia dos Reis (org.). *Ideias e práticas fascistas no Brasil.* Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 29. "Na Europa e no Brasil de 'modernidade tardia', o fascismo foi uma reação à crise do modelo liberal. (...) O fascismo, tanto aqui quanto na Europa, nunca foi antimoderno, mas antissocialista e antiliberal, notórias criações da modernidade no século anterior.
O pensamento autoritário que subjaz ao fascismo também faz parte da história do liberalismo e do socialismo."

[10] MIX, Miguel Rojas. La dictadura militar en Chile e América Latina. In: WASSERMAN, Claudia; GUAZZELLI, Cesar Augusto Barcellos (org.). *Ditaduras militares na América Latina*. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 14.

[11] SCHWARTZMAN, Simon. As bases do autoritarismo brasileiro. Capítulo 5: Do império à república: centralização, desequilíbrios regionais e descentralização. Rio de Janeiro: Publit, 2007. p. 171/212.

[12] MIX, Miguel Rojas. La dictadura militar en Chile e América Latina, obra citada, p. 12-13.

Prof. Dr. Juarez Tavares
Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Professor Visitante na Universidade de Frankfurt am Main

Prof. Dr. Geraldo Prado
Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Câmara dos Deputados
Fl. 7289-A
Comissões Especiais

12. Os ventos democráticos que varreram as ditaduras militares do continente trouxeram consigo a necessidade de novos arranjos institucionais no campo político e no bojo disso, tendo figurado o sistema presidencialista como o de preferência, também impuseram regimes constitucionais de definição da responsabilidade política dos personagens atuantes na esfera pública.[13] Vale sublinhar, todavia, que "nos sistemas democráticos a responsabilidade política em estado puro por funções de governo conta com um mecanismo democrático automático, que se traduz no resultado das eleições que reflete nas urnas".[14] Assim, afirma BALBUENA PÉREZ, "a *má gestão* dos dirigentes políticos tem uma clara consequência que se concretiza no custo eleitoral de suas decisões e gestões no exercício da função governativa".[15]

13. É estranho ao parecer destacar a diferenciação entre os sistemas de responsabilidade política onde há dualidade de comando político – com a distinção entre Chefe de Estado e de Governo, como é o caso do modelo parlamentarista – e onde esta dualidade é inexistente porque um único agente político exerce ambas as funções (modelo presidencialista). A moção de censura e o voto de confiança pertinentes ao sistema parlamentar podem justificar-se em eventual má gestão, com a dissolução do gabinete e convocação de novas eleições, observada a salvaguarda da estabilidade governamental.[16] Não há, todavia, paralelo no sistema presidencialista. A responsabilidade política neste caso não está atrelada a juízos de oportunidade – como é o caso da afirmação de

[13] Sobre a tipologia dos sistemas de responsabilidade do Chefe do Executivo: ZULETA, Gonzalo Torres. Juzgamiento del Presidente de la República por responsabilidad punitiva y política. Bogotá: Temis, 2009. p. 1-14.
[14] BALBUENA PÉREZ, David-Eleuterio. Derecho político iberoamericano: El juicio político en la constitución paraguaya y la destitución del presidente Fernando Lugo, obra citada, p. 359 (tradução livre).
[15] *Idem* (itálico do próprio autor).
[16] *Ib idem*, p. 360.

Câmara dos Deputados
Fl. 7290
Comissões Especiais

uma "má gestão" -, que estão estritamente na órbita do eleitorado, em nome do qual institui-se a representação.

14. A responsabilidade política do Chefe de Estado, no sistema presidencialista, equipara-se à dos magistrados do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, e o âmbito normativo que simultaneamente define o seu conteúdo e marca o grau de estabilidade difere neste aspecto apenas quanto ao período de duração da referida estabilidade. Enquanto os magistrados da mais alta corte são vitalícios – a estabilidade dura, portanto, o tempo do exercício da função até a aposentadoria, morte ou o voluntário cessar do exercício dessa função – a do Chefe de Estado está limitada pelo tempo do mandato. Em ambos os casos a rigorosa fronteira dessa responsabilidade, no Brasil, está definida pela categoria dos "crimes de responsabilidade".[17]

15. Releva notar, portanto, para ficar no campo do repertório da ciência política, que no sistema presidencialista os fatos de instabilidade governamental ("instabilidade presidencial") somente poderão dar azo ao término antecipado do mandato por motivos alheios à vontade do governante – para empregar a expressão consagrada por PÉREZ-LIÑAN[18] - em hipóteses taxativas, definidas na Constituição, de violação de normas que caracterizam crime de

[17] Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;
II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

[18] PÉREZ LIÑÁN, Aníbal. Instituciones, coaliciones callejeras e inestabilidad política, obra citada, p. 107.

Câmara dos Deputados
Fl. 7290-A
Comissões Especiais

responsabilidade.[19] Em situação análoga, para ilustrar, eventual magistrado do Supremo Tribunal Federal não poderá ser afastado do exercício das funções porque sistematicamente decide em sentido contrário às posições jurídicas defendidas pelos demais membros da corte. Por este ângulo, o caráter de taxatividade do "crime de responsabilidade" é simétrico ao dos delitos comuns, uma vez que cumpre a função de garantia consistente em separar os atos atentatórios à probidade administrativa, característicos do "crime de responsabilidade", por exemplo, daqueles que sob determinada ótica implicam "má gestão" ou escolhas políticas em torno das quais não haja consenso na sociedade (juízo de conveniência do governante).

16. O que, no entanto, acende o "sinal de alerta" dos cientistas políticos, relativamente ao recurso reiterado ao processo de *impeachment*, nesta terceira onda democrática, na América Latina[20], em contextos muito distintos quer do ponto de vista econômico, quer relativamente ao ambiente institucional,[21] é a possibilidade concreta de que por meio de "juízos políticos"

[19] "Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
I - a existência da União;
II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
IV - a segurança interna do País;
V - a probidade na administração;
VI - a lei orçamentária;
VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.
Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento."

[20] LÓPEZ CARIBONI, Santiago. Resenha de "Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America", de Aníbal Pérez-Liñan, obra citada, p. 236.

[21] PÉREZ LIÑÁN, Aníbal. Instituciones, coaliciones callejeras e inestabilidad política, obra citada, p. 106. O autor interroga sobre se o recurso enfático ou reiterado ao processo de *impeachment* deve ser entendido como signo de democracias enfermas ou, ao contrário, democracias em renovação. Não há, evidentemente, uma única resposta justo porque os contextos variam, o que obriga ao exame de cada caso. É o que se pretende no âmbito deste parecer.

Câmara dos Deputados
Fl. 7291
Comissões Especiais

estejam sendo intentados "golpes de estado encobertos", para adotar a denominação usada por RAFAEL MARTINEZ.[22]

17. Isto não seria algo inédito na história das lutas políticas, como confirma a abordagem de OTTO KIRCHHEIMER, da Escola de Frankfurt, no clássico "Justiça Política".[23] Menos ainda pode ser ignorado, pelo ângulo da genealogia dos sistemas penais, o recurso ao sistema de justiça para fins políticos.[24] A perspectiva analítica que se apoia no diálogo entre poder e direito – e repercute na configuração de critérios de interpretação jurídica de categorias cuja origem deve ser rastreada no campo político – tem longa tradição nas ciências penais dada a própria história da modernidade ocidental: de Hobbes a Feuerbach, o relato da edificação do estado de direito transita pelas vias da domesticação do poder penal dadas as implicações políticas dos processos de punição.[25]

18. O encontro entre direito e política, portanto, goza de uma espécie de ancestralidade ora litigiosa, ora concordante, quando se toma como referência a tradição ocidental em cujo contexto o Brasil está inserido. DANIEL WANG destaca o acento contemporâneo deste tipo de relação – direito e política - à luz

[22] MARTINEZ, Rafael. El juicio político em América Latina: um golpe de estado encubierto. Disponível em http://www.condistintosacentos.com/el-juicio-politico-en-america-latina-un-golpe-de-estado-encubierto/. Acesso em 14 de outubro de 2015.
[23] KIRCHHEIMER, Otto. Justicia política: empleo del procedimiento legal para fines políticos. Traducción al español por R. Quijano. Granada: Comares, 2001.
[24] MILANI, Giuliano. Crímenes y procesos políticos en las comunas italianas. In: MADERO, Marta; CONTE, Emanuele (ed.). *Procesos, inquisiciones, pruebas:* homenaje a Mario Sbriccoli. Buenos Aires: Manatial, 2009.
[25] No sentido do texto e abordando os diversos estágios do processo de interferência dos dispositivos de incriminação no campo da política: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Pena y estructura social. Bogotá: Temis, 1984; WACQUANT, Loïc J. D. Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal / Vera Malaguti Batista (Org.). Sérgio Lamarão (trad.). Rio de Janeiro: Revan, 2012; ANITUA, Gabriel Ignacio. Thomas Hobbes. Amigo o enemigo? In: *Castigo, cárceles y controles.* Buenos Aires: Didot, 2011. p. 13-27; ANITUA, Gabriel Ignacio. Thomas Hobbes. El castigo en el pensamiento ilustrado. In: *Castigo, cárceles y controles.* Buenos Aires: Didot, 2011. p. 39-57.

Prof. Dr. Juarez Tavares
Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Professor Visitante na Universidade de Frankfurt am Main

Prof. Dr. Geraldo Prado
Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Câmara dos Deputados
Fl. 729
Comissões Especiais

dos princípios democráticos que se originam no mesmo marco e também da especial condição do direito de estabelecer as "regras do jogo" e o território das disputas políticas – as instituições democráticas. Sublinha DANIEL WANG: "O estudo da relação entre Direito e Política é normalmente focado nas instituições. O Direito estabelece as regras do jogo e os atores políticos e sociais atuam de acordo com os constrangimentos e oportunidades que essas regras estabelecem para produzir as decisões políticas."[26]

19. A rigor, como será visto, o discurso do constitucionalismo de origem continental europeia – e, via de consequência o do estado de direito[27] – concebe o poder como "a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem"[28]. O poder seria, na aludida concepção de Stoppino, "uma relação entre comportamentos".[29] Nestas bases desenhou-se o modelo da separação de poderes e ao longo do tempo os juristas desenvolveram os alicerces jurídicos do estado de direito, evoluindo estágio após estágio à vista das experiências políticas dos dois últimos séculos e, em especial, depois da tragédia da Segunda Guerra Mundial.

20. Em virtude mesmo da experiência autoritária do nazifascismo, a liga atual entre separação de poderes e estado de direito é composta por

[26] WANG, Daniel Wei Liang. Desobediência civil em um estado democrático de direito. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). *Constituição e política na democracia:* aproximações entre direitos e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 239.
[27] Em alentado estudo Danilo Zolo analisa as distintas experiências continental europeia e anglo-americana, que produziram instituições também diferentes, embora com pontos de contato: o "estado de direito" e o *rule of law*. ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito:* história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94; COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito:* história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198.
[28] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Vol. 2. 13ª ed. Brasília: Unb, 2010, p. 933.
[29] *Idem*, p. 934.

Câmara dos Deputados
7192
Comissões Especiais

elementos distintos daqueles da sua origem. Nos dias atuais há na fronteira difusa que discursivamente separa "poder" e "direito" pontos comuns que resultaram da mencionada evolução e que estão orientados ao propósito de conter o uso abusivo do poder. Isso enseja a configuração de esferas jurídico-políticas do "decidível" e "indecidível", nas palavras de LUIGI FERRAJOLI. Tal seja, há no marco do exercício do poder limites intransponíveis, que definem as modernas democracias para além do "meramente formal". Nas palavras de FERRAJOLI:

21. "**3.5. Separação de poderes e garantismo**

Outra importante ordem de questões afrontada em nosso debate, sobretudo, por Perfecto Andrés Ibáñez e por Michelangelo Bovero, foi a da *separação de poderes*. As Constituições desenham juridicamente o que denomino a 'esfera do indecidível que' ou 'que não', relativa à garantia dos direitos, em oposição ao que tenho chamado de a 'esfera do decidível', relativa ao exercício dos poderes políticos. Portanto, a diferente natureza das esferas exige uma revisão da clássica separação de poderes: a separação entre *funções* e *instituições de governo* competentes para atuar na esfera política do decidível e funções e instituições de garantia encarregadas de garantir e controlar a esfera do indecidível. Como justamente fez notar Perfecto Andrés Ibáñez (p. 2), as duas esferas remetem às duas dimensões nas quais articulei a democracia constitucional: a dimensão formal, e especificamente política, das funções de governo (a que se deve acrescentar a dimensão *civil* dos poderes privados, que são também parte da dimensão formal), e a

Câmara dos Deputados
Fl. 7252-A
Comissões Especiais

dimensão substancial, divisível, por sua vez, na dimensão liberal e na social, das funções de garantia." [30]

22. A questão que os cientistas políticos colocam à validade da concepção das duas esferas distinguidas entre uma dimensão política e de governo de outra marcada pela garantia de direitos é, todavia, mais profunda e está assentada sobre o real funcionamento das sociedades políticas. A citada questão remete à partida a própria concepção de poder.[31] Com efeito, ao analisar o fenômeno da proliferação de processos de *impeachment* na América Latina, nas últimas décadas, CINTIA RODRIGO aponta para a necessidade, detectada por PÉREZ-LIÑAN, de aprofundar os esquemas teóricos de investigação das causas de instabilidade política e incluir outros sujeitos e fatores na configuração das causas de adoção deste novo padrão (de instabilidade política). Sublinha a analista que a questão da deflagração de "juízos políticos" na prática não está mais centrada somente no enfrentamento entre Executivo e Legislativo, que seguem, todavia, com o protagonismo, mas implica diversas "terceiras partes", como os meios de comunicação e a opinião pública.[32]

---

[30] "**3.5. Separación de poderes y garantismo:** El otro importante orden de cuestiones afrontado en nuestro debate, sobre todo, por Perfecto Andrés Ibáñez y por Michelangelo Bovero, ha sido el de la *separación de poderes*. Las Constituciones diseñan jurídicamente lo que he denominado la 'esfera de lo indecidible que' o 'que no', relativa a la garantía de los derechos, en oposición a lo que he llamado la 'esfera de lo decidible', relativa al ejercicio de los poderes políticos. Por lo tanto, la diferente naturaleza de las dos esferas exige una revisión de la clásica separación de poderes: la separación entre *funciones* e *instituciones de gobierno* competentes para actuar en la esfera política de lo decidible, y funciones e instituciones de garantía encargadas de garantizar y controlar la esfera de lo indecidible. Como justamente ha hecho notar Perfecto Andrés Ibáñez (p. 2), las dos esferas remiten a las dos dimensiones en las que he articulado la democracia constitucional: la dimensión formal, y específicamente política, de las funciones de gobierno (a la que debe añadirse la dimensión *civil* de los poderes privados, que son también parte de la dimensión formal), y la dimensión sustancial, divisible, a su vez, en la dimensión liberal y la social, de las funciones de garantía." FERRAJOLI, Luigi *et al.* Derecho y democracia constitucional: una discusión sobre principia iuris de Luigi Ferrajoli. Lima: Ara, 2011. p. 410 (tradução livre).

[31] Como será visto, isso não passou despercebido ao Professor italiano, que abordará o tema sob o enfoque dos "poderes privados". O problema se coloca quando a distinção entre "privado" e "público" desvanece e as esferas se misturam e produzem práticas abusivas, tal seja, comportamentos de exercício de poder que não encontram limite na legalidade constitucional.

[32] RODRIGO, Cintia. El *impeachment* em la America Latina, obra citada, p. 99. Dayse Mayer atenta para o fato de que, "se é verdade que Direito e Ciência Política se ocupam do fato social", também é certo que a ciência

Prof. Dr. Juarez Tavares
Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Professor Visitante na Universidade de Frankfurt am Main

Prof. Dr. Geraldo Prado
Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Câmara dos Deputados
Fl. 7293
Comissões Especiais

23. Por este ângulo, o exercício de poder situado em esferas não estatais tende a pressionar as instituições a atuar em busca da "flexibilização do presidencialismo", por meio da "flexibilização dos mecanismos de juízo político" e também por "declarações de incapacidade", "renúncias antecipadas" e "eleições prematuras".[33] Os mandatos constitucionais ficam sob pressão como também ficam as instituições políticas e jurídicas, confrontadas por poderes privados convertidos em novo "poder moderador",[34] poderes que não se desejam subordinados à Constituição e a tratados internacionais de respeito à democracia e aos direitos humanos. PÉREZ-LIÑAN ressalta que elites desalojadas do poder pelo voto da maioria reagem nessa direção e embora não seja possível descartar outras variáveis no processo causal de "expansão" do emprego do *impeachment*, não há dúvida acerca do importante papel cumprido pelos meios de comunicação.[35]

24. O cenário torna-se mais claro quando se recorre a uma noção de poder expansiva em relação àquela mencionada por STOPPINO, que ainda tende a ser a ideia-chave articulada no âmbito do discurso jurídico de definição do significado de "democracia" e "estado de direito". Em 1975 NIKLAS LUHMANN publica o ensaio denominado "Poder" e propõe uma formulação

---

política está "mais vocacionada para realidades factuais e comportamentais e menos para questões normativas", o que lhe permite identificar e reconhecer, por exemplo, a existência contemporânea de "poderes ocultos", entre os quais o que exercido pela comunicação social. Ressalta Dayse Mayer, a propósito: "O quinto ponto arrolado é a cumplicidade dos órgãos de comunicação na sonegação da verdade expressa em duas elocuções: 'a lógica pervertida dos *media*' e a 'história mítica da imprensa livre'. Ambos pretendem traduzir o estatuto assumido pela imprensa nos dias atuais. Tal estatuto se fortaleceu numa posição de inversão do papel que outrora ocupavam os partidos políticos e a opinião pública. Assim, o fenômeno da partidocracia aos poucos se demudou em termos de poder exercido pelos meios de comunicação de massa – *maxime* pela televisão." MAYER, Dayse de Vasconcelos. A democracia capturada: a face oculta do poder: um ensaio jurídico-político. São Paulo: Método, 2009, p. 26 e 85.

[33] PÉREZ LIÑÁN, Aníbal. Instituciones, coaliciones callejeras e inestabilidad política, obra citada, p. 111.

[34] *Idem*, p. 113.

[35] *Ib idem*, p. 114.

Câmara dos Deputados
Fl. 7253-A
Comissões Especiais

contemporânea do conceito que, sem desprestigiar a vertente causal (real ou potencial) antes mencionada, identifica exercício de poder na ação do "subalterno" querida e executada por ele, mas no mesmo sentido da "ação ordenada".[36] A rigor, diz LUHMANN, a "decisão de poder antecipável torna pura e simplesmente sem sentido, para o subalterno, formar uma vontade".[37] A função do poder consistiria, pois, em "garantir cadeias possíveis de efeitos, independentemente da vontade do agente subalterno", operando em uma estrutura real, ao modo de catalizadores que "aceleram (ou retardam) a incidência de fenômenos".[38] A análise das estruturas reais de exercício de poder nas sociedades pós-industriais e de massas revela, pelo recurso analítico à comparação com o catalizador, que na maioria das vezes o poder é exercitado sem que isso seja percebido – malgrado, em tese, não haja escolha concreta para quem a ele se submete – sendo justificável a sua definição – do "poder" – como "meio de comunicação *generalizado* simbolicamente".[39]

25. Por este ângulo, os problemas de abuso de poder tornam-se, em primeiro lugar, problemas de detecção de exercício de poder, pois as pessoas a rigor são levadas a crer que atuam conforme a própria vontade, formada livremente. Critérios de verdade submetem-se a códigos em que prevalece a noção de que "a verdade é dúvida superada"[40], em um contexto de uma "acentuadamente abstrata dissolução de elementos cognitivos".[41] Ressalta LUHMANN a propósito da problemática: "É difícil delimitar esta problemática

[36] LUHMANN, Niklas. Poder. Traduzido por Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 11.
[37] *Idem*.
[38] *Ib idem*.
[39] LUHMANN, Niklas. Poder. Traduzido por Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 12, grifo no original.
[40] *Idem*.
[41] *Ib idem*.

Câmara dos Deputados
Fl. 7894
Comissões Especiais

em uma definição que diga, inequivocamente, o que é ou não é poder. A problemática gera, todavia, contextos descritíveis. Pode-se dizer: quanto mais contingente for a influência, na medida em que se dá a conhecer como um agir que especializa sua própria seletividade em provocar o agir alheio, *tanto menos se pode supor uma congruência natural e situacional de interesses, tanto mais problemática se torna a motivação* e tanto mais necessário se faz um código que regule as condições de transmissão da seleção e a atribuição dos motivos correspondentes."[42]

26. Cumpre, pois, operar uma mudança de enfoque sobre estado de direito, democracia e as esferas do decidível e indecidível consequente à formulação do "poder" como meio de comunicação *generalizado* simbolicamente. DANILO ZOLO sublinha que a noção fundamental de estado de direito parte do consenso de que o "poder" deve ser "normado", isto é, "vinculado e controlável" de sorte a "instaurar um nexo funcional entre o poder e os sujeitos".[43] A dimensão material da democracia, referida por FERRAJOLI, desloca os direitos fundamentais da esfera do decidível para a do não decidível, o que parece evidente dada a forma transparente como as ações contra a dignidade humana se apresentam de ordinário. Em um cenário, todavia, de exercício difuso do poder – não mais concentrado em entes estatais, mas disperso em alguns poucos grupos sociais capazes de produzir "critérios de verdade" em relação aos quais "a verdade se torna um problema"[44] – a esfera do não decidível deve ser ampliada para incorporar áreas constitucionalizadas

[42] LUHMAN, Niklas. Poder. Traduzido por Martine Creusot de Resende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. p. 13, grifo nosso.
[43] ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito:* história, teoria, crítica, obra citada, p. XIV.
[44] LUHMANN, Niklas. Poder. Traduzido por Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 13.

Câmara dos Deputados
Fl. 7294-A
Comissões Especiais

respeitantes à própria democracia. Em realidade, este é o sentido da garantia do voto direto, secreto, universal e periódico que o inciso II, do § 4º do art. 60 da Constituição da República brasileira define como cláusula pétrea.

27. As pressões pela "flexibilização dos mandatos presidenciais" via ampliação das hipóteses de *impeachment*, para abranger situações não enquadráveis, taxativamente, no art. 85 da Constituição – ou ainda para alargar o conceito de "crime de responsabilidade" – atentam contra o significado da proteção constitucional ao voto direto, secreto, universal e periódico. É neste sentido que MARTINEZ investe contra o que denomina como "tergiversação jurídica", que afeta a segurança jurídica do sistema democrático ao permitir o emprego do "juízo político" "como um mecanismo de responsabilidade política, de controle da atuação cotidiana do presidente" e termina por afirmar tratar-se de um recurso inconstitucional.[45] No Brasil a questão ganha contornos mais delicados dado o fenômeno que os cientistas sociais observam, relativamente a "atitudes ambivalentes perante a democracia".[46]

28. O estudo de caso de emprego abusivo do "juízo político" na América Latina aponta para algumas condutas comuns, em particular, mas não exclusivamente, em processos que chegaram à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em geral o abuso de poder concernente ao *impeachment* pode ser constatado pela: a) deliberada não aplicação dos critérios dogmáticos de definição dos "crimes de responsabilidade"; b) violação sistemática das garantias do devido processo.

---

[45] MARTINEZ, Rafael. El juicio político em América Latina: um golpe de estado encubierto. Disponível em http://www.condistintosacentos.com/el-juicio-politico-en-america-latina-un-golpe-de-estado-encubierto/. Acesso em 14 de outubro de 2015, p. 1.

[46] LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul. Traduzido por Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 211.

Câmara dos Deputados
Fl. 7295
Comissões Especiais

29. Ambas as questões serão abordadas nos capítulos seguintes do parecer. O próximo item considerará as distorções do "juízo político" como técnica que a política impõe ao direito para colonizar áreas do "indecidível" e desidratar o princípio democrático em sua face mais visível, que se traduz no respeito ao resultado das eleições. O devido processo legal ocupará esta análise. Algumas palavras acerca da dimensão do "crime de responsabilidade", no entanto, devem ser ditas a propósito da garantia comum ao direito material e ao direito processual, afetada pelo intento de "flexibilização de mandatos presidenciais" pela via do *impeachment*: a "legalidade".

30. Como fixado na consulta, o objeto do pedido de *impeachment* corporifica-se, em tese, em decisões de esferas do governo tomadas e executadas durante o mandato presidencial anterior, sobre as quais o acusador pretende estabelecer a controvérsia. Estas decisões, hipoteticamente, caracterizariam "crime de responsabilidade". É a base da tese da acusação do pleito de *impeachment*, que, será visto na próxima seção, não tem amparo jurídico. Com independência disso, a perspectiva analítica considerada no parecer leva em conta as várias maneiras como opera o cruzamento entre direito e política e uma delas tem lugar estritamente no âmbito do direito. Vale dizer: ainda que à partida o "juízo político" seja um "processo político" em sentido *lato*, as condições para o exercício do poder estão definidas pelo direito e se submetem ao direito não por mero capricho, mas porque de outra maneira não haveria como se controlar o exercício do poder e evitar seus abusos.

31. Assim, o "processo político" ou o "processo de *impeachment*" haverá de ser, necessariamente, um método "racional-legal" de determinação da

Câmara dos Deputados
Fl. 7295-A
Comissões Especiais

responsabilidade política conforme parâmetros estabelecidos na Constituição da República. Não haveria garantias para a democracia se pudesse ser de outra forma. Os reflexos práticos dessa configuração são percebidos: a) na exigência de que os comportamentos que caracterizam "crime de responsabilidade" possam ser demonstrados empiricamente – meros juízos de valor ou de "oportunidade" não constituem o substrato fático de condutas "incriminâveis"; b) na consequente estipulação de procedimento que permita confirmar ou refutar a tese acusatória, em contraditório, com base em dados empíricos. Não é demais recordar o que ficou assentado linhas atrás: o processo de *impeachment* não equivale à moção de censura ou ao veto (recusa do voto de confiança) do Parlamento ao governo, institutos que são pertinentes ao sistema parlamentarista.

32. A concreta possibilidade de que estes critérios de base sejam observados reclama a escrupulosa incidência do princípio da legalidade, quer na esfera material, quer na do processo. O que a literatura sobre *impeachment* na América Latina tem revelado sobre o tema explica a adoção da postura cautelosa dos cientistas sociais e o mencionado "sinal de alerta" que resulta de sua advertência. No lugar do rigor conceitual que caracteriza o *corpus* teórico do "juízo político" – e que se projeta em igual cuidado, na prática, acerca da verificação das condições para a instauração e desenvolvimento do processo de *impeachment* – o movimento na direção da interrupção dos mandatos presidenciais tende a atropelar os fundamentos da legalidade.

33. No campo penal a garantia material da tipificação das infrações políticas resulta ser solenemente ignorada. Não é apenas o caso, grave por si, do recurso a concepções alargadas sobre os "conceitos jurídicos indeterminados"

Câmara dos Deputados
Fl. 7296
Comissões Especiais

que compõem o texto da norma do "crime de responsabilidade". Muito mais sério se afigura o que a doutrina denomina de "descuido da vertente material" por meio da chamada "tipificação por remissão ou *per relationem*". Pela via da legalidade, a tipificação por remissão ou *per relationem* acrescenta à problemática do *impeachment* uma questão de legitimidade. Com efeito, a tipificação por remissão – que na seara penal toma a forma de "lei penal em branco" – afeta exigências materiais do princípio da legalidade concernentes à "predeterminação normativa dos ilícitos e das sanções correspondentes" que podem ensejar "vulneração encoberta da reserva de lei".[47]

34. No mínimo, o mesmo grau de rigor que se cobra relativamente às normas penais em branco é exigível no que concerne à tipificação e imputação do "crime de responsabilidade". A infração política que acarreta a interrupção da presidência não pode ficar ao sabor – ou ao desagrado ou irritação – de intérpretes que atuam desligados dos critérios dogmáticos próprios "da economia da tipificação" que, desprezados, na prática habilitam estes "intérpretes" a exercerem eles próprios, sem qualquer legitimidade, a potestade regulamentar da tipificação das infrações, em prejuízo das exigências de certeza e suficiente concreção da conduta qualificada como "infração política".

35. Quando o fenômeno político da proliferação de processos de *impeachment* é analisado a partir da configuração real dos "processos", como é o caso daquele a que foi submetido o Presidente Lugo, mas também o "juízo político" que afetou os juízes do tribunal constitucional do Peru – alvo de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos – a conexão entre práticas

[47] VALENCIA MATTÍN, Germán. Derecho Administrativo Sancionador y Principio de legalidad. In: *El principio de legalidad:* Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 115.

Câmara dos Deputados
Fl. 7296-A
Comissões Especiais

de violação da legalidade material e processual torna-se mais evidente. Como, afinal, controlar o exercício legítimo de um processo político se a imputação desconhece os limites da legalidade material? A pretensão, aludida por FERRAJOLI, de excluir da esfera do decidível situações jurídicas de tutela dos direitos fundamentais, torna-se irreal. Da mesma maneira é inexequível a proteção do princípio democrático, pois o respeito às regras do jogo é substituído pelo exercício abusivo de poder por setores descontentes com o governo, que se valem do juízo político como método de desconstituição da vontade majoritária. Neste caso, o processo de *impeachment* funciona como uma verdadeira "ação rescisória" da vontade popular manifestada nas urnas.

36. Tomando-se em conta, portanto, a ressalva de que os problemas de tipificação da infração política são problemas de legitimidade (política), mas também afetam a configuração do devido processo como método racional-legal de verificação empírica da prática dos atos que, em tese, constituem crime de responsabilidade, o próximo item do parecer será dedicado ao exame das exigências jurídico-políticas relacionadas ao devido processo.

I.B. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O *IMPEACHMENT*

37. Ao apreciar e deferir medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Presidente da Câmara na Questão de Ordem nº 105/2015, a Ministra ROSA WEBER relembrou os efeitos da conversão da Súmula nº 722 do Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 46, lavrada nos seguintes termos: "A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das

Câmara dos Deputados
Fl. 7297
Comissões Especiais

respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União".[48]

38. Por sua vez, o Ministro TEORI ZAVASCKI deferiu medida liminar em mandado de segurança impetrado pelo Deputado Federal WADIH NEMER DAMOUS FILHO para determinar a suspensão da eficácia do decidido na mesma Questão de Ordem, pois, de acordo com o mencionado Ministro, "... em processo de tamanha magnitude institucional, que põe a juízo o mais elevado cargo do Estado e do Governo da Nação, é pressuposto elementar a observância do devido processo legal, formado e desenvolvido à base de um procedimento cuja validade esteja fora de qualquer dúvida de ordem jurídica".[49]

39. Em 1998, ainda atuando exclusivamente como Professor de Direito Constitucional, o hoje Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO asseverou que, malgrado a natureza política do processo de *impeachment*, o procedimento legislativo inerente ao referido "juízo político" não é facultativo, tampouco fungível. Segundo BARROSO, "(B)em ao revés, tem ele caráter vinculado e sujeito à reserva legal absoluta".[50]

40. A posição acolhida na súmula vinculante, referendada pelos Min. ROSA WEBER e TEORI ZAVASCKI, do Supremo Tribunal Federal, e pelo Professor LUÍS ROBERTO BARROSO exprime a opinião pacífica dos juristas brasileiros de que não cabe ao Presidente da Câmara dos Deputados, tampouco

[48] Medida Cautelar na Reclamação nº 22.124 DF, Relator(a): Min. Rosa Weber. Decisão proferida em 13/10/2015.
[49] Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.837 DF, Relator(a): Min. Teori Zavascki. Decisão proferida em 12/10/2015.
[50] BARROSO, Luís Roberto. Aspectos do processo de *impeachment* – Renúncia e exoneração de agente político – Tipicidade constitucional dos crimes de responsabilidade, Revista Forense, volume 344, out-dez 1998, p. 287. Rio de Janeiro.

Câmara dos Deputados
Fl. 7297-A
Comissões Especiais

está inserido no âmbito normativo dos regimentos internos das Casas do Congresso, o poder de definir o procedimento a ser adotado no caso de *impeachment* do Presidente da República. Como é possível extrair das lições de Barroso, neste aspecto vigora a chamada reserva de lei qualificada ou proporcional, justamente porque, à semelhança das restrições ao exercício de direitos fundamentais, a pretensão deduzida no processo de *impeachment* consiste em afetação do princípio democrático em uma de suas principais facetas. Ingressa-se aqui, como salientado, na esfera do "indecidível".[51]

41. A lei reitora da matéria é a nº 1.079, de 10 de abril de 1950, a ser aplicada em consonância com as regras constitucionais específicas já referidas neste parecer. A Questão de Ordem nº 105/2015, resolvida de modo singular pelo Presidente da Câmara dos Deputados, ensejou ao Presidente da citada Casa, sob a forma incabível de dúvida, estabelecer ele próprio o rito e definir práticas para o juízo político, em detrimento da segurança jurídica do sistema democrático. Análise distanciada do episódio ocorrido na Sessão de 24 de setembro de 2015, na Câmara dos Deputados, parece confirmar a tese dos cientistas políticos mencionados ao longo deste estudo: regras constitucionais e legais são sistematicamente ignoradas ou violadas em favor do propósito de

[51] Sobre reserva de lei proporcional ou qualificada: PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. Direitos Fundamentais: Direito Estadual II. Lisboa, Lusíada, 2008, p. 80. Estes autores, com base na experiência alemã, assinalam que no ponto o direito constitucional contemporâneo evoluiu do princípio da "reserva de lei" para o da "reserva de lei proporcional". Salientam, com efeito: "Até agora, os direitos fundamentais com as reservas de lei exigiam que houvesse uma lei, ou seja, saber quando era suficiente uma qualquer base legal (reserva de lei) e quando era necessária uma base legal que tome as decisões essenciais (reserva de parlamento). Qual **a forma** que a lei deve ter e que conteúdos deve apresentar, quanta liberdade pode retirar ao particular e quanta lhe tem de deixar, são aspectos que a reserva de lei deixa até ao presente ainda em aberto. Mas é precisamente nas **exigências de conteúdo** que se tem de revelar a vinculação do legislador aos direitos fundamentais. A forma como se apresentam as exigências de conteúdo que os direitos fundamentais fazem às leis torna-se clara nas **reservas de lei qualificada**. Estas estatuem uma vinculação do legislador, ao imporem ou ao proibirem, no caso de direitos fundamentais em concreto, eventualmente, para situações em concreto, fins determinados e meios determinados." (grifo dos autores).

Câmara dos Deputados
Fl. 1298
Comissões Especiais

fazer avançar um julgamento que não se desenvolva conforme parâmetros das "regras do jogo" próprias do *impeachment*.

42. Pelo ângulo do processo, a tônica da decisão da Questão de Ordem sugere compatibilidade com o esgarçamento da noção de "crime de responsabilidade", cuja nitidez no caso da consulta resulta do propósito de desconsiderar o elemento temporal para a definição da infração política (fato cometido no curso do mandato e não no mandato anterior). Enquanto a lei de regência do processo de *impeachment*, em observância ao próprio modelo de controle da plausibilidade da acusação, não prevê recurso da decisão de indeferimento liminar da acusação (em verdade, notícia crime), a decisão do Presidente da Câmara inova e afirma incidente a regra do art. 218, §3º, do Regimento Interno da Casa. Da mesma forma, a decisão pretende impor ritmo acelerado ao procedimento, em particular no que concerne ao parecer preliminar de Comissão Especial (art. 218 do Regimento Interno) em detrimento daquele estabelecido nos arts. 21 e 22 da lei de regência, supostamente porque "a Casa, ao aprovar as alterações no art. 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, buscou assimilar ao texto do Regimento os dispositivos legais que ainda encontravam aplicabilidade sob o pálio da Constituição de 1988, razão pela qual *é nesse dispositivo que a Presidência buscará amparo para a definição do rito de apreciação da admissibilidade de eventual denúncia por crime de responsabilidade em desfavor do Presidente da República.*" (grifo nosso). Releva acrescentar que a despeito de regra específica – art. 19 da Lei nº 1.079/50 – que visa preservar a representatividade partidária e a proporcionalidade da Câmara dos Deputados na comissão especial a ser eleita para a emissão de parecer, a decisão da questão de ordem abre espaço para representantes de "blocos partidários".

Câmara dos Deputados
Fl. 7258-A
Comissões Especiais

43. Ainda que em medida distinta da observada em outros "juízos políticos" na América Latina que a Corte Interamericana julgou violadores da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a olho nu é inescondível o propósito de reduzir garantias do Presidente acusado e acelerar os atos procedimentais do processo de *impeachment*, a serem praticados conforme a agenda de uma "crise política" e não de acordo com a maturidade democrática de um calendário definido pela Constituição e pela lei federal parcialmente vigente. Em conformidade com as análises dos cientistas políticos dedicados ao estudo dos recentes "processos políticos" em nosso continente é possível descortinar uma motivação nessa específica manifestação de poder – poder de deixar de aplicar a Constituição e a lei – que não pode ser reconduzida a uma questão de conveniência de procedimentos (o do Regimento é "melhor" que o da lei federal), mas fica melhor caracterizada como mobilização pela "flexibilidade dos mandatos presidenciais" mencionada linhas atrás.

44. A problemática da legalidade, portanto, toca no cerne do princípio democrático e é com base nesta constatação que a dogmática deve oferecer uma solução para, por um lado, assegurar a existência de processos de verificação da responsabilidade política dos mandatários e, por outro, evitar que estes "juízos políticos" transformem-se em instrumentos de "golpe legislativo", como refere PÉREZ-LIÑAN, ou "golpes de estado encobertos", como leciona RAFAEL MARTINEZ.

45. Ao investigar as circunstâncias do processo de *impeachment* do Presidente Lugo, BALBUENA PÉREZ rastreia a estrutura dos "juízos políticos"

Câmara dos Deputados
Fl. 7299
Comissões Especiais

na região. O exame de caso da Argentina aponta, segundo este autor, para o fato de que, embora a doutrina local reconheça que o "*impeachment*" não é um "processo penal ou judicial porque se substancia ante um órgão político", ainda assim deve estar ajustado às regras do devido processo.[52] Na Argentina o "juízo político" se desenvolve perante a Câmara dos Deputados, cabendo a uma Comissão Especial da Casa a investigação das notícias de infração política. Releva notar que à semelhança do que dispõe 86, *caput*, da Constituição brasileira, a admissibilidade da acusação está condicionada à aprovação de relatório da Comissão Especial por dois terços dos Deputados. Com isso, o Senado converte-se em instância julgadora. De especial – e que importa à consulta – a atividade probatória se ajustará ao disposto no Código de Processo Penal da Nação.[53]

46. Sublinha BALBUENA PÉREZ que "o procedimento para o juízo político na Argentina reveste caracteres de um autêntico processo acusatório que pretende ser garantista, solene e estrito, havendo em conta os altos cargos a que está destinado, já que, ainda que a responsabilidade seja unicamente política, o mecanismo para sua exigência se encontra informado por princípios de defesa, audiência, contraditório, separação de fases instrutórias e de audiência, separação do órgão instrutor e de decisão, período de provas, prazos razoáveis, conhecimento da acusação etc. e em definitivo, sua regulação é a própria de um devido processo, em consonância com o restante das garantias constitucionais, porquanto que o 'juízo político' se apresenta como uma garantia para o acusado, que conta sempre com o processo no qual se deverá provar sua culpabilidade e

[52] BALBUENA PÉREZ, David-Eleuterio. Derecho político iberoamericano, obra citada, p. 367.
[53] *Idem*, p. 368.

Câmara dos Deputados
Fl. 7299-A
Comissões Especiais

no qual poderá também provar sua inocência a respeito das acusações formuladas".[54]

47. Mais que compreensível que o processo de *impeachment* esteja cercado de garantias. É indispensável que assim o seja para assegurar sua validade jurídica e legitimidade política. Como salienta o mesmo BALBUENA PÉREZ o "processo político" é, em primeiro lugar, um "processo". Por isso, sua aspiração em configurar um dispositivo garantista, democrático, legal e transparente, a reclamar a aplicação das garantias do processo administrativo-sancionador e do penal consistentes na presunção de inocência, audiência, defesa, contraditório, prova, conhecimento das acusações, motivação das decisões, legalidade, irretroatividade etc.[55]

48. A Corte Interamericana de Direitos Humanos deliberou ratificar, no Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. República do Equador[56], que tratava da cassação de juízes do Tribunal Constitucional e da Corte Suprema de Justiça do Equador por meio de um "juízo político", o teor da decisão paradigmática de 31 de janeiro de 2001 - Caso do Tribunal Constitucional vs. República do Peru - por meio da qual pronunciou que "se bem o art. 8 da Convenção Americana se intitula 'Garantias Judiciais', sua aplicação não se limita aos recursos judiciais em sentido estrito, 'mas ao conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais a

[54] *Idem*, p. 369 (tradução livre).
[55] BALBUENA PÉREZ, David-Eleuterio. Derecho político iberoamericano, obra citada, p. 376.
[56] Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Ecuador. Sentença de 28 de agosto de 2013 (exceções preliminares, fundo, reparações e custas). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2015. p. 49.

Câmara dos Deputados
FL. 7300
Comissão Especial

efeito de que as pessoas possam defender-se adequadamente ante qualquer tipo de ato emanado do Estado que possa afetar seus direitos.'"[57]

49. FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI, por sua vez, ao tratar do tema do processo de *impeachment* no caso do Peru relembra o impacto da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que assentou o entendimento sobre "a exigibilidade de respeito ao devido processo legal em todo tipo de processos, incluindo o parlamentar, e não só nos que se desenvolvem em sede judicial".[58]

50. Ao decidir pela aplicação das garantias judiciais aos processos de *impeachment* a Corte Interamericana de Direitos Humanos renovou o entendimento de que o princípio democrático e o modelo republicano de controle do exercício do poder são temas de direitos humanos e estão situados na esfera do inegociável – infungível, para adotar a expressão referida pelo Ministro BARROSO. Vale reproduzir o teor da decisão da Corte no Caso do Equador, com expressa referência à posição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, para ilustrar a compatibilidade entre as garantias da democracia e as do processo:

> 182. Sobre o particular, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos assinalou que a exigência de que uma pessoa 'seja ouvida equitativa, publicamente e dentro de um prazo razoável, por um

[57] Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso do Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentença de 24 de setembro de 1999. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_55_esp.pdf. Cumprimento da sentença disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=205&lang=es. Acesso em 15 de outubro de 2015. Tradução livre.

[58] EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Antejuicio y juicio político en el Perú. Revista Pensamiento Constitucional. Ano XIII, nº 13. Disponível em http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/1963. Acesso em 15 de outubro de 2015, p. 131.

Câmara dos Deputados
Fl. 7300-A
Comissão Especial

tribunal independente e imparcial' é equiparável ao direito a um 'processo' ou a 'procedimentos judiciais' justos. A respeito, o Tribunal Europeu desenvolveu o critério segundo o qual um procedimento justo supõe que o órgão encarregado de administrar justiça efetue 'um exame apropriado das alegações, argumentos e provas aduzidas pelas partes, sem prejuízo das valorações sobre se são relevantes para sua decisão'.[207] No caso *Olujic vs Croácia* sobre a tramitação de um procedimento disciplinar contra o Presidente da Corte Suprema da Croácia, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ressaltou a importância do direito a ser ouvido de maneira equitativa[208]. Por sua parte, o Comitê de Ministros do Conselho de Europa assinalou também que em procedimentos de destituição é necessário garantir aos juízes ao menos os requisitos do devido processo contidos no Convênio Europeu de Direitos Humanos, *inter alia*, que o caso seja ouvido dentro de um prazo razoável e o direito a oferecer resposta a qualquer acusação". [59]

51. Além da conclusão um tanto evidente de que o enquadramento proposto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos constitui obstáculo

[59] "182. Sobre el particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la exigencia de que una persona "sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial" es equiparable al derecho a un "juicio" o a "procedimientos judiciales" justos. Al respecto, el Tribunal Europeo ha desarrollado el criterio según el cual un procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe "un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión". En el caso *Olujic vs. Croacia* sobre la tramitación de un procedimiento disciplinario contra el Presidente de la Corte Suprema de Croacia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resaltó la importancia del derecho a ser oído de manera equitativa. Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha señalado también que en procedimientos de destitución es necesario garantizarles a los jueces al menos los requisitos del debido proceso contenidos en el Convenio Europeo Derechos Humanos, *inter alia*, que el caso sea oído dentro de un plazo razonable y el derecho a responder cualquier acusación". Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso do Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Ecuador. Sentença de 28 de agosto de 2013 (exceções preliminares, fundo, reparações e custas). Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2015, p. 54 (tradução livre).

Câmara dos Deputados
Fl. 7301
Comissões Especiais

instransponível ao propósito de promover o processo de *impeachment* com base em regras do Regimento Interno da Câmara dos Deputados – objeção que se traduz na Súmula Vinculante 46 - e não em lei obediente à reserva de lei adequada, outras conclusões decorrem da mesma fonte e definem os critérios de interpretação e aplicação da Lei nº 1.079/50:

1. A estrutura acusatória do processo de *impeachment* presume instâncias distintas e se orienta pela presunção de inocência;

2. Por isso e porque se trata de procedimento que pode resultar na "interrupção de um mandato presidencial legitimado pela vontade popular manifestada em sufrágio universal", não cabe seja instaurado com base em notícia crime manifestamente improcedente;[60]

3. O exame da manifesta improcedência configura análise de justa causa para o processo político e, portanto, cingindo-se à cognição não exauriente que está a cargo do Presidente da Câmara dos Deputados, ainda assim deve cumprir a função garantista de filtro e não deve ser admitida imputação por fato que, em tese, não constitui infração política;

4. O dever de assegurar ao Presidente da República o direito à audiência prévia ao despacho de processamento do pedido de *impeachment* pelo Presidente da Câmara dos Deputados, antes da eleição da comissão especial, caso a denúncia não seja rejeitada liminarmente pelo Presidente da Casa – aplicando-se a regra do art. 4º da Lei nº 8.038/1990. A filtragem constitucional da Lei nº 1.079/50

[60] Neste sentido: Ag. Reg. em Mandado de Segurança nº 30.672 DF, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Agte. Alberto de Oliveira Piovesan. Agdo. Presidente do Senado Federal. Decisão proferida em 15/09/11.

Câmara dos Deputados
Fl. 7301-A
Comissões Especiais

impõe seja ela, no aspecto atinente ao exercício do direito de defesa (e audiência), aplicada consoante os termos da lei posterior que garante ao acusado a apreciação de suas razões antes da emissão de juízo de admissibilidade, ainda que provisório, da acusação. A Lei Federal nº 8.038/90 cumpre este papel de integração porque tutela de modo efetivo o direito de defesa do Presidente, que igualmente configura garantia do regime republicano-representativo;

5. O dever de garantir o contraditório, a produção das provas, a separação das fases instrutórias e de julgamento, a separação do órgão instrutor e de decisão, os prazos razoáveis e o conhecimento da acusação.

52. De anotar que o caminho procedimental projetado em decisão sobre a referida Questão de Ordem nº 105/2015 é inválido não somente pela razão básica de que não foi definido em atenção à reserva de lei adequada, mas também porque olvidou todos os elementos mencionados acima. Ademais, inova em tema recursal visivelmente em direção oposta à das garantias, ao admitir, hipoteticamente, recurso ao Plenário da decisão de indeferimento liminar da inicial. A medida – que está veiculada na decisão da Questão de Ordem em roupagem simpática – configura talvez a mais grave violação dos princípios constitucionais em jogo porque torna possível um julgamento antecipado e provisório do mérito da causa do *impeachment* por julgadores contaminados unilateralmente pela versão acusatória.

53. A rigor, desnecessário para a "economia dos argumentos", no parecer, relembrar que o processo decisório nem sempre está assegurado, relativamente à exigência de que se trate de um juízo racional-legal, pelo mero fato de ser antecedido por outra decisão – a impugnada. A admissão preliminar

Câmara dos Deputados
Fl. 7307
Comissões Especiais

da denúncia e a eleição da comissão especial demandam que os denunciantes demonstrem que a imputação de prática de infração política não é leviana ou temerária. É perfeitamente possível chegar a uma conclusão provisória equivocada com base tão-somente nos elementos trazidos pelo acusador. A crença sobre a plausibilidade da imputação de crime de responsabilidade formada apenas pela "aparência" de prática da infração não é condizente com a natureza do processo de *impeachment* de um Presidente da República que tem como lastro para o exercício das suas relevantes funções – as mais importantes do Estado, como ressaltou o Min. TEORI ZAVASCKI – a legitimidade do sufrágio universal.

54. De acordo com DANIEL GONZÁLEZ LAGIER, "provar um fato consiste em mostrar que, à luz das informações que possuímos, está justificado aceitar que esse fato tenha ocorrido".[61] Trata-se de um tipo de raciocínio com vários elementos nos quais se destaca a relação entre o fato que se quer provar e os elementos de que nos valemos para isso: no campo epistêmico a esse raciocínio denomina-se "inferência probatória". A conexão entre o fato que se quer provar e os elementos de que nos valemos para isso é de diferentes tipos, que por sua vez variam conforme seu fundamento, finalidade e força. Nem todas as inferências probatórias são epistêmicas, ou seja, nem todas compartilham uma base empírica como fundamento. Não raras vezes, o fundamento é de ordem normativa, justificado por sua finalidade de proteção de valores ou princípios (inferências probatórias normativas). Inferências de ordem normativa, todavia, não cabem em processo de *impeachment*. Tanto quanto o processo penal, salientou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o "juízo político" é dirigido pela presunção de inocência, cuja função consiste, justamente, em

[61] Hechos y conceptos. Disponível em http://www.uv.es/ccfd/15/lagier.pdf. Data de acesso: 30 de abril de 2015. Tradução livre.

Câmara dos Deputados
Fl. 7302-A
Comissões Especiais

fundar a imposição e aplicação da sanção em um dispositivo probatório.[62] A presunção de inocência é responsável por garantir a incerteza que deve presidir todo o processo sancionador[63], de sorte a constituir uma proibição de desautorização do processo.

55. No âmbito epistemológico o desafio maior consiste em separar as inferências probatórias de natureza epistêmica das crenças, concebendo-se a crença como "um tipo particular de estado mental".[64] As crenças configuram-se sob a forma de uma proposição que desaloja critérios epistêmicos (condição de verdade) da ordem do verdadeiro ou falso, justificado ou injustificado e racional ou irracional (razões epistêmicas e não epistêmicas – consideração ou observação). Os fatos objeto de prova caracterizam-se como entidades complexas, "que combinam elementos observacionais e teóricos",[65] que dependem de uma rede de conceitos dirigidos à classificação e interpretação.[66] Por isso, ao tempo em que as exigências relativas à precisão da acusação – definição adequada do "crime de responsabilidade" conforme critérios extraídos da dogmática jurídica e sua adequação aos dados empíricos por meio dos quais se pretende demonstrar a plausibilidade da acusação – estão correlacionadas ao exercício concreto da defesa pelo Presidente da República, também se conectam, em caso de eventual provimento de recurso contra a decisão de rejeição liminar da denúncia, ao direito do acusado de ser julgado com base em provas e não em crenças, usualmente fonte de abuso no exercício do poder. Não é demasiado lembrar que o hipotético provimento de um recurso do gênero caberia, a seguir a

[62] PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21.
[63] SÁNCHES-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia:* Análisis funcional desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 35.
[64] BOGHOSSIAN, Paul. O medo do conhecimento: contra o relativismo e o construtivismo. Lisboa: Gradiva, 2011, p. 21.
[65] GONZÁLEZ LANGIER, Daniel. *Idem.*
[66] GONZÁLEZ LANGIER, Daniel. *Ib idem.*

Câmara dos Deputados
Fl. 7303
Comissões Especiais

linha perspectivada na Questão de Ordem, ao órgão ao qual, em futuro breve, incumbiria o julgamento da acusação para envio ao Senado, com vista ao julgamento. O juízo "contaminado" unilateralmente, do Plenário da Câmara dos Deputados, viola o direito de defesa do Presidente.

56. Por todas essas razões, conclui-se pela exigência de que o processo de *impeachment* deve ser respeitador do direito a um processo justo (devido processo legal).[67] Um processo de *impeachment* cujo rito seja definido pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados e não por lei federal que atente para a reserva de lei adequada; que, ademais, admita acusação por fato que manifestamente não configura crime de responsabilidade; que não assegure o direito de defesa do Presidente da República em todas as suas etapas; que beneficie julgamento baseado em inferências probatórias não epistêmicas (crenças formadas unilateralmente), em detrimento do contraditório, não cumpre os requisitos elementares do devido processo legal. A ainda jovem tradição democrática brasileira tem dado provas de que rejeita expedientes dirigidos a solapar a vontade política expressada em sufrágio universal. Tanto no âmbito do

[67] O STF tem realçado esse aspecto em sua jurisprudência: "A essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria "persecutio criminis". – O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, entre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (k) direito à prova; e (l) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. – O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao "due process of law", além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal." (STF, HC 111567 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

Câmara dos Deputados
Fl. 7303-A
Comissão Especial

Supremo Tribunal Federal, que permanentemente reafirma o império da Constituição e das Leis, como na esfera parlamentar. No estado de direito não se advoga a irresponsabilidade política. A responsabilização política de um Presidente da República, todavia, neste mesmo contexto, não pode ser confundida com o propósito de alguns setores de "substituir presidentes indesejáveis" em um uso inconstitucional nos moldes do "voto de desconfiança parlamentar". A afirmação da cultura democrática passa pela negação explícita, sem meias palavras, da sua versão antagônica, a cultura autoritária. Como assevera BALBUENA PÉREZ, "a *má gestão* dos dirigentes políticos tem uma clara consequência que se concretiza no custo eleitoral de suas decisões e gestões no exercício da função governativa". E "má gestão" nas democracias sempre será uma questão de ponto de vista ou juízo de conveniência.

57. Voltando às indagações formuladas pelo advogado consulente, concluímos o segundo tópico do presente estudo afirmando: (i) aplicam-se ao processo de *impeachment* as garantias do processo penal e do processo administrativo-sancionador, conforme reiteradamente tem decidido a Corte Interamericana de Direitos Humanos; (ii) cabe ao Presidente da Câmara dos Deputados o exercício do exame prévio de admissibilidade da denúncia de infração político-administrativa com base em critérios de viabilidade da acusação que respeitem: a) os requisitos que a dogmática estipula para a caracterização de crime de responsabilidade, entre os quais o de que o fato constitutivo da infração política deve ser contemporâneo ao mandato em curso; b) a congruência entre o tipo de injusto político imputado e os elementos empíricos apresentados pelo denunciante; c) o exercício do direito de defesa pelo Presidente da República, que está assegurado em todas as etapas do procedimento; (iii) não é cabível recurso ao Plenário da Casa na

Câmara dos Deputados
Fl. 7304
Comissões Especiais

hipótese de despacho do Presidente da Câmara dos Deputados não recebendo a denúncia de infração político-administrativa, por falta de previsão legal, incompatibilidade com as características excepcionais do processo de *impeachment* em sua em relação com a legitimidade do Presidente da República que é fruto do sufrágio universal e porque violaria o direito de defesa e a garantia do contraditório.

PARTE II – OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

II.A. A PREVISÃO CONSTITUCIONAL

58. A Constituição brasileira assinala no art. 52, I, competir, privativamente, ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, depois de autorizado o respectivo processo por dois terços dos membros da Câmara dos Deputados (art. 51, I). Dando sequência a essa norma, a Carta Magna indicou (art. 85) os atos do Presidente da República que podem caracterizar crimes de responsabilidade, como os que atentem contra a Constituição, especificamente, contra:

I a existência da União;
II o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
III o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
IV a segurança interna do País;
V a probidade administrativa;
VI a lei orçamentária;

Prof. Dr. Juarez Tavares
Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Professor Visitante na Universidade de Frankfurt am Main

Prof. Dr. Geraldo Prado
Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Câmara dos Deputados
7304-A
Comissões Especiais

VII o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

A fim de atender ao princípio da legalidade, a própria Constituição estabeleceu no parágrafo único do mesmo art. 85 que: "*Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento*".

59. A questão da responsabilidade de chefes e dirigentes de Estado tem sua origem, no Brasil, nos art. 38 e 47, I, da Constituição Imperial de 1824. Esta estatuía competência, respectivamente, à Câmara dos Deputados e ao Senado para admitir a acusação e processar ministros e conselheiros do Estado. Está claro, não se dispunha sobre a responsabilidade do chefe do Poder Executivo, pois este, como Imperador e chefe do Poder Moderador, era inviolável e irresponsável (art. 99).

60. Foi somente com a Constituição Republicana de 1891 que se institui a responsabilização do Presidente da República, por crimes comuns, perante o Supremo Tribunal Federal e de responsabilidade, perante o Senado Federal, depois de, em qualquer caso, a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação (art. 53). O mesmo regime foi observado, em sequência, pelas constituições de 1934 (art. 58), 1946 (arts. 59 e 62), 1967 (art.42 e 44) e 1988 (art. 52, I). Na Constituição de 1937, a competência para o seu processo e julgamento, tanto por crimes de responsabilidade quanto por crimes comuns, era do Conselho Federal, depois de declarada procedente a acusação pela Câmara dos Deputados (art. 86).

Câmara dos Deputados
Fl. 7305
Comissões Especiais

61. Atendendo à previsão constitucional, sob a vigência da Constituição de 1946, foi editada a Lei 1.079/50, que definiu os respectivos crimes. Essa lei, ainda que promulgada sob regime jurídico anterior, foi recepcionada, em parte, pela atual Constituição da República, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal.[68]

II.B. A NATUREZA DA INFRAÇÃO

62. Por tradição, se atribuem, ao Presidente da República, sob a denominação de *crimes de responsabilidade*, atos infracionais administrativos e políticos, os quais, porém, não se confundem com os crimes comuns. Os chamados crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas que afetam exclusivamente agentes políticos. Atendendo às suas características, podem estar classificadas como espécies de infrações contra a ordem pública (**Ordnungswidrigkeiten**) e não contra a organização administrativa e seus deveres. Convém, então, estabelecer, desde logo, uma distinção no próprio âmbito do direito administrativo sancionador, ao qual pertencem essas infrações, entre infrações tipicamente administrativas, às quais estão afetos os funcionários públicos em geral, em face de descumprimento de deveres específicos de organização, e os crimes de responsabilidade, que, por implicarem um efeito sobre agentes políticos e não, simplesmente, funcionários, congregam normas proibitivas e mandamentais, com caráter penal.

62. A doutrina sempre tergiversou quanto às características e à natureza dessas infrações, ora entendendo que se tratava de infrações puramente contra a

[68] STF, Tribunal Pleno, MS nº 21.623/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 17.12.1992, DJU de 28.5.1993, p. 10383.

Câmara dos Deputados
Fl. 7305-A
Comissões Especiais

ordem jurídica, portanto, como infrações a interesses administrativos,[69] ora como infrações que produziriam efeitos sociais ou políticos específicos, sem qualquer lesão individual ou cultural,[70] ora como infrações a deveres de desobediência.[71] Com essas assertivas, a doutrina sempre buscou e ainda busca ressaltar a autonomia do direito administrativo sancionador, o qual, por isso mesmo, se regeria por princípios diversos daqueles do direito penal.

63. Em uma obra paradigmática sobre esse tema, esclarece MATTES que:

a) Nesse campo, não existe um direito administrativo sancionador autônomo;
b) As infrações administrativas implicam uma lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos;
c) Possuem essas infrações a mesma base ética do direito penal;
d) O direito administrativo sancionador constitui uma decantação do direito contravencional.[72]

64. Embora as considerações de MATTES possam parecer desarrazoadas em face do direito brasileiro, que procede à distinção entre crimes comuns e crimes de responsabilidade, merecem elas uma reflexão mais profunda porque demonstram a necessidade de que o direito administrativo sancionador, por implicar graves sanções e, assim, no campo político, até mesmo a ruptura do quadro gerado pela vontade popular, deva também observar rigorosas

[69] MAURACH, Reinhard. Tratado de derecho penal, tradução espanhola de Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1962, vol. I, p. 21.
[70] WOLF, Erik. Die Stellung der Verwaltungsdelikt im Strafrecht, Festgabe für Frank, Tübingen, 1930, p. 524.
[71] SCHMIDT, Eberhard. Strafrecht und Disziplinarrecht, 1950, p. 871.
[72] MATTES, Heinz. Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Berlin, 1977/1982.

Câmara dos Deputados
Fl. 7306
Comissões Especiais

limitações. Ainda que se reconheça autonomia ao direito administrativo sancionador, suas normas não podem violar os princípios constitucionais relacionados aos fundamentos da determinação de responsabilidade, justamente por causa dos efeitos que provoca sobre a estrutura e o funcionamento global da administração.

65. Os crimes de responsabilidade, portanto, não são infrações administrativas abertas, que possam ser preenchidas por obra da interpretação do agente sancionador. Essa conclusão pode ser sentida pelo próprio texto constitucional, ao impor que os crimes de responsabilidade venham definidos em lei especial (art. 85, parágrafo único), quer dizer, que devam observar, rigorosamente, o princípio da legalidade e seus corolários de taxatividade e lesividade.

66. Tem inteira procedência a assertiva de MATTES, ao dizer que as infrações que integram o direito administrativo sancionador também lesam ou põem em perigo bens jurídicos.[73] Isto porque é inconcebível que se exija a observância do princípio da legalidade, pelo qual os crimes de responsabilidade devem ser definidos em lei, e não se lhes agregue um objeto jurídico determinado a ser protegido, conforme aduz a doutrina tradicional, ou que sirva de parâmetro de lesão para o efeito de justificar e, assim, legitimar suas normas.

67. Atendendo a isso, salienta MITSCH, ao comentar sobre o significado de uma infração administrativa que afeta a ordem pública, que o direito administrativo sancionador, no qual se inserem, em certa medida, os crimes de responsabilidade, trata de estabelecer um controle na relação entre

[73] SCHMIDTHÄUSER, Eberhard. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin, 1993, p. 54.

Câmara dos Deputados
Fl. 7306-A
Comissões Especiais

Estado e administrado sobre a base de sua subordinação.[74] Isto quer dizer que, nesse caso, o agente afetado pela sanção administrativa não é tratado em função do exercício de seus direitos individuais, mas, sim, de sua subordinação aos preceitos da administração, no sentido de sua estabilidade.

68. Sob esta perspectiva, pode-se sentir que, por exemplo, ao afastar o Presidente da República, pelo cometimento de crime de responsabilidade, o Senado não o faz como se aquele fosse um simples funcionário que tenha deixado de cumprir qualquer dever inerente ao seu cargo, senão como agente político que tenha cometido um ato grave para a manutenção da estabilidade do próprio Estado ou da ordem jurídica. Nesse aspecto, ao comentar sobre o julgamento do Senado, já observava PONTES DE MIRANDA o seguinte:

> *"Não há julgamento político, **sensu stricto**, do Presidente da República. Há julgamento jurídico".*[75]

II.C. A NORMA CRIMINALIZADORA

69. Fazendo-se uma análise dos crimes de responsabilidade e das infrações à ordem pública, pode-se dizer que aqueles constituem uma espécie dessas infrações, imputadas a agentes políticos e não a particulares, mas sob a mesma base de apoio: a subordinação aos preceitos que regem e disciplinam a estabilidade da ordem jurídica e da administração em sua globalidade. Se para as infrações à ordem pública se exigem os mesmos critérios e princípios de imputação do direito penal, com muito mais razão, diante dos efeitos graves que

[74] MITSCH, Wolfgang. Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2ª edição, Heildelberg, 2005, p. 3.
[75] PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1946, Rio de Janeiro, 1960, p. 137.

Câmara dos Deputados
Fl. 7307
Comissões Especiais

podem provocar suas sanções, esses mesmos critérios e princípios delimitativos devem ser aplicados aos crimes de responsabilidade.[76]

70. No caso brasileiro, em face de serem infrações de alta relevância, que implicam até o impedimento do Presidente da República, os crimes de responsabilidade estão sujeitos, inquestionavelmente, aos mesmos delimitadores relativos às infrações penais. Daí, inclusive, serem chamados de crimes de responsabilidade e não de infrações disciplinares ou administrativas. Nesse sentido, assinala SCHWACKE que lhe são aplicáveis, em primeira linha, por decorrência do princípio da legalidade, os princípios da lei estrita e escrita, da taxatividade, da proibição da analogia e da retroatividade.[77]

71. Pode-se acrescentar que os crimes de responsabilidade estão sujeitos, ainda, aos critérios de imputação objetiva e subjetiva, ou seja, ao controle do aumento do risco para o bem jurídico e da determinação da intensidade subjetiva da conduta do agente, conforme se extraem das normas proibitivas e mandamentais. Portanto, devem subsistir, aqui, os elementos que configuram o injusto penal (tipicidade e antijuridicidade) e a culpabilidade.

72. Na atual constituição social e política, a norma criminalizadora constitui um ato de comunicação entre o Estado e o sujeito, de tal sorte que a precisa descrição das condutas incriminadas não serve apenas para observar a exigência constitucional (art. 85, parágrafo único, CR), senão também para possibilitar ao afetado orientar sua atividade de conformidade com as proibições

[76] GÖHLER/GÜRTLER/SEITZ. Gesetz über Ordnungwidrigkeiten, 16ª edição, München, 2012, p. 111 e ss.; BOHNERT, Joachim et al. (Ed.). Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2006, München, p. 138 e ss..
[77] SCHWACKE, Peter. Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, 4ª edição, Stuttgart, 2006, p. 4 e ss.

Câmara dos Deputados
Fl. 7307 - A
Comissões Especiais

e determinações legais. A conduta descrita no tipo como proibida ou mandada, ao contrário do que pensava o positivismo do século XIX, que a caracterizava segundo a relação entre meio e fim e, portanto, como forma exclusiva de produção de efeitos por parte do sujeito, é representativa de uma atividade estratégica, a qual se deve subordinar, como conduta social, ao contexto em que é executada.

73. Nesse ponto, a interpretação que se projeta sobre o tipo deve passar, necessariamente, por uma *fase cognitiva*, na qual se examinem os elementos empíricos e normativos ali referidos, e por uma *fase decisória*, desenvolvida a partir dos princípios constitucionais e da integridade da ordem jurídica, de modo a afirmar ou negar a legitimidade do procedimento de imputação de responsabilidade.

74. Com uma interpretação desvinculada de uma ação instrumental, são superados o puro nominalismo, que se edificava mediante uma simples exegese na forma de uma jurisprudência de conceitos, o positivismo legal e antropológico e, finalmente, o ontologismo, que daria lugar à busca de um conteúdo universal dos objetos normativos, desvinculados do contexto. Assim, não se pode obter uma perfeita cognição dos elementos desses crimes por análise denotativa sobre seus termos gramaticais ou mesmo conotativa, quando apenas associada a especulações lógicas e sistemáticas.

75. A moderna interpretação deve, necessariamente, compreender a estrutura da conduta também como elemento de um discurso, no qual o Estado se submete ao controle de seus atos por meio de critérios de correção de sua própria legitimidade. Observe-se, ademais, que o significado dos termos

Câmara dos Deputados
Fl. 7308
Comissões Especiais

empregados na lei corresponde, de certa forma, a uma necessidade de proceder a uma seleção entre as coisas e referenciá-las ao sistema normativo, de tal modo que os destinatários da norma possam empreender um sentido à sua própria vida e orientar, com isso, sua própria conduta. Independentemente de como surgiram os significados, importante será ter em vista que o sentido é um modo de estabelecer uma socialização dos destinatários, pela qual se constituem as relações entre o mundo externo e o mundo interno, entre o mundo privado e o mundo público dentro de sua experiência histórica.[78]

76. A norma criminalizadora, proibitiva ou mandamental, que configura o elemento inicial e de sustentação da incriminação deve encerrar, assim, em primeiro lugar, um discurso que seja o produto de uma deliberação democrática, baseada na aceitação geral, com o resguardo, porém, das manifestações divergentes, ou seja, que constitua o produto de consenso, obtido sem qualquer forma de coação, mas que, ao mesmo tempo, contemple a proteção do dissenso.

77. Deve, em segundo lugar, possibilitar uma interpretação capaz de contemplar a identificação do fato em toda a sua extensão, bem como sedimentar uma decisão final delimitadora dos contornos dos próprios elementos fáticos, com vistas a preservar a integridade da ordem democrática orientada para a proteção dos direitos da pessoa. Embora a norma criminalizadora dos crimes de responsabilidade tenha, em si mesma, pretensão da validade diversa daquela que disciplina a relação entre o Estado e a pessoa, tomada esta última como sujeito portador de direitos, porque visa a estabelecer uma relação de

[78] BARCELLONA, Pietro. "La teoría de sistemas y el paradigms de la sociedad moderna", Mutaciones de Leviatán, Legitimación de los nuevos modelos penales, Madrid, 2005, p. 55.

Câmara dos Deputados
Fl. 7308-A
Comissões Especiais

subordinação dos agentes políticos às regras de organização estatal, se lhes estendem também esses mesmos pressupostos. Isto significa que o Estado só poderá exercer seu poder subordinante à medida que assegure aos agentes políticos também seus próprios direitos, mas com vistas à preservação da ordem democrática e da vontade popular.

78. A norma criminalizadora não poderá, assim, inverter seus elementos delimitadores e autorizar a responsabilidade a todo custo dos agentes políticos, unicamente para a satisfação de interesses desvinculados da proteção da ordem constitucional, porque isso infringe os elementos do discurso jurídico ali expressos, os quais são formulados com uma pretensão de validade no sentido de que seus enunciados sejam acatados por todos como instrumentos de solidificação democrática.

79. Justamente para que a norma incriminadora dos tipos dos crimes de responsabilidades possa servir à manutenção da democracia, do Estado de direito e, principalmente, à preservação da vontade popular é que se torna necessária uma concepção estratégica de ação, na qual todos seus elementos devam ser apreciados em face do contexto de sua execução. Isso tem como consequência que o agente político não poderá ser julgado por suas características genéticas, nem por aparência, simpatia ou antipatia, nem por sua concepção de mundo ou convicção política, nem por meio de uma atribuição de responsabilidade causal infinita, mas, unicamente, pelos fatos constitutivos do tipo dos crimes de responsabilidade, interpretados restritivamente. Serão, portanto, incompatíveis com a Constituição todos os crimes, cujos tipos violem o princípio da legalidade e seus corolários de taxatividade, proporcionalidade e idoneidade.

Prof. Dr. Juarez Tavares
Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Professor Visitante na Universidade de Frankfurt am Main

Prof. Dr. Geraldo Prado
Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Câmara dos Deputados
Fl. 7309
Comissões Especiais

II.D. O TIPO LEGAL

80. O tipo deve conter, assim, todos os elementos que fundamentam o processo de imputação: a) a descrição de uma ação ou omissão; b) a indicação do objeto sobre o qual deverá recair a conduta; c) a relação de causalidade entre a ação e o resultado; d) as circunstâncias que caracterizam a proibição ou a determinação; e) a exata vinculação da conduta e do resultado a um procedimento doloso ou culposo. Todos esses elementos têm como objetivo final traçar as zonas do lícito e do ilícito, nas quais se processam a lesão ou o perigo de lesão aos respectivos bens jurídicos.

81. Os bens jurídicos dos delitos comuns são dados de valor que se incorporam à norma como interesses relevantes do sujeito, os quais servem de parâmetro para identificar, com precisão, as alterações sensíveis da realidade, capazes de legitimar a incriminação. Daí se dizer que toda norma incriminadora tem como pressuposto a lesão ou o perigo de lesão de um bem jurídico. Nos crimes de responsabilidade, ao contrário dos crimes comuns, os bens jurídicos não são, essencialmente, bens da pessoa, mas bens que se integram à ordem democrática e ao Estado de direito. São bens, portanto, cuja identificação como objetos de lesão só pode ser obtida mediante uma avaliação da estrutura da Constituição. A Constituição brasileira estabelece como fundamentos do Estado democrático de direito a *soberania,* a *cidadania,* a *dignidade da pessoa humana,* os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* e o *pluralismo político* (art.

Câmara dos Deputados
Fl. 7309-A
Comissões Especiais

1°, da CR). A identificação dos bens jurídicos deve resultar, assim, desses parâmetros e ainda das tarefas cometidas ao Estado e indicadas como seus objetivos (art. 3°, da CR), *de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

82. Uma vez identificado o bem jurídico, o tipo é preenchido, inicialmente, com a prática da ação nele descrita e sua relação com o resultado. A partir do instante em que se exige uma alteração sensível do bem jurídico para legitimar a incriminação, todos os crimes de responsabilidade têm resultado, escrito ou não escrito. Ademais, não basta para a determinação da responsabilidade que se afirme haver a conduta do sujeito causado o resultado proibido. Será preciso avaliar se essa conduta, além disso, aumentou ou não o risco de produção desse resultado. Nesse ponto, são relevantes todas as ponderações em torno das características do risco autorizado, de sua extensão e de seus limites.

83. Em se tratando de infrações relacionadas a atos de administração, deve haver uma tolerância quanto às linhas demarcadoras do risco. Uma conduta que, praticada por um particular, poderia implicar a execução de uma ação acima do risco autorizado, pode não o ser quando atribuída a um agente político, principalmente quando se têm em vista atividades que envolvem a globalidade da administração.

84. Poder-se-á dizer que os limites do risco autorizado serão mais rígidos quando se trate de violações a direitos individuais da pessoa, quando,

Câmara dos Deputados
Fl. 730
Comissões Especiais

então, não estará em jogo o simples poder de administrar, mas, sim, unicamente um poder de polícia, o qual deverá ser disciplinado à luz das garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos. Os limites do risco dos agentes públicos em face dos governados têm que ser, aqui, bem delineados para não possibilitar ou ampliar o poder de intervenção pessoal, sob o risco de violação de direitos fundamentais.

85. O governo não pode impor, por exemplo, deveres genéricos aos governados e submetê-los à pena criminal em caso de descumprimento, porque isso viola sua autodeterminação, como condição de sua própria liberdade, cuja restrição, então, não estaria legitimada. Por outro lado, não poderá violar direitos fundamentais, mediante proibições genéricas, sem que haja uma estrita autorização para que o faça, com a clara e idônea atribuição da respectiva conduta proibida. Essa delimitação do risco autorizado é bem mais expressiva, quando se observa a disciplina constitucional para a decretação dos estados de defesa e de sítio, que implicam sérias restrições de direitos individuais, mas que deverão ter a aprovação do Congresso (arts. 136, § 4º e 137).

86. Por conseguinte, quando a própria Constituição passa a autorizar uma violação dos limites do poder de intervenção sobre a pessoa, a ser exercido pelo Presidente da República, ainda, assim, o faz mediante o controle do Congresso Nacional, o que indica que, em condições normais, toda forma de intervenção pessoal, com violação de direitos fundamentais, tem que se submeter a uma rígida disciplina. Nesse ponto, o Estado democrático de direito não pode tergiversar: exige dos agentes políticos uma estrita e rigorosa observância da legalidade e dos limites estritos do risco autorizado.

Câmara dos Deputados
7310-A
Comissões Especiais

87. Assim, os agentes políticos não podem ultrapassar os limites estritos do risco autorizado quando se trate de intervenção sobre direitos individuais, tais como, o direito de liberdade, de sigilo de correspondência, de telefonia ou de dados, de reunião e manifestação, de aceder ao Judiciário e usar dos recursos para sua defesa, de liberdade de cátedra, de não ser preso senão em flagrante ou por ordem escrita da autoridade judicial competente, o direito de propriedade e outros previstos na Constituição.

88. A observância estrita dos limites impostos ao poder de intervenção sobre as pessoas privadas constitui o cerne da democracia. Sua desconsideração por parte dos governantes, não apenas do executivo, mas também do legislativo e do judiciário destrói o Estado de Direito e viola a própria essência da Constituição, a qual, na modernidade, não pode ser vista como produto de um simples contrato imaginário, mas, sim, agora, como um ato legislativo que congregue todos os cidadãos como seus necessários participantes.[79]

89. Isso significa que o legislativo não pode regular a vida de todos os cidadãos como se fossem máquinas de produção, conforme seus interesses políticos, nem o executivo deve se vincular a esse tipo de procedimento, pondo em marcha seus aparelhos repressores de plantão, nem o judiciário por meio de uma exegese primária a coonestar o arbítrio. GRIMM, que foi Juiz da Corte Constitucional da Alemanha e professor catedrático de Direito Constitucional na Universidade de Frankfurt, bem alertou que tal forma de se conduzir dos

[79] FRANKENBERG, Günter. "Die Rückkehr des Vertrags. Überlegungen zur Verfassung der Europäischen Union", Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Frankfurt am Main, 2001, p. 523.

Câmara dos Deputados
Fl. 7311
Comissões Especiais

poderes constituídos é uma manifestação de irracionalidade, a pôr a reboque todos os direitos fundamentais conquistados ao longo dos tempos.[80]

90. GRIMM reconhece, no entanto, que as tarefas do Estado moderno foram muito ampliadas, o que impõe aos próprios governantes uma tarefa bem diversificada. Ao mesmo tempo em que devam manter uma estrita observância dos limites do poder de intervenção sobre as pessoas, devem perseguir, no âmbito administrativo, outros objetivos, que os impelem à criação de outros instrumentários estatais.[81]

91. Afora os atos de império, típicos da administração, o Estado contempla também atos de negociação, adequados a servirem de novos elementos de consecução de sua política. Essa reestruturação do Estado, não mais sob a forma do modelo liberal passivo, mas, sim, agora como propulsor de desenvolvimento, impõe outras formas de administração, às vezes mais arriscadas do que de costume. Entretanto, como assinala GRIMM, esses atos administrativos, em face de sua própria estrutura, objetivos e disciplina, não requerem mais uma prévia submissão ao Parlamento: "*O Parlamento encontra-se em uma situação de ratificação, assemelhada àquela da resolução acerca dos tratados internacionais*".[82]

92. Assim, no que toca à prática administrativa, que envolve relação entre Estado e agentes políticos e não entre Estado e pessoa individual, o governo pode, por exemplo, desenvolver uma política econômica ou fiscal mais

[80] GRIMM, Dieter. "Bedingungen demokratischer Rechsetzung", Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Frankfurt am Main, 2001, p. 489 e ss.
[81] GRIMM, Dieter. Nota 80, p. 500.
[82] GRIMM, Dieter. Nota 80, p. 503.

Câmara dos Deputados
Fl. 7311-A
Comissões Especiais

arrojada do que a recomendada, mas nem por isso estará atuando fora do risco autorizado. Quer dizer, então, quanto aos crimes de responsabilidade, que só haverá imputação de responsabilidade quando a atividade do agente político puser em alto risco a ordem administrativa e a democracia, centrada na própria Constituição e seus elementos específicos: *a integridade territorial do país, a separação e independência dos poderes, a preservação dos direitos políticos, individuais e sociais, a incolumidade pública, o sufrágio universal e o processo eleitoral, a preservação de um Estado de direito, vinculado à disciplina e execução das leis*, entre outros. Não será, assim, qualquer risco que pode fundamentar a responsabilidade do Presidente por seus atos arrojados, mas somente o risco altamente relevante.

93. Convém proceder também, aqui, à distinção entre risco e perigo. Considera-se perigo qualquer situação que se caracterize por uma probabilidade de dano. A vida, em geral, contém muitos perigos: de acidentes, de enfermidades, de calamidades, de incêndio, de explosão, de desestabilidade econômica e financeira, de desemprego, de desentendimentos pessoais ou de rechaço social. Há quantidade quase que incalculável de formas de perigo, até porque sua própria noção, a partir da aplicação do critério da probabilidade, implica um desenvolvimento progressivo de sua ocorrência.

94. Ao contrário disso, haverá risco quando haja uma manifesta exposição ao perigo. Qualquer um pode ser acometido de uma enfermidade, portanto, estar sujeito ao perigo de doença, embora seja saudável. Mas estará sob o risco de uma enfermidade quando se exponha ao seu contágio. Um motorista que dirige numa rodovia de tráfego intenso, com pneus novos e com observância de todas as regras corretas de direção, está sujeito, de qualquer

Câmara dos Deputados
Fl. 7312
Comissões Especiais

forma, ao perigo de que, durante o trajeto, venha a derrapar quando transite por sobre pista molhada; estará, por outro lado, sob risco de que isso ocorra, quando dirija com pneus gastos. Em ambos os casos, sob chuva, haverá perigo de derrapagem, mas só no segundo é que, em face da exposição, ocorrerá o risco desse acontecimento. A diferenciação é muito importante, porque somente a violação do risco não autorizado pode fundamentar a imputação de responsabilidade individual.

95. O mesmo ocorre nos crimes de responsabilidade, mas, aqui, com uma importante condição: somente o risco elevado da produção do evento pode justificar a afirmação de que o fato fora obra exclusiva do Presidente. É que nos atos político-administrativos, vigora, antes de tudo, a busca pelo bem comum e não por benefício pessoal. Como assinala OFFE, "*a finalidade política do bem comum é atributo de uma síntese de valores da modernidade e da justiça, ou seja, da qualidade moral. Por isso se diferencia o bem comum (bonum comune) dos estados agregados de valores intencionais que podem resultar da busca inteligente de interesses individuais, portanto, alguma coisa relacionada a bens coletivos, estratégias globais positivas e negociações equilibradas*".[83] Em vista disso, a própria Constituição, ao consignar os tópicos relativos aos crimes de responsabilidade, não os instituiu como qualquer infração, mas, sim, somente como infrações à Constituição.

96. Os tópicos constantes dos incisos do art. 85 da Constituição, por conseguinte, estão subordinados ao que conste do *caput* desse artigo, ou seja, à *violação da Constituição* e devem ser interpretados restritivamente e não aos

[83] OFFE, Claus. Wessen "Wohl ist das Gemeinwohl", in Günther/Wingert (org.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Frankfurt am Main, 2001, p. 460.

Câmara dos Deputados
Fl. 7312-A
Comissões Especiais

moldes dos dispositivos das leis infraconstitucionais. Ainda que o atentado, por exemplo, à lei orçamentária esteja subordinado a um preceito legal, isso não implica que produza sempre a responsabilidade do Presidente.

97. Então, mais uma vez, se manifesta a necessidade de se eliminar do âmbito da interpretação o conceito de ação instrumental, ou seja, daquela que está fixada exclusivamente a um modelo causal, no qual será importante apenas a relação entre meio e fim. A análise, assim, da atividade administrativa não pode prescindir do exame do contexto, em que irá se desenvolver. Isso se dá sob dois planos: inicialmente, sob um plano comunicativo pragmático, no qual se deva avaliar se foram atendidas as regras impostas pelo regime democrático, expressas por um discurso racional; depois, em face de uma ação estratégica, como componente necessário do tipo a identificar até que ponto e em que medida foi excedido o risco autorizado.

98. A ação estratégica é aquela na qual sua realização não se vincula diretamente a um resultado, mas, sim, à atitude dos demais e também às regras que disciplinam sua execução. No campo político-administrativo, a ação estratégica será aquela que se desenvolve em torno das atividades que digam respeito ao exercício do governo no âmbito do que dispõe a Constituição. Como ato de governo, a ação estratégica não segue uma forma linear, nem pode ser classificada ou avaliada segundo único parâmetro.

99. Conforme os conflitos existentes no campo político e administrativo, devem variar as respectivas ações. Dai dizer FORST que "*O mundo normativo não se desintegra numa multiplicidade heterogênea de esferas de valor incompatíveis, mas também não está ordenado de forma linear no*

Câmara dos Deputados
Fl. 7313
Comissões Especiais

sentido único. Existe a possibilidade de conflitos tanto no interior dos quanto entre os contextos práticos (Nagel, 1979, p. 134). Uma interpretação intersubjetiva de todas as esferas de questões práticas sobre o que é bom ***para mim****, o que é exigido pelo direito, o que é politicamente justificado* ***para nós*** *e o que é moralmente correto* ***para todos*** *não assume que as respostas que possam ser dadas nesses planos e particularmente entre eles tenham de estar necessariamente em acordo entre si".*[84]

100. Portanto, nem sempre devem coincidir os propósitos do executivo e do legislativo, o que não implica considerar que o dirigente administrativo, seja presidente ou primeiro ministro, tenha excedido os limites do risco autorizado. Não será o Parlamento, assim, o detentor dos critérios de delimitação do risco, mas, sim, o que consta na Constituição e nas leis que a regulamentam, em face dos objetivos do próprio regime democrático, que deve ser orientado, como se disse, para o bem comum e não para interesses partidários. Ressalte-se que as formas de entendimento acerca dos projetos de governo nem sempre podem ser congregadas em determinada unidade, oponível a qualquer outra alteração.

101. Interpretando como o Estado moderno enfrenta essas questões, leciona ARNASON que a "*unidade da compreensão culturalmente codificada do mundo, bem como a forma de entendimento institucionalizada não pode ser confundida, certamente, com uma harmonia não conflitiva. Aos influxos essenciais do mundo moderno pertence, como assinala HABERMAS, um espaço de atuação para interpretações divergentes e contraditórias, que codeterminam*

[84] FORST, Rainer. Contextos da justiça, tradução Denilson Luís Werle, São Paulo, 2010, p. 291.

Câmara dos Deputados
Fl. 7313-V
Comissões Especiais

também o desenvolvimento dos movimentos sociais".[85] Assim, os riscos que o governo assume podem ser compreendidos dentro de uma escala saudável de atuação, capaz de refletir projetos políticos essenciais voltados à população mais necessitada, nem sempre coincidentes com aqueles da oposição ou das elites.

102. Nesse sentido, pode-se partir do próprio conceito jurídico-penal de risco autorizado, como sendo aquele que "*se mantém no âmbito dos riscos gerais, por conseguinte, tolerados pela sociedade e vistos como socialmente adequados*".[86] Assim, serão riscos autorizados, para o efeito da responsabilidade administrativa dos governantes políticos, aqueles que se situam dentro do âmbito adequado ao exercício do poder democrático, sob a égide de respeito e proteção dos cidadãos. Incluem-se nesse risco autorizado o que se denomina de risco geral da vida,[87] que é aquele inerente ao próprio exercício da administração.

103. Por outro lado, para a imputação de responsabilidade não basta que o risco tenha sido violado. Pode ser que essa violação tenha se dado para evitar mal maior, decorrente do próprio contexto no qual se executa a ação de governo. Se, assim, o Presidente deixar de cumprir uma decisão judicial de desapropriação para evitar que, diante de sua estrita aplicação, seja posta em perigo direto a vida ou a saúde dos cidadãos afetados pelo ato judicial, não lhe será imputada a responsabilidade por tal descumprimento, ainda que, com isso, se tenha violado o risco autorizado e produzido um resultado de prejuízo ao dono do prédio desapropriado.

---

[85] ARNASON, Johann P. "Die Moderne als Projekt und Spannungsfeld", Kommunikatives Handeln, Beiträge zu Habermas' Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt am Main, 2002, p. 315.
[86] HEINRICH, Bernd. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4ª edição, Stuttgart, 2014, p. 91.
[87] WESSELS/BEULKE. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42ª edição, Heidelberg, 2012, p. 67.

Câmara dos Deputados
Fl. 7313-A
Comissões Especiais

104. Poder-se-ia falar, aqui, de estado de necessidade, mas como a intervenção do governo se deu no mesmo contexto da execução da decisão judicial e não criou outra cadeia causal e nem afetou outro bem jurídico, senão aquele mesmo inserido no ato judicial, deve ser, na verdade, afastada a própria tipicidade da conduta por aplicação do princípio da diminuição do risco. O princípio da diminuição do risco está muito mais afeto a casos relacionados a delitos comissivos, mas nada obsta a que se aplique também à omissão ou aos crimes de responsabilidade.

105. É insuficiente para a imputação de responsabilidade que o risco desautorizado tenha sido violado ou aumentado. Aqui, é necessário que a ação arriscada se tenha também exaurido no resultado produzido, ou seja, que o resultado tenha decorrido da violação do risco. Mas isso pode não ocorrer. Pode, assim, haver uma ação arriscada e esta não se exaurir no resultado, conforme os seguintes casos: a) em decorrência de cursos causais atípicos; b) pelos fins de proteção da norma; c) pela impossibilidade de impedir o resultado com uma conduta adequada ao risco autorizado; d) por situações que se situem fora do tipo de delito.[88] Esses são casos típicos de exclusão da imputação para os crimes comuns, principalmente daqueles que envolvem lesão de bens jurídicos pessoais. Nos crimes de responsabilidade, cujos objetos se referem à política estatal e a atos de administração, relevante será a questão relativa aos fins de proteção da norma e à inocuidade da realização de condutas ajustadas aos limites do risco.

106. Os fins de proteção da norma dizem respeito àqueles preceitos que

[88] HEINRICH, Bernd. Nota 86, p. 94 e ss.

Câmara dos Deputados
Fl. 7313 - AV
Comissões Especiais

regulam diretamente a atividade administrativa e dão base ao exercício do poder político. A infração a esses preceitos fornecerá a base para configurar as ações disciplinadas na Lei nº 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade, conforme previsão contida no art. 85 da Constituição. Como essas normas são editadas, muitas vezes, pelo próprio poder executivo, somente uma análise percuciente de seu conteúdo poderá delinear os limites do risco assumido.

107. Deve-se, porém, desde logo asseverar que a lei ordinária, ao definir os crimes de responsabilidade, não pode ultrapassar os limites impostos no art. 85 da Constituição. São, assim, inconstitucionais as reformas introduzidas no art. 10 da Lei nº 1.079/50, especificamente nos acréscimos dos incisos 5 a 12, nos quais se confunde entre infração das normas da lei orçamentária e das normas da lei de responsabilidade fiscal. Conforme se pode ver, nitidamente, do art. 85 da Constituição, esta apenas contemplou, como crimes de responsabilidade, as infrações à lei orçamentária, mas não infrações à lei de responsabilidade fiscal.

108. Na sua redação originária, a Lei nº 1.079/50 previa como crimes de responsabilidade, no que toca ao orçamento, a omissão de apresentar a proposta de orçamento ao Congresso Nacional dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa (art. 10, inciso 1), exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento (art. 10, inciso 2), realizar o estorno de verbas (art. 10, inciso 3) e infringir, patentemente, ou de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária (art. 10, inciso 4). Essas são típicas infrações ao orçamento, conforme dispõe o art. 85, VI, da Constituição. Por outra parte, não podem os novos incisos de 5 a 12, que foram acrescidos ao art. 10 da Lei 1.079/50 e que tratam, tipicamente, de infrações à lei de responsabilidade fiscal, se

Câmara dos Deputados
Fl. 7314
Comissões Especiais

compatibilizarem com esse art. 85, VI, da Constituição.

109. De modo mais específico, o ato do Presidente que ofenda a lei orçamentária (art. 85, inciso VI, da CR), para configurar conduta passível de imputação de crime de responsabilidade, deve também representar um atentado à Constituição. Essa interpretação resulta dos limites textuais do dispositivo constitucional. Desse modo, quando a Constituição afirma que a violação à lei orçamentária constitui hipótese de responsabilização do Presidente da República (inciso VI), o faz sob o regime jurídico previsto na cabeça do art. 85, a significar que somente a ofensa grave – atentado – às leis orçamentárias previstas na Constituição autorizam cogitar do impedimento do Presidente. Não fosse assim, a violação a normas meramente infraconstitucionais, sem assento constitucional, conduziria à afirmação da prática de crime de responsabilidade, o que evidentemente não se admite à luz da literalidade do art. 85. As leis orçamentárias, por sua vez, são apenas três: *o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias* e a *lei orçamentária anual* (art. 165, da CR). Essas leis condensam as escolhas mais importantes na democracia brasileira e resultam da soma das vontades do Executivo e do Legislativo, tudo em ordem a conferir maior legitimidade às decisões sobre onde e como aplicar os recursos públicos. A lei de responsabilidade fiscal, cuja existência não decorre de expressa previsão constitucional, realiza funções instrumentais em relação às leis orçamentárias previstas na Constituição, mas com elas não se confunde.

110. Igualmente, a infração à lei de responsabilidade fiscal não pode corresponder ao inciso VII, do art. 85, da Constituição. Este dispositivo não diz respeito a qualquer infração legal, mas, sim, ao descumprimento generalizado das leis e das decisões judiciais. Não será, portanto, crime de responsabilidade

Câmara dos Deputados
Fl. 7314 - V
Missões Especiais

descumprir uma lei, mas, sim, as leis em geral, de tal sorte a instituir no Estado uma completa anomia. Até porque o descumprimento de uma lei não implica a destruição do regime legal, nem um atentado ao regime que ponha em risco a democracia e o Estado de direito. Pode ser que o governo tenha que retardar o cumprimento de uma lei para poder ajustar a máquina administrativa ao seu conteúdo e pode ser também que a deixe de cumprir porque a qualifique como inconstitucional. Neste último caso, é mais do que visível a opção no sentido de cumprir a norma que apresente, hierarquicamente, maior força cogente do que a norma ordinária, ainda que vigente, qual seja, a norma constitucional.

111. Como toda norma que encerra a previsão de condutas proibidas, aquelas dos crimes de responsabilidade podem comportar atuação dolosa e culposa. A Constituição não indica, de forma clara, que essas infrações possam ser também culposas, o que implica considerar a necessidade de sua limitação. Vale dizer, somente haverá infração culposa quando a própria definição da ação típica dispuser nesse sentido. Isso pode se dar mediante uma previsão expressa, conforme a técnica acolhida no Código Penal e imposta pela tradição desde a substituição de *crimen culpae* por *crimina culposum,* ou instituindo na descrição da conduta os indicadores dos delitos culposos, ou seja, a infração à norma de cuidado e o respectivo processo de imputação. Neste último caso, é indispensável que o tipo legal descreva, com precisão, como a violação da norma de cuidado se exauriu no resultado.

112. Já no que toca aos crimes omissivos a situação é mais complexa. Pode-se ver que a Lei nº 1.079/50 contemplou formas omissivas de conduta (art. 5º, inciso 9; art. 8º, incisos 5 e 8; art. 9º, incisos 1, 2 e 3), todas constitutivas de crimes omissivos próprios. Quando quis atribuir a responsabilidade por não

Câmara dos Deputados
Fl. 7314 A
Comissões Especiais

impedir a prática de crimes contra a segurança interna do país, não o fez na forma de crime omissivo impróprio, mas como crime omissivo próprio (art. 8•, inciso 5), o que está a indicar que, por sua sistemática, diversamente do que ocorre no Código Penal (art. 13, § 2º), os crimes de responsabilidade por omissão só se expressam na forma de crimes omissivos próprios, ou seja, aqueles cuja omissão vem definida como tal na mesma lei.

113. Para que haja crime omissivo impróprio é necessário não apenas o descumprimento de um dever especial de impedir o resultado, nas hipóteses em que o agente podia agir, mas também que a omissão se equipare à ação, isto é, que a produção do resultado por omissão possa ser imputada ao agente como se fora por ação. Tal só se pode dar naqueles casos em que a atuação do agente é de tal ordem necessária e imprescindível ao resguardo do bem jurídico que a produção do resultado lhe possa ser imputado como se ele mesmo o tivesse causado por ação. Esses casos só podem ocorrer, porém, quando se trate de atentados a bens pessoais, como a vida, a integridade física ou a liberdade, nos quais a falta de ação acarreta, desde logo, o desencadear da causalidade, apta a produzir o resultado. A mãe que deixa de fornecer alimento ao filho recém-nascido poderá ser responsabilizada por sua morte por inanição porque é iniludível a relevância de sua atuação para impedi-la, ainda que não tenha atuado diretamente sobre a causalidade. Nesse caso, sem dúvida, a omissão se equipara à ação. O mesmo não se pode dizer, porém, quando se trate de omissão administrativa. Isso vale tanto para os crimes de responsabilidade, quanto para os delitos comuns. Ademais, como se pode ver da leitura do art. 38 da Lei nº 1.079/50, o Código Penal não lhe é legislação subsidiária. Portanto, são inaplicáveis, aqui, as normas que disciplinam a posição de garantidor (art. 13, §

Câmara dos Deputados
Fl. 7314-A
Comissões Especiais

2ª, do CP). A aplicação dessas normas aos crimes de responsabilidade viola o princípio da legalidade.

114. Procedendo-se, além disso, a um exame da Lei nº 1.079/50, pode-se ver, sem maiores especulações, que alguns de seus dispositivos são incompatíveis com a Constituição, por violarem o princípio da legalidade. O princípio da legalidade exige, como se sabe, uma definição de conduta com elementos capazes de orientar a atividade do seu destinatário. Isso só será possível quando a definição indique, não apenas, o enunciado genérico de uma vontade legislatória, senão, expressamente, os elementos ou dados empíricos que possam servir de base para a proibição ou a determinação.

115. Assim ocorre nos crimes definidos nos arts. 5º, inciso 6; 7º, inciso 6; 8º, inciso 7; 9º, inciso 7. Em todos esses dispositivos não há uma descrição de condutas com indicação precisa de seus elementos constitutivos e de seus limites.

116. No art. 5º, inciso 6, atribui-se, como crime de responsabilidade, a conduta de "*celebrar tratados, convenções ou ajustes que comprometam a dignidade da nação*". Primeiramente, é discutível se uma nação possui dignidade. O conceito de dignidade, que advém da fórmula kantiana do segundo imperativo categórico, é atributo da pessoa individual e não de um Estado ou nação. Sua inserção no direito moderno teve por objetivo a limitação do poder de intervenção do Estado sobre os direitos da pessoa, como um freio ao emprego de violência ou persecução arbitrária dos governantes contra os cidadãos. Dessa forma, a definição de dignidade nacional não comporta a identificação de elementos capazes de sedimentar um juízo objetivo sobre sua lesão.

Câmara dos Deputados
Fl. 7315
Comissões Especiais

117. O art. 7º, inciso 6, no qual se se lê, como conduta proibida, "*subverter ou tentar subverter por meios violentos a ordem política e social*", corresponde ao velho, velhíssimo enunciado autoritário, contido no art. 113, inciso 9, da Constituição de 1934, depois incorporada ao art. 43, parágrafo único, da Constituição de 1937, que deu azo à perseguição política pelo Tribunal de Segurança Nacional e, mais tarde, à repressão aos inimigos políticos da ditadura de 1964 a 1985. Acerca dessa indeterminação do que constitua "*subverter a ordem política e social*", adverte HELENO FRAGOSO que se trata de uma incriminação vaga, própria dos regimes totalitários. "*A incriminação vaga – diz ele – atinge o princípio da reserva legal e, comumente, torna a lei inaplicável pela indeterminação de seu conteúdo*".[89]

118. Também indeterminado é o conteúdo do art. 8º, inciso 7, que se exprime como "*permitir, de forma expressa ou tácita, a infração de lei federal de ordem pública*". Ademais da indefinição do que constitua lei de ordem pública, uma vez que, em geral, todas as leis federais são de ordem pública no âmbito da respectiva matéria que disciplinam, ainda há que esclarecer de que forma se pode permitir, de modo tácito, a infração dessas leis.

119. Finalmente, pior do que seus antecessores é o disposto no art. 9º, inciso 7: "*proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo*". Da mesma forma do que se disse acerca do inciso 6, do art. 5º, não há dignidade, nem honra, nem decoro de cargo. A dignidade, a honra e o decoro são atributos pessoais e não de órgãos. Por outro lado, mesmo que se admitisse

[89] FRAGOSO, Heleno Claudio. Lei de segurança nacional. Uma experiência antidemocrática, Porto Alegre, 1980, p. 39.

Câmara dos Deputados
Fl. 7315-A
Comissões Especiais

que os cargos tivessem dignidade, honra e decoro, a lei não esclarece – e deveria esclarecer – de que modo o comportamento do Presidente da República poderia ser qualificado como incompatível com tais atributos de qualidade.

120. Como garantia de uma relação transparente entre o Estado e a pessoa afetada pela incriminação, a Constituição da Alemanha (GG), veda, expressamente, no seu art. 103, (2), a incriminação indeterminada. Sobre isso, assim se manifesta ROXIN: "*Uma disposição penal que enunciasse dessa forma: "Quem, de modo insuportável, atentar contra o bem comum será punido com pena privativa de liberdade até cinco anos" tornaria supérfluos inúmeros parágrafos do Código Penal. Ela seria, porém, nula, porque não possibilitaria reconhecer como a conduta punível devesse ser empreendida. A punibilidade não estaria* ***determinada****, pois somente o juiz deveria fixar qual conduta, de modo insuportável, atentaria contra o bem comum*".[90] Atendendo às características de indeterminação desse tipo de crime na Itália, assim se manifesta MANTOVANI: "*A doutrina italiana prevalente, sensibilizada quanto ao problema constitucional da taxatividade, está, ao revés, se orientando, como a doutrina alemã, no sentido de uma interpretação mais rigorosa do princípio, mostrando-se propensa a considerar inconstitucional o tipo indeterminado*".[91]

II.E. O DOMÍNIO DO FATO

121. O dirigente do governo não pode ser responsabilizado por todas infrações cometidas por seus subordinados. Diga-se de passagem, é

[90] ROXIN, Claus. Strafrecht, Allgemeir Teil, I, 4ª edição, München, 2006, p. 142.
[91] MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale, Parte Generale, Milano, 1988. P. 100.

Câmara dos Dep
Fl. 7316
Comissões Especiais

completamente dessarrazoada a invocação, para tanto, da chamada teoria do domínio do fato. Em primeiro lugar, a teoria do domínio do fato não se aplica às omissões; em segundo lugar, pela teoria do domínio do fato o dirigente só poderá ser autor do fato quanto atuar diretamente sobre sua execução. Mas para ser instigador ou cúmplice deverá ter dado a ordem ou efetivamente colaborado para a execução do fato. Fora disso, é mera especulação, sem qualquer respaldo jurídico.

122. Para dirimir dúvidas quanto à caracterização da coautoria, mais do que significativa será a palavra de ROXIN: "*A necessidade de uma atuação em divisão de trabalho no estágio de execução, como pressuposto da coautoria, decorre do princípio fundamental do domínio do fato. Não se pode dominar a realização do tipo quando não se esteja ali presente ou não se verifiquem as exigências da autoria mediata. Apenas quem represente um papel expressivo na execução pode dominá-la. Aquele que, no estágio dos atos preparatórios, contribua de forma importante para o fato, mas deixe sua execução a cargo de outro, tira o fato de suas mãos e renuncia – salvo nos casos de autoria mediata – ao seu domínio.*"[92]

123. Portanto, para caracterizar a coautoria não basta que o agente tenha participado da preparação do delito. Independentemente, assim, de se analisar o elemento subjetivo dessa coautoria, se o agente não participa da execução não será coautor. Ademais, ainda acrescenta ROXIN que a contribuição do agente na execução tem que ser relevante. Mesmo que o agente participe da execução ou nela esteja presente, não será coautor se essa sua participação não for relevante para a repartição funcional do trabalho. Diz ROXIN: "*A contribuição para o*

[92] ROXIN, Claus. Strafrecht, Allgemeiner Teil, II, München, 2003, p. 81.

Câmara dos Deputados
7316-A
Comissões Especiais

fato no estágio da execução deve, além disso, ser relevante, que se quiser fundar uma coautoria."[93]

124. Em relação à instigação, o agente deve determinar o autor (executor) para o fato. Não é suficiente, assim, mera apologia do fato, nem sua participação em um empreendimento. Sobre isso diz ROXIN: " *Isso significa, inicialmente, que ele deve ser causal para a resolução do autor para o fato, ainda que seja suficiente uma cocausalidade. Não é possível uma instigação, portanto, quando o mandatário já estiver decidido para o fato, quando seja um* ***omnimodo facturus."*** [94] Para que haja instigação, o instigador deve saber que o mandatário já não se tenha decidido para o fato. Como, aqui, não se trata de uma causalidade material, senão uma causalidade psíquica, só nessa situação se poderá reconhecer, justamente, sua contribuição causal para o delito.

125. Da mesma forma, na cumplicidade se exige uma contribuição causal para o fato, além da vontade de colaborar na obra de outrem. Além do mais, a cumplicidade só se pode dar, como na instigação, em relação a fatos determinados, não há cumplicidade genérica. ROXIN acrescenta ainda dois outros requisitos: que a colaboração tenha aumentado o risco da produção do resultado e que o cúmplice saiba exatamente o que o autor pretende.

126. Diz ROXIN: *"Uma cocausalidade no sentido de uma influência sobre a forma e o modo concreto da realização do tipo é, para a cumplicidade, na verdade, necessária, mas não é suficiente. (...) A aplicação do princípio do aumento do risco na cumplicidade decorre do fundamento penal da*

[93] ROXIN, Claus. (Nota 92), p. 87.
[94] ROXIN, Claus. (Nota 92), p. 149.

Câmara dos Deputados
Fl. 7317
Comissões Especiais

participação: porque somente quem, dolosamente, melhore as chances do autor e aumente o risco da vítima é quem assume uma autônoma agressão ao bem jurídico."[95] Do mesmo modo, mais adiante: "*De qualquer forma, a cumplicidade pressupõe que o aumento das chances esteja presente até o estágio da consumação."*[96]

127. Já em relação ao dolo do cúmplice leciona ROXIN: *"De qualquer modo, a jurisprudência exige que o cúmplice tenha um dolo de promoção (fomento) no sentido de que sua contribuição deve ser tomada como útil pelo autor."*[97] Portanto, mesmo que o dirigente do governo tenha dado, conscientemente, uma contribuição causal para o fato, é indispensável que essa contribuição seja idônea, isto é, tenha sido acolhida pelo executor como uma contribuição relevante.

128. Além das hipóteses de coautoria, instigação e cumplicidade, a doutrina também contempla, como forma de participação punível, a autoria mediata. A tese da autoria mediata, que foi, inclusive, combatida no Brasil por NELSON HUNGRIA, que a considerava incompatível com a regra contida no originário art. 25 do Código Penal, é hoje reconhecida pela doutrina, mas apresenta certas particularidades, principalmente em face da chamada *autoria mediata por força de aparelhos organizados de poder*.

129. Essa figura foi criada por ROXIN em 1963, em publicação no Goltdammer's Archiv, sob o título "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate" (Fatos puníveis no âmbito de aparelhos organizados de poder),

[95] ROXIN, Claus. (Nota 92), p. 203.
[96] ROXIN, Claus. (Nota 92), p. 205.
[97] ROXIN, Claus. (Nota 92), p. 224.

Câmara dos Deputados
Fl. 7317-A
Comissões Especiais

mais tarde desenvolvida em sua tese de habilitação "Täterschaft und Tatherrschaft" (Autoria e domínio do fato) e, finalmente, revista e complementada em artigo publicado em 2012 no Goltdammer's Archiv, sob o título "Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft" (Para a mais recente discussão acerca do domínio de organização).

130. Esse caso especial de autoria mediata foi concebido para enquadrar, dogmaticamente, como autor e não como partícipe, aquele que, no comando ou direção, do governo da Alemanha Oriental, tivesse contribuído para os homicídios praticados pelos guardas de fronteira em face de fugitivos do regime. Pela forma empregada, tal formulação seria aplicável aos crimes realizados nos campos de concentração nazista e também àqueles praticados durante o regime estalinista na antiga União Soviética. Portanto, a figura da autoria mediata decorrente de aparelhos organizados de poder foi originariamente pensada para situações típicas de regimes autoritários.

131. Assim, o dirigente da Alemanha Oriental, embora não tivesse participado da execução dos homicídios de fronteira, e nem houvesse uma demonstração de que os tivesse diretamente instigado ou auxiliado, responderia por autoria mediata, por integrar, como protagonista principal, um regime autoritário, no qual vigorava uma ordem interna rígida e vinculante, hierarquicamente estruturada e, nos casos específicos, contrário à ordem jurídica e aos pactos jurídicos internacionais.

132. ROXIN enumera os seguintes pressupostos para que tal forma de autoria mediata possa ser reconhecida: a) o autor mediato deve exercer no âmbito da organização um poder de comando; b) a organização, em face das

Câmara dos Deputados
Fl. 7318
Comissões Especiais

atividades jurídico-penalmente relevantes, deve ter-se desligado do direito; c) os executores diretos devem ser fungíveis, de modo que possam ser substituídos anonimamente por qualquer outro; d) a alta relevância da disponibilidade dos autores diretos de executarem o fato.[98]

133. Esses quatro requisitos não são autônomos e, segundo ROXIN, produzem uma elevada inclinação para o fato por parte dos executores diretos, porque a determinação difusa, exercida no âmbito da organização de poder, conduz a um assentimento forçado quanto à sua execução. Por sua vez, o desligamento do direito por parte do aparelho em face dos executores faz com que esses não precisem temer diante de sua suposta responsabilização criminal. Ademais, por sua fungibilidade, não se preocupam pelo êxito de sua execução pessoal, de vez que outros podem fazê-lo em seu lugar, já que todos estão disponíveis para a operação maléfica. ROXIN assinala, expressamente, que essa inclinação para a execução fortalece o domínio sobre o fato por parte do autor mediato, mas não constitui um critério próprio do domínio de organização, mas sim uma consequência dos demais pressupostos, os quais devem estar todos presentes na configuração dessa forma de autoria mediata.

134. Essa categoria de autoria mediata, proposta por ROXIN, sofreu muitas objeções. Bastante relevante foi a crítica feita por WEIGEND, para quem seria completamente contraditório pensar-se no autor direto, ao mesmo tempo, como responsável pelo resultado e instrumento do autor mediato; por outro lado, acentua WEIGEND a vacuidade do conceito de domínio, o qual não se esclarece quanto à sua natureza, se é consequência de um critério puramente empírico ou

[98] ROXIN, Claus. Zur neusten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA, 2012, p. 396 e ss.

Câmara dos Deputados
Fl. 7318-A
Comissões Especiais

normativo.[99] Também URBAN, em trabalho específico sobre o tema, já havia se oposto a um conceito de autoria mediata em que o executor fosse, ao mesmo tempo, instrumento e autor plenamente responsável.[100]

135. Igualmente crítico sobre essa categoria, ROTSCH afirma que o critério de fungibilidade não é suficiente para fundar um domínio sobre o fato do autor mediato, uma vez que, nesse caso, a decisão sobre o fato já não lhe pertence, mas, sim, ao executor. É irrelevante para fundar o domínio a circunstância de que o autor imediato acredite que não será responsabilizado. Essa circunstância não altera a falta de substancialidade do conceito. Seria frágil também a assertiva de que por força de uma organização fora do direito a posição hierárquica do autor mediato constituiria mais do que simples ponto de emissão de ordem, mas, sim, um elemento propulsor de sua execução. O reconhecimento acerca da existência de uma complexa engrenagem ilícita não impediu, inclusive, que ROXIN admitisse que, em alguns casos, quando se tratasse de delitos de estado, nem sempre todo o sistema estivesse fora do direito.[101]

136. Os casos clássicos de autoria mediata sempre se pautaram, aliás, conforme o próprio enunciado de ROXIN, na incapacidade do executor de decidir, conscientemente, sobre a execução, em razão do reconhecimento de que sua vontade estivera dominada pelo autor mediato, o chamado homem de trás. Isto porque, por seu conhecimento especial, o homem de trás detém um domínio sobre a causalidade. Mas para que isso efetivamente ocorra é indispensável que

[99] WEIGEND, Thomas. Perpretation through an Organisation, Journal of International Criminal Justice, Oxford, 2011, p. 91 e ss.
[100] URBAN, Carolin. Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, Göttingen: V& R, 2004, p. 68.
[101] ROTSCH, Tomas. Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft, ZStW, 2000, 3, p. 518 e ss.

Câmara dos Deputados
Fl. 7319
Comissões Especiais

o executor não seja plenamente responsável, porque, então, apenas por ficção se poderia admitir que sua vontade estivesse dominada pelo autor mediato.[102] Esse raciocínio não se desfaz quando se reconheça a fungibilidade do executor, por se encontrar no âmbito de uma organização. A organização, por si mesma, ainda que esteja situada fora do direito ou corresponda a regimes autoritários, não pode fundar um domínio empírico sobre a vontade do executor. Há, portanto, nesse caso, uma nítida construção teleológica, destinada a satisfazer propósitos de política criminal e não uma assertiva científica, baseada em fatos demonstráveis e incontroversos.

137. Outro aspecto importante da autoria mediata por força de aparelhos organizados de poder diz respeito aos tipos de organização. ROXIN explicita de modo claro que aqui se trata de dois tipos de organização. De um lado, uma organização política autoritária, própria de ditaduras ou de regimes antidemocráticos, como aqueles do período do nazismo, do estalinismo e das demais ditaduras da América Latina, da África ou da Ásia; de outro lado, por extensão, as organizações mafiosas ou terroristas, estruturadas à margem do direito. Não integram essas organizações criminosas nem empresas nem outras sociedades ou associações, estruturadas juridicamente, ainda que no seu meio venham a ser cometidos delitos, quer por seus dirigentes, quer por seus empregados. Portanto, essa categoria de autoria mediata, mesmo que superadas suas críticas, não pode ser aplicada aos dirigentes de um Estado democrático, ou seja, em regimes pautados por uma Constituição votada livremente pelos cidadãos, e cujo poder é exercido sob o atendimento à proteção de seus direitos fundamentais.

[102] RINZIKOSKI, Joachim. Zurück in die Steinzeit? Aporien der Tatherschaftslehre, in Festschrift-Schünemann, Berlin: De Gruyter, 2014, p. 506.

Câmara dos Deputados
Fl. 7319-A
Comissões Especiais

138. Aos crimes de responsabilidade também são aplicáveis as causas de exclusão da ilicitude previstas na ordem jurídica, com ênfase maior no exercício regular de direito, no estrito cumprimento de dever legal e no estado de necessidade. Nem será preciso reafirmar que a prática de um ato nos limites do exercício de uma norma permissiva ou no estrito cumprimento de um dever legal exclui qualquer forma de ilicitude, mesmo que o ato venha a produzir lesão de qualquer natureza a bens jurídicos diversos. Importante será que o ato não exceda os limites legais.

139. Mais complexa é situação vinculada ao estado de necessidade. Não há na lei que define os crimes de responsabilidade qualquer indicativo acerca dessa causa de justificação. A omissão legal, todavia, não impede seu reconhecimento, porque o estado de necessidade não pertence a um específico setor do direito, mas, sim, à ordem jurídica. Como diz VON HIPPEL, que estudou, profundamente, sua evolução, o estado de necessidade desde há muito constituiu um confronto de interesses: "*Um estado de perigo atual para interesses legítimos, que só pode ser evitado por meio da lesão de interesses legítimos alheios*".[103] Essa é uma definição geral de estado de necessidade, aplicável a todos os setores do direito. Contudo, a especificação maior do estado de necessidade só aparece por obra do Código Civil alemão (BGB), de 1896, verdadeiro monumento legislativo, cujo § 6 o previa expressamente, mas sob a condição de que o dano a ser evitado fosse, consideravelmente, maior do que o dano a ser sofrido pelo proprietário.[104] A legislação brasileira - tanto o Código

[103] HIPPEL, Robert von. Deutsches Strafrecht, II, Berlin, 1930, p. 215.
[104] "*O proprietário de uma coisa não está legitimado a proibir a intervenção de um terceiro sobre a coisa, quando a intervenção é necessária para afastar um perigo atual, e o dano decorrente da ameaça é,*

Câmara dos Deputados
Fl. 7320
Comissões Especiais

Penal (art. 24), quanto o Código Civil (art. 188, II) – não impõe como condição do estado de necessidade a execução do ato para evitar mal maior, mas essa fórmula está de acordo com o princípio da proporcionalidade, que constitui, também, um princípio geral da ordem jurídica.

140. Compreendido, assim, como um instituto da ordem jurídica, o estado de necessidade é aplicável aos crimes de responsabilidade, quando o agente político, para evitar mal maior para a democracia e o Estado de Direito, bem como para os objetivos expressos na Constituição, realize uma conduta capitulada como crime de responsabilidade. Os casos descritos nos arts. 136 e 137 da Constituição são hipóteses específicas de estado de necessidade, cujo exercício, porém, está sujeito ao controle do Congresso Nacional.

141. Finalmente, são extensíveis ao Presidente da República as causas de exculpação, ou seja, aquelas circunstâncias que, em face da impossibilidade real de agir de outro modo, impedem a formulação contra ele de um juízo de incompatibilidade para o exercício da função. É preciso atentar, aqui, porém, que o juízo de culpabilidade dos crimes de responsabilidade, como não implica a imposição de uma pena privativa de liberdade, só poderá ser um juízo declaratório de incompatibilidade com o cargo. As demais questões que puderem resultar de sua conduta e caracterizá-la como crime comum não dizem respeito a essa formulação. Sendo um juízo de incompatibilidade, a análise de seus elementos deve estar subordinada aos objetivos da Constituição e não aos seus fins pessoais, partidários ou de qualquer outro grupo ou movimento, nem a preceitos morais, religiosos ou ideológicos.

---

consideravelmente, maior do que o dano que, da intervenção, decorrer ao proprietário. O proprietário pode exigir indenização do dano que lhe foi causado".

Prof. Dr. Juarez Tavares
Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Professor Visitante na Universidade de Frankfurt am Main

Prof. Dr. Geraldo Prado
Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Câmara dos Deputados
Fl. 7330-A
Comissões Especiais

142. Voltando às indagações formuladas pelo advogado consulente, concluímos a segunda parte do presente estudo afirmando que, para o processo de *impeachment* do Presidente da República, as disposições contidas no art. 85 da Constituição e na Lei 1.079/50, que definem os crimes de responsabilidade, devem ser analisadas de conformidade com os fundamentos, estrutura e objetivos do Estado Democrático de Direito, consignados nos arts. 1° e 3° da Constituição, e interpretadas restritivamente para não violar os preceitos básicos que asseguram a pluralidade e diversidade da manifestação popular.

Rio de Janeiro, 26 de outubro de 2015.

Juarez Tavares

Geraldo Prado

Câmara dos Deputados
Fl. 7321
Comissões Especiais

Parecer

Luciana Grassano de Gouvêa Mélo

Câmara dos Deputados
Fl. 7122
Comissões Especiais

(...)
Porque os outros se compram e se vendem
E os seus gestos dão sempre dividendo.
Porque os outros são habeis mas tu não.

Porque os outros vão à sombra dos abrigos
E tu vais de mãos dadas com os perigos.
Porque os outros calculam mas tu não.

Sophia de Mello BreynerAndresen

O advogado Flávio Crocce Caetano consulta-me sobre matéria constitucional e financeira relativa ao papel que cabe às denominadas "pedaladas fiscais", na discussão e decisão em torno de eventual processo de impeachment contra a presidente Dilma Rousseff.

ENQUADRAMENTO DA CONSULTA

As chamadas "pedaladas fiscais" dão nome à prática do Tesouro Nacional de atrasar de forma proposital o repasse de dinheiro para bancos financiadores de despesas do governo com benefícios sociais e previdenciários.

Esses atrasos têm como objetivo fechar as contas de determinado mês ou ano fiscal, na medida que jogam a dívida para o período subsequente, ajudando a maquiar as contas do governo, que passam a apresentar indicadores econômicos melhores do que a realidade.

Caracteriza uma prática de adiar pagamentos bastante corriqueira, mas que o Tribunal de Contas da União, em 07/10/2015, no julgamento das contas apresentadas para o último ano do mandato anterior presidencial, passou a considerar os referidos atrasos como uma modalidade de empréstimo proibida pela Lei de Responsabilidade Fiscal, criada em 2000, emitindo parecer favorável à rejeição das contas presidenciais, relativas ao ano de 2014.

Câmara dos Deputados
Fl. 7323
Comissões Especiais

Esse recente julgamento do Tribunal de Contas da União trouxe ao cenário político um novo argumento que pretende reformular a tese do impeachment para caracterizar o crime de responsabilidade com base nas referidas manobras fiscais.

PARECER JURÍDICO

Todos os que estudam o direito constitucional sabem que os partidários do constitucionalismo não têm uma mesma concepção do direito. Uns seguem sendo positivistas (como Ferrajoli), enquanto outros (como Dworkin) defendem que a ideia fundamental do constitucionalismo é que o "Direito não pode ser visto exclusivamente como uma realidade já dada, como o produto de uma autoridade (de uma vontade), sim (ademais e fundamentalmente) como uma prática social que incorpora uma pretensão de justificação ou de correção"[1]

Para uma e outra forma de se entender o constitucionalismo, o caso em exame não apresenta soluções díspares. No caso específico desta consulta, se priorizarmos o legalismo chegaremos às mesmas conclusões que chegaríamos se a nossa prioridade recair sobre o elemento valorativo do Direito.

Analisemos, primeiramente, a norma constitucional para saber se um parecer do Tribunal de Contas da União, favorável à rejeição das contas presidenciais, é suficiente para caracterizar o crime de responsabilidade necessário para provocar o impedimento do mandato presidencial pelo Poder Legislativo.

O artigo 86, parágrafo 4º é taxativo: "O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções".

Desta norma constitucional retira-se a necessária interpretação de que a responsabilidade que autoriza o impedimento está adstrita aos limites temporais de um mandato. Uma eventual rejeição de contas pelo Legislativo relativa às contas

[1]ATIENZA, Manuel. Podemos hacer más. Otra forma de pensar elDerecho. Editorial Pasos Perdidos, 2013, p.38.

Câmara dos Deputados
Fl. 7324
Comissões Especiais

presidenciais de 2014 não podem macular a condução do novo mandato que o voto popular conferiu à presidente, a partir de 2015.

Outro ponto é que o art. 71 da Constituição Federal estabelece que o controle externo deve ser exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio.

Deste modo, a existência de parecer do Tribunal de Contas da União favorável à rejeição das contas do exercício de 2014 por si só não provoca o efeito de rejeição das contas, vez que o controle externo está a cargo do Congresso Nacional que se auxilia do Tribunal de Contas da União nesse mister.

Ademais, mesmo que as contas presidenciais de 2014 venham a ser rejeitadas pelo Congresso Nacional, cumpre distinguir duas situações distintas em que podem se enquadrar um governante: uma situação de ter as suas contas rejeitadas; e outra de ter cometido crime de responsabilidade capaz de provocar o impedimento de exercer mandato popular.

A tentativa de se atribuir à conduta de praticar as chamadas "pedaladas fiscais" a natureza de crime de responsabilidade por atentar contra a lei orçamentária, deveser contraditada com o argumento de que a culpabilidade estrita, consistente na prática de conduta dolosa grave, requisito necessário para caracterizar a infração político administrativa de impeachment, não está caracterizada.

Como considerar conduta dolosa grave a prática de manobras fiscais que vêm sendo realizadas desde 2000, sem que tenham nunca motivado rejeição de contas presidenciais pelo controle externo a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União?

No parecer prévio, o Tribunal de Contas da União se posiciona nos seguintes termos: "O Tribunal de Contas da União é de parecer que as contas atinentes ao exercício financeiro de 2014, apresentadas pela Excelentíssima Senhora Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, **exceto pelos possíveis efeitos dos achados de**

Câmara dos Deputados
Fl. 7325
Comissões Especiais

auditoria referentes às demonstrações contábeis da União, consignados no relatório, **representam adequadamente as posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial em 31 de dezembro de 2014**; contudo, **devido à relevância dos efeitos das irregularidades relacionadas à execução dos orçamentos**, não elididas pelas contrarrazões apresentadas por Sua Excelência, **não houve observância plena** aos princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal, às normas constitucionais, legais e regulamentares na execução dos orçamentos da União e nas demais operações realizadas com recursos públicos federais, conforme estabelece a lei orçamentária anual, **razão pela qual as Contas não estão em condições de serem aprovadas, recomendando-se a sua rejeição pelo Congresso Nacional**". (grifos nossos)

Como sobrepor ao princípio democrático que valoriza o mandato periódico e popular, irregularidades cometidas em atos contábeis, de pequena ofensa a valores éticos e princípios constitucionais, e que não tenham ensejado dano ao erário quantificado, apesar de comprovado o superior interesse público que motivou a sua prática?

Nesse ponto chegamos a uma análise valorativa do Direito. E não se pode deixar de contextualizar esse penoso momento da política nacional.

A presidente Dilma Rousseff ganhou as eleições para iniciar um segundo mandato popular a partir de janeiro de 2015. De janeiro para cá, contam-se 28 (vinte e oito) pedidos de impeachment, dos quais 20 foram já arquivados.

Já se tentou vincular o pedido de impeachment a suposta omissão da presidente em relação aos escândalos de corrupção na Petrobrás, sem que nunca, em nenhuma das numerosas delações ocorridas, tenha surgido qualquer denúncia capaz de macular a sua integridade.

As contas presidenciais de 2014, pela primeira vez na história do Tribunal de Contas da União, obtiveram parecer favorável à rejeição.

Câmara dos Deputados
Fl. 7326
Comissões Especiais

As pedaladas fiscais que fez, como fizeram os presidentes que a antecederam desde 2000, é tratada como motivação capaz de caracterizar crime de responsabilidade para fim de impeachment.

Não se devem forjar crises políticas para truncar a democracia.

A Constituição Federal de 1988 coroou o nosso processo de redemocratização, conquistado a duras penas. De lá para cá são 27 anos de estabilidade democrática. E a democracia pressupõe alguém que perde e alguém que ganhe, e o fiel dessa balança é o voto popular.

O impedimento do presidente da república deve ser situação excepcional, em especial porque "as maiorias parlamentares são muitas vezes minorias nacionais"[2]. Não é que exista uma crise de confiança dos cidadãos em relação ao governo e essa crise não exista também em relação ao parlamento.

Não seria uma situação em que um poder que tenha o respeito e a confiança dos cidadãos venha a tirar o poder de quem não tem esse respeito e confiança. E esse fato necessariamente aumenta a necessidade de que o crime de responsabilidade esteja fortemente caracterizado.

Para Aristóteles, a justiça é o meio-termo entre dois extremos. Ousemos, portanto, enfrentar os extremos: Não chancelemos irregularidades contábeis, nem ignoremos o resultado da vontade democrática expressa nas urnas. Como irregularidades que são as chamadas "pedaladas fiscais" merecem constar como ressalva à correção das contas presidenciais de 2014, as quais não merecem ser reprovadas por um simples e fácil juízo de proporção: os iguais devem ser tratados de maneira igual e os desiguais, de forma desigual, em proporção a sua desigualdade.

[2]CARVALHO, Antonio Alberto Morais de. Aphorismos e Pensamentos Moraes, Religiosos, Políticos e Philosophicos. Lisboa, 1850, APUD MALTEZ, José. De como na prática a teoria é outra. In SOUSA, Luis de e SOARES, Domitília. Em memória de Saldanha Sanches. Transparência, justiça, liberdade. RCP edições, 2011, p. 23.

Câmara dos Deputados
Fl. 7327
Comissões Especiais

"Ou nos resignamos, ou combatemos": Eis a mensagem de Saldanha Sanches. Sejamos sempre uma voz em favor dos valores da democracia, da justiça e da igualdade.

Luciana Grassano de Gouvêa Mélo
Professora de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito do Recife/UFPE
Procuradora do Estado de Pernambuco
Ex-Diretora da Faculdade de Direito do Recife/UFPE

Câmara dos Deputados
Fl. 7328
Comissões Especiais

Parecer

Marcelo Neves

Câmara dos Deputados
Fl. 7329
Comissões Especiais

Parecer

Ementa: **1.** Atos praticados pela Presidente da República em mandato anterior: não configuração de crimes de responsabilidade para fins de processo de *impeachment* na vigência de outro mandato (art. 86, § 4º, da Constituição Federal, à luz do qual deve ser interpretado o art. 15 de Lei nº 1.079/1950).

2. Parecer prévio do Tribunal de Contas da União, favorável à reprovação das contas prestadas pela Presidente da República em relação ao exercício de 2014 (Processo TC 005.335/2015-9): mera opinião jurídica, dependente da aprovação do Congresso Nacional. Reprovação: necessidade de maioria de votos em ambas as Casas do Congresso Nacional, presentes a maioria absoluta dos seus membros (art. 47 da Constituição Federal). Insuficiente a reprovação das contas para justificar processo de *impeachment*: necessidade de configuração do crime de responsabilidade e submissão a um procedimento bem mais complexo; exigência de maioria qualificada de dois terços na Câmara dos Deputados para que a acusação seja admitida e de dois terços no Senado para que a Presidente seja condenada (art. 86, *caput*, da Constituição Federal).

3. Possibilidade de recurso para o Plenário contra o arquivamento da Denúncia, a ser decidido por maioria simples (§ 3º do art. 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, dispositivo subsidiário da Lei nº 1.079/1950, conforme o art. 15 dessa lei especial); mero efeito de receber a denúncia em lugar de ato do Presidente da Câmara dos Deputados; insuficiente para abrir o processo de *impeachment*, que exige a admissão da acusação por dois terços dos membros da Câmara.

4. Crimes de responsabilidade da Presidente da República: exclusão de crime culposo em virtude da falta de previsão legal expressa (parágrafo único do art. 18 do Código Penal); possibilidade apenas das modalidades comissiva dolosa e omissiva dolosa.

5. Falta da indicação de indícios consistentes de prova contra a Presidente da República, na denúncia de que a Chefe do Executivo tenha praticado crime de responsabilidade por vinculação aos escandalosos crimes de "corrupção" que vêm sendo apurados nos seus dois mandatos. Denúncia baseada em impressões subjetivas e declarações vagas e inconsistentes de um suposto vínculo da Presidente com a "corrupção sistêmica". Desconsideração estratégica do fato de que a Presidente tem apoiado, mesmo quando estão envolvidos correligionários próximos, o combate à corrupção de forma veemente, sem qualquer atitude controladora em relação à cúpula da Polícia Federal ou mediante a escolha de Procurador-Geral da República leniente com os crimes de "colarinho branco".

6. Distinção entre o processo de *impeachment* e as ações judiciais orientadas para a anulação da eleição. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) nº 7-61.2015.6.00.0000/DF, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 154781.2014.600.0000 e a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 194358.2014.600.0000/DF: propostas tempestivamente; falta de provas consistentes de abuso de poder econômico ou abuso de autoridade, de corrupção ou fraude eleitoral; inaptidão para justificar a cassação dos diplomas eleitorais da Presidente e do Vice-Presidente da República; alegações vagas, cujo eventual acatamento pelo Tribunal Superior Eleitoral resultará não apenas em uma ruptura injustificável com os precedentes do TSE, mas também em uma total insegurança em futuros pleitos, nos quais os candidatos derrotados sentir-se-ão livres para impugnar as respectivas eleições, de forma "temerária" e com "manifesta má-fé", ao arrepio do § 11 do art. 14 da Constituição Federal e do art. 25 da LC nº 64/1990. Inconstitucionalidade do art. 30-A da Lei (ordinária) nº 9.504/1997; exigência de lei complementar.

7. As chamadas "pedaladas fiscais" e outras falhas financeiras praticadas pelo Governo no exercício de 2014 (e 2015): insuficientes para justificar a

Câmara dos Deputados
Fl. 7329-A
Comissões Especiais

reprovação das contas do Poder Executivo, ao contrário da opinião do TCU no seu parecer prévio; precedentes, especialmente o relatório e o parecer prévio referentes ao exercício de 2002, manifestamente contrários; falhas ensejadoras apenas da aprovação das contas com ressalvas e recomendações. Inexistência de discussão dos precedentes no sentido de justificar a sua superação (*overruling*), de tal maneira que a decisão em desconformidade com eles constitui uma afronta aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, fundantes do Estado democrático de direito e do nosso regime constitucional.

8. "Pedaladas fiscais" e outras falhas financeiras praticadas no exercício de 2014 e de 2015: insuficientes para justificar denúncia da Presidente da República por crime de responsabilidade; inexistência de ato atentatório à Constituição Federal, nos termos do *caput* do art. 85 da Constituição Federal; configuração, no máximo, de simples atos ilegais ou inconstitucionais saneáveis mediante mero controle administrativo, fiscal ou jurisdicional. Entendimento contrário: denúncia e condenação de todos os presidentes anteriores e futuros por crime de responsabilidade, com base simplesmente na prática de atos ilegais ou inconstitucionais saneáveis mediante simples controle administrativo; típica deturpação do instituto do *impeachment* e contínua desestabilização política. Crimes de responsabilidade previstos no art. 85 da Constituição Federal e tipificados na Lei nº 1.079/1950: compreensão à luz do *caput* do art. 86 CF; apenas atos atentatórios à Constituição.

9. Processo e julgamento de Presidente da República por crime de reponsabilidade: apesar de motivações políticas e matéria política como objeto, feitura eminentemente jurídica, ao contrário da moção de desconfiança no parlamentarismo e do *recall* (revogação de mandato) como instituto da democracia semidireta. Crime de responsabilidade: área de conjunção entre direito político e direito penal. *Impeachment*: área de intersecção entre processo parlamentar e processo penal.

10. Presidente da República, denunciada por crime de responsabilidade: além das prerrogativas, garantias processuais constitucionais e legais dos indiciados, denunciados, acusados e réus no processo penal. Garantias previstas no Código de Processo Penal: em princípio, aplicáveis ao processo e julgamento de Presidente da República por crime de responsabilidade.

11. DCR 1/2015, recebida pelo Presidente da Câmara dos Deputados: inconsistência e fragilidade; apoio em impressões subjetivas e alegações vagas. Denunciantes e receptor da denúncia orientados não em argumentos jurídicos seguros e sustentáveis, mas sim em avaliações parciais, de caráter partidário ou espírito de facção. Aproveitamento das circunstanciais dificuldades políticas da Presidente da República em um momento de grave crise econômica; desconsideração estratégica do apoio ao combate à "corrupção" pela Presidente da República e da sua luta diuturna para conseguir a aprovação de medidas contra a crise econômica no Congresso Nacional. Denunciantes e receptor de costas não apenas para a ética da responsabilidade, mas também para qualquer ética do juízo; atuação por impulsos da parcialidade, do partidarismo e da ideologia, em prejuízo do povo brasileiro.

I.
Da Consulta

O Ilmo. Sr. advogado Flávio Crocce Caetano, considerando a denúncia de crimes de responsabilidade para fins *impeachment* da Exma. Presidente da República, Sra. Dilma Rousseff, assinada por renomados advogados e admitida pelo Presidente da Câmara dos Deputados em 2 de dezembro de 2015 (DCR 1/2015), e a recente

Câmara dos Deputados
Fl. 7330
Comissões Especiais

reprovação das contas do Governo pelo Tribunal de Contas da União (Processo TC 005.335/2015-9), assim como em virtude de ações que tramitam no Tribunal Superior Eleitoral com pedidos de anulação da última eleição presidencial, de autoria do Partido da Social Democracia Brasileira e a Coligação Muda Brasil, apresenta-me consulta nos termos dos seguintes quesitos:

1. Matéria Constitucional

1.1. Em relação à responsabilidade

a) Qual o alcance e o significado do art. 86, § 4º, da Constituição Federal?
b) Para fins de eventual responsabilização por impedimento, em hipótese de reeleição presidencial, pode-se cogitar de continuidade de mandato ou são mandatos autônomos?
c) Em síntese, pode haver responsabilização no 2º mandato por conduta eventualmente ocorrida em mandato anterior?
d) Como interpretar o artigo 15 da Lei nº 1.079/1950 à luz do artigo 86, § 4º, da CF?

1.2. A respeito do parecer do Tribunal de Contas da União

a) Parecer do Tribunal de Contas da União pela rejeição de contas presidenciais precisa ser aprovado pelo Congresso Nacional? Qual é o procedimento? Qual o *quorum* deve ser obedecido?
b) Quais as consequências jurídicas da reprovação das contas presidenciais? Tal reprovação pode ser utilizada como fundamento de eventual denúncia por crime de responsabilidade?

1.3. Quanto ao procedimento

a) Considerando o teor do art. 86, *caput*, da Constituição Federal, que estabelece o regime jurídico a ser observado em crime de responsabilidade, poder-se-ia admitir que o plenário da Câmara dos Deputados, por maioria simples, acolhesse recurso contra a decisão de arquivamento de denúncia do Presidente da Casa?
b) Em se tratando da prática de eventual crime de responsabilidade, o Presidente da República poderá responder tanto por conduta comissiva quanto por omissa? Pode ser responsabilidade apenas na modalidade dolosa ou na culposa também?
c) Há elementos na denúncia que justifiquem a denúncia da Presidente da República por Crime de Responsabilidade relacionado à sua suposta vinculação aos escândalos de "corrupção" ocorridos no Brasil nos últimos anos?

2. Matéria constitucional-eleitoral

a) Pode o Presidente da República e seu vice terem o seu mandato cassado por decisão do Tribunal Superior Eleitoral em ação de impugnação de mandato eletivo, ao arrepio dos artigos 85 e seguintes da Constituição Federal?
b) A ação de investigação judicial eleitoral e a representação prevista no artigo 30-A da Lei nº 9.504/1997 podem ensejar a cassação dos mandatos do Presidente da República e do vice?

3. Matéria constitucional e tributário-financeira

a) As comumente denominadas "pedaladas fiscais" pela mídia podem dar ensejo a eventual rejeição de contas pelo TCU?

Câmara dos Deputados
Fl. 7330-A
Comissões Especiais

b) E as mesmas "pedaladas fiscais" podem ser utilizadas como fundamento para eventual denúncia por crime de responsabilidade?

4. Matéria processual penal

a) O processo de impeachment é estritamente político ou constitui um processo jurídico?

b) Quais são as garantias processuais constitucionais e legais ao acusado que devem ser observadas? Quais os dispositivos do Código de Processo Penal que devem ser utilizados em eventual processamento de denúncia por crime de responsabilidade?

Em seguida, apresentarei minhas respostas às diferentes matérias e quesitos.

II.
Das respostas à matéria especificamente constitucional
(Quesitos da Seção I.1)

1. Em relação ao âmbito das funções e atividades abrangidas pelas normas de responsabilização para fins de *impeachment*

O § 4 do art. 86 da Constituição Federal trata das funções e atividades abrangidas para fins de responsabilização da Presidente da República em processo de impedimento:

> "§ 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções."

Esse dispositivo limita o crime de responsabilidade da Presidente da República aos atos praticados no exercício de suas funções. A indagação que se faz é se esse dispositivo, não em sua mera expressão, mas em seu conteúdo, exclui os atos praticados pela presidente no exercício de suas funções em outro mandato presidencial.

Parece-me que, para fins de crime de responsabilidade política, no regime brasileiro de Estado democrático de direito, os atos praticados pela Presidente da República no exercício de suas funções em outro mandato não podem servir de justificação para abertura do processo de impeachment. Por quê? O mandato atual é fundamentado na vitória em nova eleição universal. Ou seja, a Presidente, ao ser escolhida em eleição direta, nos termos do art. 77 da Constituição Federal, para um novo mandato, ganha um novo título de legitimação que impede que se reabra a discussão sobre a prática de crime político em mandato anterior. É irrelevante que se trate de mandatos com intervalo ou de uma reeleição: o princípio democrático, à luz do qual a regra constitucional supracitada deve ser interpretada, prevalece, nesse caso,

Câmara dos Deputados
Fl. 7331
Comissões Especiais

de tal maneira que a responsabilização política para fins de *impeachment* restringe-se aos atos praticados no exercício das funções na vigência do mandato atual.

Nesse particular, um ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Brito, manifestou-se recentemente de maneira peremptória:

> "Pelo que mandato presidencial vencido sem abertura e julgamento de crime de responsabilidade é, sozinho ou por si mesmo, página virada."[1]

Não é outro o entendimento do constitucionalista Bernardo Gonçalves Fernandes, ao afirmar que

> "o Presidente da República também estará acobertado pela cláusula da '*irresponsabilidade penal relativa*'. Com isso, ele não pode ser responsabilizado no mandato por atos delituosos praticados antes do início do mandato e, além disso, no exercício do mandato só poderá ser responsabilizado por atos delituosos praticados *in officio* ou *propter officium* (em ofício ou em razão do ofício)."[2]

Esse entendimento fortifica-se quando se interpreta à luz do § 4º do art. 86 da Constituição Federal o art. 15 da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, ainda em vigor como Lei especial que define os crimes de responsabilidade e estabelece as respectivas normas de processo e julgamento, nos termos do parágrafo único do art. 85 da Constituição Federal. O dispositivo legal especial prescreve:

> "Art. 15. A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo."

Deixar definitivamente o cargo significa, à luz do § 4º do art. 86 da Constituição Federal, não estar mais no exercício das funções do cargo no mandato para o qual a Presidente foi eleita. A legitimidade que se extrai da nova eleição torna estranhos ao exercício das funções os atos praticados em mandato anterior. No caso de intervalo temporal, esse entendimento fica mais claro. Imagine se Presidente eleita quatro ou oito anos após o final do seu mandato anterior viesse a ser responsabilizada politicamente para fins de *impeachment*, durante o seu novo mandato, por ato praticado no mandato no passado. Estaríamos no limite do absurdo se pudéssemos admitir o *impeachment*. Dificilmente um jurista sério defenderia a viabilidade

---

[1] Britto, Carlos Ayres. "Definições de crimes de responsabilidade do presidente da República". *In*: *Consultor Jurídico*, 1 de setembro de 2015 (http://www.conjur.com.br/2015-set-01/ayres-britto-crimes-responsabilidade-presidente).

[2] Fernandes, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7º ed. Salvador: editora JusPodivm, 2012, p. 935. Ele bem esclarece que "essa imunidade relativa é apenas de cunho penal, não alcançando a seara civil, administrativa ou mesmo fiscal e tributária" (*id.*, p. 936).

Câmara dos Deputados
Fl. 7331-A
Comissões Especiais

constitucional e jurídica de tal processo com base no § 4º do art. 86 da Constituição Federal e do art. 15 Lei nº 1.079/1050, interpretados à luz do princípio democrático.

Mas essa situação, no que diz respeito ao cerne jurídico relevante, não se distingue da situação de reeleição e mandatos imediatamente sucessivos. Isso porque a questão não é de temporalidade real, mas de fundamento jurídico-político para o exercício das funções do cargo de Presidente da República. Findo o mandato anterior e iniciado, no dia seguinte, o novo mandato com base em uma nova eleição e uma nova diplomação, não cabe mais o *impeachment* pelos atos praticados no exercício das funções do cargo no mandato anterior, pois tais atos são estranhos ao exercício das funções do cargo no mandato vigente.

Não se trata de uma questão de temporalidade, que incluiria a questão no âmbito prescricional. Trata-se de uma questão similar à preclusão. Isso fica mais claro quando considerarmos que, antes da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, a qual determina a inelegibilidade, por oito anos, de Presidente da República que renunciar ao mandato após a apresentação de denúncia referente a crime de responsabilidade[3], a Presidente que renunciasse ao cargo antes de a denúncia ser recebida pela Câmara dos Deputados, poderia manter os seus plenos direitos políticos, pois, nos termos expressos no art. 15 da Lei nº 1.079/1950, não poderia ser condenada por crime de responsabilidade. Assim sendo, poderia ser candidata a Presidente no futuro e inclusive, desde que não tivesse sido já imediatamente reeleita para o mandato que renunciou e estivesse dentro do prazo de registo da candidatura, na eleição imediatamente posterior. Evidentemente, se fosse eleita novamente, não poderia ser aberto novo processo de *impeachment* com base nas alegações que levaram à sua renúncia, pois tais alegações referem-se a atos estranhos ao exercício do cargo de presidente no novo mandato.

Imaginemos a seguinte hipótese: se, em não tendo entrado em vigor a Lei Complementar nº 135/2010, fosse apresentada, durante o mandato anterior da Presidente Dilma Rousseff, denúncia por crime de responsabilidade supostamente

---

[3] A lei Complementar nº 135/2010 (popularmente conhecida como lei da ficha limpa), incluiu a alínea *k* no inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990: "Art. 1º *São inelegíveis*: I - *para qualquer cargo*: [...] k) *o Presidente da República*, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, *que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal*, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, *para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura*" (grifei).

Câmara dos Deputados
Fl. 7332
Comissões Especiais

praticado naquele mandato e ela renunciasse antes que tal denúncia fosse recebida pela Câmara dos Deputados, ela manteria seus plenos direitos políticos nos termos do art. art. 15 da Lei nº 1.079/1950, podendo mesmo, se estivesse dentro do prazo, candidatar-se à eleição de outubro do ano passado. E, se eleita, não se poderia denunciá-la com base nas mesmas alegações ou qualquer outra alegação de prática de crime de reponsabilidade praticado no mandato anterior. E isso porque o fundamento do novo mandato é diferente do fundamento do mandato anterior.

Os eminentes juristas Paulo Brossard de Souza Pinto, ainda na vigência da Constituição de 1946, e Pontes de Miranda, ainda na vigência da Constituição de 1934, manifestaram-se em sentido diverso, especialmente sob a influência de juristas americanos. O primeiro afirmava:

> "Restabelece-se a jurisdição política, se o antigo governante ao cargo retornar. O 'impeachment' pode então ser iniciado e prosseguido."[4]

Por seu turno, Pontes de Miranda afirmava:

> "Tem-se entendido que, se a pessoa volta ao cargo, se restaura a jurisdição política."[5]

Mas mesmo dentro dos Estados Unidos havia fortes posições divergentes quanto a esse entendimento. Nesse sentido, W. A. Estrich sustentava que as eleições populares tornariam irrelevantes, para fins de impeachment, as faltas praticadas no passado[6].

Entretanto, essa não é questão central. O fato é que no regime americano não há regra constitucional expressa de conteúdo similar ao do § 4º do art. 86 da Constituição Federal. Também nas constituições de 1934 e de 1946 não havia dispositivo semelhante a essa regra constitucional do regime constitucional brasileiro em vigor. Portanto, nos casos de *impeachment*, não podemos invocar, para fins de enquadramento da Presidente no crime político, os atos estranhos às suas funções na vigência do seu mandato. O recurso à experiência constitucional americana para uma solução no sentido contrário implicaria uma importação acrítica de modelos estrangeiros, uma postura tipicamente de colonialismo jurídico-cultural[7]. Nas palavras

---

[4] Pinto, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment. Aspectos da Responsabilidade Política do Presidente da República*. Porto Alegre: Globo, 1965, p. 133.

[5] Miranda, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1934*, Rio de Janeiro: Guanabara, 1937, vol. I, p. 602.

[6] Cf. Estrich, W. A. "The Law of Impeachment". *In*: *Case and Comment*, vol. 20, nº 7, 1913, p. 458.

[7] Montoro, André Franco. "Filosofia do Direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira". *In*: *Revista de Informação Legislativa* (Brasília: Senado Federal), ano X, nº 37, p. 3-20.

Câmara dos Deputados
Fl. 7332-A
Comissões Especiais

do próprio Ruy Barbosa, criticando a doutrina e a jurisprudência estadunidenses adotadas entre nós na Primeira República, já se advertia:

> "Não basta compulsar a jurisprudência peregrina: é mister aprofundá-la, joeirando os exotismos intrasladáveis, para não enxertar no direito pátrio ideias incompatíveis com as nossas instituições positivas."[8]

De maneira semelhante, recorrer a regimes constitucionais brasileiros anteriores que não dispunham de regra específica sobre a matéria, para decidir em sentido contrário à regra existente no regime constitucional em vigor, importa um anacronismo totalmente deslocado de hermenêutica jurídica constitucionalmente adequada à presente ordem jurídica brasileira.

Diante do exposto, quanto ao quesito referente à responsabilização da Presidente da República por atos praticados no exercício de suas funções em mandato anterior, sustento a seguinte tese: nos termos do art. 15 da Lei nº 1.079/1050, interpretado à luz do § 4º do art. 86 da Constituição Federal, ambos interpretados com base no princípio democrático, a Presidente da República não pode ser responsabilizada, para fins de *impeachment*, por atos praticados no exercício das funções do cargo de presidente na vigência do seu mandato anterior, pois esses atos são estranhos aos atos praticados no exercício de suas funções na vigência do seu mandato atual.

2. A respeito do efeito jurídico do parecer do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União é órgão *auxiliar* do Congresso Nacional no controle externo no âmbito da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, nos termos do caput do art. 71 da Constituição Federal. O titular do controle é o Congresso Nacional, conforme o art. 70 da Constituição Federal. Como órgão auxiliar, o TCU tem a competência para "apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante *parecer* prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento" (CF, art. 71, inciso I – grifei). Trata-se de parecer, peça jurídica tipicamente opinativa sem qualquer efeito vinculante. Para que a aprovação ou rejeição pelo TCU das contas prestadas anualmente pela Presidente da República consume-se e passe a ter efeito vinculante, é necessária a aprovação do parecer prévio pelo Congresso Nacional, de acordo com o art. 49, inciso IX, da Constituição Federal, que determina ser da competência do Congresso Nacional "*julgar* anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República" (grifei). Nesse caso, o Congresso

---

[8] Barbosa, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933, vol. III, p. 430.

Câmara dos Deputados
Fl. 7333
Comissão Especial

Nacional decide por maioria simples em cada Casa, ou seja, "por maioria dos votos, presentes a maioria absoluta de seus membros", nos termos do art. 47 da Constituição Federal.

Mas seria suficiente a reprovação pelo Congresso Nacional das contas anualmente prestadas pela Presidente da República para que se justificasse uma denúncia contra a Presidente da República por crime de responsabilidade? A esse respeito, cumpre distinguir entre a reprovação da conta por maioria simples do Congresso Nacional e o processo e julgamento do *impeachment* por rito especial: admissão da acusação por maioria qualificada de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados (CF, art. 86, caput) e processamento e julgamento pelo Senado Federal sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, exigindo-se maioria qualificada de dois terços para uma eventual condenação.

Isso significa que a simples reprovação pelo Congresso Nacional das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República não é condição suficiente do processo de *impeachment*, que exige um procedimento muito mais complexo. A rejeição congressual das contas, relacionada com a eventual infração às "normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal", estabelecidas pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, não resulta em nenhuma punição do agente público estabelecida diretamente por essa própria Lei. Nesta, algumas das infrações podem implicar apenas sanções com objetivo de constranger o saneamento fiscal ou financeiro, como, por exemplo, em caso de excesso de despesa com pessoal, a vedação de "receber transferências voluntárias", de "obter garantia direta ou indireta, de outro ente" e de "contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal" (LC 101/2000, art. 23, § 3º). Quando se refere à punição de agentes públicos, a Lei de Responsabilidade Fiscal transfere o tratamento da matéria para outros diplomas normativos, conforme o caso, nos termos do seu art. 73.

> "Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*; o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente" (grifei).

Câmara dos Deputados
Fl. 7333-A
Comissões Especiais

No caso em exame, considerado que a Presidência da República goza de um estatuto especial não só em relação à persecução penal em caso de crime comum[9], mas também a respeito dos crimes de responsabilidade, impõe-se, para esses últimos, que a caracterização de qualquer infração suscetível de responsabilização para fins de perda do cargo em virtude de *impeachment* no âmbito de aplicação da Lei nº 1.079/1950, com as alterações introduzidas pela Lei nº 1.028, de 19 de outubro de 2000. No presente contexto, isso exigiria que fosse estritamente caracterizada a prática de um dos crimes políticos tipificados nos Capítulos V (art. 9º), VI (art. 10) e VII (art. 11) do Título I da Parte Primeira da Lei nº 1.079/1950, referentes, respectivamente, aos "crimes contra a probidade da administração", "crimes contra a lei orçamentária" e "crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos". Como já dito, para tanto, impõe-se processo complexo, especialmente pela necessidade de maioria qualificada de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, para que, respectivamente, seja admitida a acusação e haja a condenação da Presidente da República.

Em suma, a reprovação pelo Congresso Nacional, com base em parecer prévio do Tribunal de Contas da União, das contas prestadas pela Presidente da República, não é razão suficiente para a denúncia de crime de *impeachment*, devendo o eventual denunciante apresentar indícios claros para o enquadramento do fato em uma das hipóteses típicas de crime político previstas na Lei nº 1.079/1950.

3. Quanto ao procedimento

a) Do recurso contra o arquivamento da denúncia

No tocante ao procedimento, a primeira indagação refere-se à possibilidade acolhimento pelo plenário da Câmara dos Deputados, à luz do *caput* do art. 86 da Constituição Federal, de recurso contra a decisão de arquivamento da denúncia pelo Presidente da Casa.

Essa questão deve ser respondida com cuidado. Mesmo que haja previsão constitucional ou legal de recurso de tal natureza, o seu acolhimento não ensejaria a abertura do processo de *impeachment*, pois essa exige que a acusação seja admitida por dois terços do membro da Câmara dos Deputados, nos termos do *caput* do art. 86

[9] "A imunidade do Chefe de Estado a persecução penal deriva de cláusula constitucional exorbitante do direito comum e, por traduzir consequência derrogatória do postulado republicano, só pode ser outorgada pela própria Constituição Federal" (STF, ADI nº 1.021/SP e ADI 978/PB, rel. p/acórdão Min. Celso de Melo, julg. 19/10/1995, DJ 17/11/1995).

Câmara dos Deputados
Fl. 7334
Comissões Especiais

da Constituição Federal e conforme o procedimento estabelecido na lei especial prevista no parágrafo único do seu art. 85, isto é, a Lei nº 1.079/1950, que estabelece um rito complexo já na Câmara dos Deputados, *ipisis litteris*:

"PARTE SEGUNDA
PROCESSO E JULGAMENTO
TÍTULO ÚNICO
DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E MINISTROS DE ESTADO
CAPÍTULO I
DA DENÚNCIA

Art. 14. É permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.

Art. 15. A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

Art. 16. A denúncia assinada pelo denunciante e com a firma reconhecida, deve ser acompanhada dos documentos que a comprovem, ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, com a indicação do local onde possam ser encontrados, nos crimes de que haja prova testemunhal, a denúncia deverá conter o rol das testemunhas, em número de cinco no mínimo.

Art. 17. No processo de crime de responsabilidade, servirá de escrivão um funcionário da Secretaria da Câmara dos Deputados, ou do Senado, conforme se achar o mesmo em uma ou outra casa do Congresso Nacional.

Art. 18. As testemunhas arroladas no processo deverão comparecer para prestar o seu depoimento, e a Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado por ordem de quem serão notificadas, tomará as providências legais que se tornarem necessárias legais que se tornarem necessárias para compelí-las a obediência.

CAPÍTULO II
DA ACUSAÇÃO

Art. 19. Recebida a denúncia, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma.

Art. 20. A comissão a que alude o artigo anterior se reunirá dentro de 48 horas e, depois de eleger seu Presidente e relator, emitirá parecer, dentro do prazo de dez dias, sôbre se a denúncia deve ser ou não julgada objeto de deliberação. Dentro desse período poderá a comissão proceder às diligências que julgar necessárias ao esclarecimento da denúncia.

§ 1º O parecer da comissão especial será lido no expediente da sessão da Câmara dos Deputados e publicado integralmente no Diário do Congresso Nacional e em avulsos, juntamente com a denúncia, devendo as publicações ser distribuídas a todos os deputados.

§ 2º Quarenta e oito horas após a publicação oficial do parecer da Comissão especial, será o mesmo incluído, em primeiro lugar, na ordem do dia da Câmara dos Deputados, para uma discussão única.

Art. 21. Cinco representantes de cada partido poderão falar, durante uma hora, sobre o parecer, ressalvado ao relator da comissão especial o direito de responder a cada um.

Art. 22. Encerrada a discussão do parecer, e submetido o mesmo a votação nominal, será a denúncia, com os documentos que a instruam, arquivada, se não fôr considerada objeto de deliberação. No caso contrário, será remetida por cópia autêntica ao denunciado, que terá o prazo de vinte dias para contestá-la e indicar os meios de prova com que pretenda demonstrar a verdade do alegado.

§ 1º Findo esse prazo e com ou sem a contestação, a comissão especial determinará as diligências requeridas, ou que julgar convenientes, e realizará as sessões necessárias para a tomada do depoimento das testemunhas de ambas as partes, podendo ouvir o denunciante e o denunciado, que poderá assistir pessoalmente, ou por seu procurador, a tôdas as audiências e diligências realizadas

Câmara dos Deputados
Fl. 7334-A
Comissões Especiais

> pela comissão, interrogando e contestando as testemunhas e requerendo a reinquirição ou acareação das mesmas.
> § 2° Findas essas diligências, a comissão especial proferirá, no prazo de dez dias, parecer sobre a procedência ou improcedência da denúncia.
> § 3° Publicado e distribuído esse parecer na forma do § 1° do art. 20, será o mesmo, incluído na ordem do dia da sessão imediata para ser submetido a duas discussões, com o interregno de 48 horas entre uma e outra.
> § 4° Nas discussões do parecer sôbre a procedência ou improcedência da denúncia, cada representante de partido poderá falar uma só vez e durante uma hora, ficando as questões de ordem subordinadas ao disposto no § 2° do art. 20.
> Art. 23. Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido a votação nominal, não sendo permitidas, então, questões de ordem, nem encaminhamento de votação.
> § 1° Se da aprovação do parecer resultar a procedência da denúncia, considerar-se-á decretada a acusação pela Câmara dos Deputados.
> § 2° Decretada a acusação, será o denunciado intimado imediatamente pela Mesa da Câmara dos Deputados, por intermédio do 1° Secretário.
> § 3° Se o denunciado estiver ausente do Distrito Federal, a sua intimação será solicitada pela Mesa da Câmara dos Deputados, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado em que êle se encontrar.
> § 4° A Câmara dos Deputados elegerá uma comissão de três membros para acompanhar o julgamento do acusado.
> § 5° São efeitos imediatos ao decreto da acusação do Presidente da República, ou de Ministro de Estado, a suspensão do exercício das funções do acusado e da metade do subsídio ou do vencimento, até sentença final.
> § 6° Conforme se trate da acusação de crime comum ou de responsabilidade, o processo será enviado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Senado Federal."

A respeito da aplicabilidade desses dispositivos. A Súmula Vinculante n° 46 é peremptória:

> "A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União."

É verdade que nem na Constituição nem nos dispositivos específicos da Lei n° 1.079/1950, acima transcritos, está previsto o referido recurso, nem sequer determinado a que órgão cabe receber ou arquivar a denúncia originariamente. Entretanto, o art. 38 dessa Lei especial estabelece:

> "Art. 38. No processo e julgamento do Presidente da República e dos Ministros de Estado, serão subsidiários desta lei, naquilo em que lhes forem aplicáveis, assim os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal..."

Em consonância com essa disposição legal, os §§ 2° e 3° do art. 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados prevê o órgão de competência originária para recepção da denúncia e o órgão recursal, nos seguintes termos:

> § 2° Recebida a denúncia pelo Presidente, verificada a existência dos requisitos de que trata o parágrafo anterior, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada à Comissão Especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os Partidos.

Câmara dos Deputados
Fl. 1335
Comissões Especiais

> § 3º Do despacho do Presidente que indeferir o recebimento da denúncia, caberá recurso ao Plenário.

Embora esses dispositivos não definam qual o quórum necessário (número de presentes à sessão) e a maioria exigida para a deliberação sobre o referido recurso, parece-me que, *por falta de norma específica*, deve-se entender que, para os fins de mero recebimento da denúncia, a maioria simples, presente a maioria absoluta dos deputados, é suficiente para rever a decisão de arquivamento da denúncia pelo Presidente da Câmara. A esse respeito, o art. 47 da Constituição Federal é claro:

> "Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta dos seus membros."

Isso não deve ser entendido como admissão da acusação pela Câmara dos Deputados, que evidentemente demanda a já referida maioria qualificada de dois terços dos membros da Casa. Com a recebimento da denúncia, seja pelo Presidente da Câmara dos Deputados, seja pelo seu Plenário, apenas se inicia, nos termos do art. 19 da Lei nº 1.079/1950, o procedimento preliminar para que se delibere sobre a admissão da acusação, exigindo-se várias etapas até que a denúncia possa ser decretada nos termos do art. 23 dessa Lei especial.

Apesar desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas da Ministra Rosa Weber e do Ministro Teory Zavascki[10], determinaram a suspensão de qualquer ação orientada à recepção da denúncia, por vislumbrarem indícios de abuso procedimental por parte do Presidente da Câmara. Nos termos da decisão da Ministra Rosa Weber, a cautela levou à seguinte determinação:

> "concedo a medida acauteladora para, nos moldes pretendidos, suspender os efeitos da decisão proferida pelo Presidente da Câmara dos Deputados em resposta à Questão de Ordem nº 105/2015, bem como os atos que lhe são decorrentes, até o julgamento final da reclamação, e para determinar à autoridade reclamada que se abstenha de receber, analisar ou decidir qualquer denúncia ou recurso contra decisão de indeferimento de denúncia de crime de responsabilidade contra Presidente da República com base naquilo em que inovado na resposta à Questão de Ordem 105/2015."[11]

Essa decisão aponta para a necessidade de se terem todos os cuidados jurídicos, a fim de que o procedimento de *impeachment* não se converta em um simples

---

[10] RCL 22124 MC / DF, rel. Min. Rosa Weber, julg. 13/10/2015; MS 33838 MC / DF, rel. Min. Rosa Weber, julg. 13/10/2015; MS 33837 MC / DF, rel. Teori Zavascki, julg. 12/10/2015.
[11] RCL 22124 MC / DF, p. 6.

Câmara dos Deputados
Fl. 7335-A
Comissões Especiais

instrumento mediante o qual uma maioria eventual destitua a Presidente da República, atropelando o rito constitucional e legal, assim como as garantias do devido processo legal e o princípio do Estado de direito.

No entanto, entendo que, excluídas as falhas procedimentais, o Plenário da Câmara pode acolher, por maioria simples, presente a maioria absoluta dos deputados, recurso contra o arquivamento pelo Presidente da Câmara da denúncia contra a Presidente da República por crime de responsabilidade, mas tal acolhimento apenas inicia a discussão sobre a acusação, estando muito distante da admissão da acusação, que supõe um rito complexo nos termos dos artigos 19 a 23 da Lei nº 1.079/1950.

b) Do caráter doloso ou culposo e comissivo ou omissivo do crime de responsabilidade

Quanto à questão de se o crime de responsabilidade admite apenas a forma dolosa ou também a modalidade culposa, incide a norma geral contida no parágrafo único do art. 18 do Código Penal, incluído pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984:

> "Parágrafo único - Salvo *os casos expressos em lei*, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente" (grifei).

Com base nesse dispositivo determinante da excepcionalidade do crime culposo, Juarez Tavares esclarece que "não se pode admitir a criação de um delito culposo mediante uma interpretação teleológica ou sistemática de alguns tipos de delito previstos na parte especial do código"[12].

Aplicabilidade dessa norma geral de direito penal à Lei especial reguladora dos crimes de responsabilidade também encontra respaldo no art. 12 do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 7.209/1984:

> "Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso."

Levando em conta esses dispositivos e o fato de que não há nenhum caso expresso de crime culposo na Lei nº 1.079/1950, não há como se vislumbrar crime de responsabilidade culposo da Presidente da República no ordenamento jurídico em vigor. Exige-se que o crime tenha sido praticado dolosamente, o que ocorre "quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo", conforme definição do art. 18, inciso I, do Código Penal, incluído pela Lei nº 7.209/1984.

---

[12] Tavares, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 479.

Câmara dos Deputados
Fl. 7336
Comissões Especiais

No que diz respeito à indagação de se o crime de responsabilidade pode ser não apenas comissivo, mas também omissivo, parece-me que a resposta deve ser diferente. Considerando as omissões relevantes nos termos do § 2º do art. 13 do Código Penal[13], é claro que, havendo *omissão dolosa* e sendo possível o seu enquadramento nos tipos previstos na Lei nº 1.079/1950, não há como se excluir essa possibilidade. Essa Lei prevê, até mesmo, crimes na modalidade tipicamente omissiva em sua definição, como os seguintes: "não empregar contra o inimigo os meios de defesa de que poderia dispor (art. 5º ["crimes de responsabilidade contra a existência política da União"], item 9); "não dar as providências de sua competência para impedir ou frustrar a execução desses crimes" e "deixar de tomar, nos prazos fixados, as providências determinadas por lei ou tratado federal e necessário a sua execução e cumprimento" (art. 8º, ["crimes contra a segurança interna do país"], itens 5 e 8); "não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior" e "não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição" (art. 9º ["crimes de responsabilidade contra a probidade na administração"], itens 2 e 3); "não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa", "deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal", "deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei" e "deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro (art. 10 ["crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária"], itens 1, 5, 7 e 8); "negligenciar a arrecadação das rendas impostos e taxas, bem como a conservação do patrimônio nacional" (art. 11 ["crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos"], item 5).

---

[13] "§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado."

Câmara dos Deputados
Fl. 7336-A
Comissões Especiais

Entretanto, em nenhuma dessas hipóteses, trata-se de omissão culposa, pois não há nenhum texto expresso, na Lei especial ou em outra Lei, que caracterize tais crimes como culposos. Mesmo quando se usa o verbo "negligenciar" (art. 11, 5), não se deve entender como uma referência a crime culposo por negligência, senão o sentido vernacular do verbo, ou seja, "deixar de cuidar", "desatender".

c) Escândalos de corrupção e responsabilização da Presidente da República

Indaga-se se há elementos na denúncia que justifiquem a acusação da Presidente da República por Crime de Responsabilidade relacionado à sua suposta vinculação aos escândalos de "corrupção" ocorridos no Brasil nos últimos anos.

Considerando os recentes escândalos de corrupção, que atingiram tanto o governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e da Presidente Dilma Rousseff, os denunciantes imputam a esta Chefe de Estado o crime de "responsabilidade contra a probidade na administração" por "não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição" (art. 9º, item 3, da Lei nº 1.079/1950), relacionando essa situação também ao crime "proceder de modo incompatível com a dignidade e decoro do cargo" (item 7 do mesmo artigo)[14].

Nesse particular, os denunciantes utilizam uma retórica juridicamente inconsistente. Em uma passagem, alegam que "Edinho Silva, tesoureiro da campanha da Presidente, apontado como receptor de quatorze milhões de reais, é mantido no Governo, no importante cargo de Ministro da Comunicação Social"[15]. A tal alegação falta qualquer fundamento jurídico para fins de enquadramento da Presidente no crime de reponsabilidade previsto no art. 9º, item 3, da Lei nº 1.079/1950. O Supremo Tribunal Federal apenas determinou a abertura de inquérito, a pedido do Ministério Público Federal, para investigar o Edinho Silva, Ministro-Chefe da SECOM, por infração eleitoral, não tendo sequer havido denúncia do MPF, muito menos condenação ou aceitação de denúncia pelo STF. Se a mera abertura de um inquérito contra um Ministro implicasse o dever funcional de exoneração cujo descumprimento pudesse, por si só, justificar denúncia por crime de *impeachment*, a Presidente da República ficaria refém de um modelo de presunção de culpa em relação a todo e qualquer dos seus auxiliares investigados por infrações à Constituição e à lei. Da

[14] Bicudo, Hélio Pereira; Reale Júnior, Miguel; Paschoal, Janaína Conceição. Denúncia (DCR 1/2015), p. 11.
[15] *Ibidem*, p. 8.

Câmara dos Deputados
Fl. 7337
Comissões Especiais

mesma maneira, ela teria de exonerar o seu Ministro da Educação, assim como o ilustre Senador Aloysio Nunes Ferreira não poderia assumir nenhum cargo no Governo de São Paulo ou, em uma eventual vitória da oposição à presidência da República, um cargo no Governo Federal, enquanto durasse o respectivo inquérito, pois isso já seria motivo para *impeachment* do Presidente. Só a parcialidade político-ideológica, a emoção das facções, pode justificar tal alegação dos denunciantes.

Em outra passagem, em forma desrespeitosa contra a eminente Chefa de Estado, os denunciantes alegam: "Os contornos de crime de responsabilidade ficam mais salientes, quando se verifica que Lula é muito mais do que um ex-presidente, mas alguém que, segundo a própria denunciada, lhe é indissociável e nunca saiu do poder."[16] Eles indagam em seguida: "Independentemente de qualquer antecipação de juízo sobre culpa, estando o Presidente da Odebrecht preso, sendo fato notório (*sic*) que o Presidente Lula lhe prestava assessoria nos contratos firmados e mantidos com o Poder Público, não seria caso, no mínimo, de a Presidente Dilma Rousseff afastar-se, ao menos institucionalmente, de seu antecessor?"[17] Exigir, em um tom de arrogância hipócrita, que a Presidente seja obrigada a afastar-se de seus correligionários para evitar um *impeachment*, apenas em virtude de um suposto "fato notório" de base puramente midiática, é admitir praticamente que todos os Presidentes anteriores estariam envolvidos em crimes de responsabilidade. Imagine se Fernando Henrique Cardoso, Geraldo Alckmin e o PSDB afastaram-se de Eduardo Jorge Caldas Pereira, André Lara Rezende e tantos outros envolvidos em "fatos notórios". Trata-se, portanto de mera retórica irresponsável dos denunciantes.

Além do mais, cabe observar que a Presidente e o seu atual Ministro da Justiça têm tomado medidas para apuração de todos os crimes de corrupção recentes, dando todo apoio à Polícia Federal para que proceda às investigações e ao Ministério Público para que proceda à persecução devida. A própria família e mesmo a pessoa do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva têm sido objeto de investigação pela Polícia Federal (subordinada hierarquicamente à Presidente e ao Ministro da Justiça), assim como de persecução pelo MPF. A Polícia Federal está plenamente livre para investigar e o Procurador-Geral da República para desenvolver a sua atividade persecutória (é altamente discutível que essa postura tenha ocorrido no Governo de Fernando Henrique Cardoso, do qual um dos denunciantes participou, corroborando

[16] *Ibidem*, p. 6.
[17] *Ibidem*, p. 7.

Câmara dos Deputados
Fl. 7337-A
Comissões Especiais

com as práticas da época de arquivamento sistemático das denúncias contra membros e correligionários do Governo pelo Procurador-Geral da República e pelo controle político da Polícia Federal). Interessantemente, a Polícia Federal, que hoje é parâmetro e fonte de muitas informações dos denunciantes sobre a criminalidade predadora do Estado, era criticada no passado, quando isso implicava atuação contra notáveis sonegadores da elite paulistana, como na indagação "Qual a razão de tantos policiais cercando a Daslu?" e na afirmação da existência de um "Estado policial".

Enfim, ao contrário das ilações dos denunciantes, que pretendem imputar à Presidente da República crime de omissão por corrupção estrutural que tem chocado a esfera pública, especialmente no âmbito da Petrobrás[18], há elementos claros de que a Presidente tem apoiado todo o trabalho da Polícia Federal e do MPF na investigação e persecução dos responsáveis, assim como qualquer apuração necessária para o esclarecimento dos casos. Ademais, certas atividades legislativas da Presidente foram diretamente no sentido de tornar mais eficiente a atuação do Judiciário, do MPF e da PF no combate à corrupção. Nesse particular, destaca-se a sanção, sem veto, da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (de inciativa, em 2006, da então Senadora Serys Slhessarenko), que "define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal", estabelecendo meios mais eficientes de investigação e obtenção de provas (art. 3º), inclusive a "colaboração premiada" (art. 3º, inciso I, e art. 4º), popularmente conhecida por "delação premiada" . A esse respeito, um dos denunciantes, que se baseia em muitas colaborações premiadas para imputar crimes de omissão à Presidente da República, manifestou-se, em tempo recente, com fortes restrições às "delações premiadas" na apuração dos crimes referentes à chamada "Operação Lava Jato", por considerá-las não voluntárias,[19] como se o termo "voluntário", no dispositivo legal, fosse algo "absoluto", que não considerasse a necessidade de constrangimentos a qualquer um envolvido na criminalidade organizada. Em passado mais distante, na época do suposto "Estado policial", vinha do meio dos denunciantes algo mais radical contra a ora mais bem avaliada "delação premiada", a saber, o dito de que "ao premiar a delação, o Estado eleva ao grau de virtude a traição".

Em suma, admitidos casos de omissão dolosa para crimes de responsabilidade, observa-se que, em relação ao combate à corrupção estrutural, o qual resultou nos

---

[18] *Ibidem*, pp. 47 ss.
[19] Reale Júnior, Miguel. "A prisão como pressão". *In*: *Folha de São Paulo*, 08/12/2014.

Câmara dos Deputados
Fl. 7338
Comissões Especiais

escândalos recentes, a atuação da Presidente Dilma Rousseff tem sido antes de apoiá-lo, mesmo quando contraria os interesses dos seus correligionários e também do maior líder do seu Partido, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Como insistir em omissão dolosa?

III
Das respostas à matéria constitucional-eleitoral (Quesitos da Seção I.2)

1. Cassação de mandato por força de decisão do TSE em ação de impugnação de mandato eleitoral e *impeachment*

A primeira questão sobre a matéria constitucional-eleitoral diz respeito à possibilidade de o Presidente e o Vice-Presidente da República terem os seus mandatos cassados por decisão do Tribunal Superior Eleitoral em ação de impugnação de mandato eletivo, "ao arrepio dos artigos 85 e seguintes da Constituição".

Essa questão exige um esclarecimento: há dois institutos constitucionais que não se contradizem: o *impeachment* de Presidente da República em virtude da perpetração de crime de responsabilidade, conforme estabelecido nos artigos 85 e 86 da Constituição Federal; a impugnação do mandato eletivo, nos termos do art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal, que estabelecem:

> "§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.
> § 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé."

A ação de impugnação de mandato eletivo não se refere a atos da Presidente da República no exercício do seu mandato, mas sim a eventual abuso do poder econômico, corrupção ou fraude que tenham deformado a vontade eleitoral democrática no respectivo pleito. Para isso, é necessário que esteja instruída com provas irrefutáveis. Os membros da chapa não fazem jus ao mandato por força de terem sido beneficiário de deturpação do procedimento eleitoral.

A sanção decorrente de uma decisão publicada do Tribunal Superior Eleitoral dando provimento a uma ação de impugnação de mandato eleitoral é a cassação do mandato eletivo em virtude da declaração de nulidade do diploma, nos termos do art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990, na redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010 (tal como determina o art. 270 da Resolução 23.372/2011-TSE). Resultado dessa sanção é, em princípio, a vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da

Câmara dos Deputados
Fl. 7338-A
Comissões Especiais

República e, por conseguinte, a convocação de nova eleição, nos termos dos artigos 80 e 81 da Constituição.

> "Art. 80. Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.
> Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.
> § 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.
> § 2º Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores."

Mas há controvérsia, suscitada pelo Tribunal Superior Eleitoral, sobre a aplicabilidade desse dispositivo na vacância por causa eleitoral, considerando-se que a exceção constitucional à eleição direta do Presidente da República e seu Vice deve ser interpretada de forma restritiva[20]. Para a vacância por causas eleitorais, seria aplicado, agora, os §§ 3º e 4º do art. 224 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), incluídos pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, *in verbis*:

> "§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.
> § 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será:
> I - indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato;
> II - direta, nos demais casos."

Mesmo admitida a inconstitucionalidade desse dispositivo em face do art. 81 da Constituição Federal, parece-me que essa orientação não teria muita relevância no presente caso, considerando o que dispõe o art. 97-A, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1977, incluído pela Lei nº 12.034, de 29 de setembro 2009:

> "Art. 97-A. Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral."

A expectativa de que o TSE decida em prazo razoável a ação de impugnação de mandato eletivo que importa a esse parecer torna essa controvérsia irrelevante. O que

[20] TSE, MS 3.649/GO, rel. Min. Antonio Cezar Peluso, julg. 18/12/2007, DJ 10/03/2008.

Câmara dos Deputados
Fl. 7339
Comissões Especiais

interessa é que a perda do mandato com base no art. 14, §§ 10 e 11, é independente da perda de mandato com base nos artigos 85 e 86 da Constituição Federal.

2. Cassação do mandato por força de decisão do TSE em ação de investigação judicial eleitoral e *impeachment*

A segunda questão sobre a matéria constitucional-eleitoral refere-se à possibilidade de o Presidente e o Vice-Presidente da República terem o seu mandato cassado por decisão do Tribunal Superior Eleitoral por força de ação de investigação judicial eleitoral estabelecida no art. 22 de Lei Complementar nº 64/1990 ou representação prevista no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997.

Essa questão também exige um esclarecimento similar à anterior: há dois institutos constitucionais que não se contradizem: o *impeachment* do Presidente da República em virtude da perpetração de crime de responsabilidade, de acordo com o estabelecido nos artigos 85 e 86 da Constituição Federal; a perda de mandato por força de ação de investigação judicial eleitoral, apoiada no art. 10, § 9º, da Constituição Federal:

> "§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta."

Assim com em relação à primeira questão, a ação de investigação judicial eleitoral não se refere a atos da Presidente da República no exercício do seu mandato, mas sim à deformação da vontade democrática, nos termos previstos no *caput* art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990:

> "Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar *uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político* [...]" (grifei).

Devendo ser proposta até a data da diplomação[21], essa ação poderá levar à cassação do diploma, nos termos do art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar nº

[21] TSE, Representação n.º 628, de 17.12.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

Câmara dos Deputados
Fl. 7339-A
Comissões Especiais

64/1990, e, portanto, à perda do mandato. Para isso, é necessário que esteja instruída com provas irrefutáveis. Então, os membros da chapa não fazem jus ao mandato por força de terem sido beneficiários de deturpação do procedimento eleitoral. Mas cabe observar que a AIJE não deve ser abusada. Contra essa hipótese, o art. 25 da LC nº 64/1990 tipifica o seguinte crime:

> "Art. 25. Constitui crime eleitoral a arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé:
> Pena: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinqüenta) vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN) e, no caso de sua extinção, de título público que o substitua."

Julgada procedente pelo TSE e, portanto, levando à cassação do diploma e à perda do mandato do Presidente e Vice-Presidente da República, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral acarretará os mesmos problemas decorrentes da vacância de cargo e convocação de nova eleição em virtude da cassação do mandato em Ação de Impugnação de Mandato Eleitoral, acima considerados (item 1 desta seção). E também essa situação, apoiada no art. 10, § 9°, da Constituição Federal, é independente da perda mandato por força de impeachment, nos temos dos artigos 85 e 86 do diploma constitucional, não havendo incompatibilidade entre elas.

Entretanto, parece-me esdrúxulo, no regime constitucional em vigor a representação prevista no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997(na redação dada ao *caput* pela Lei nº 12.034/2009 e com os §§ 1° e 2° incluídos pela Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, e o § 3° acrescentado pela Lei nº 12.034/2009), que também importa a abertura de uma investigação judicial eleitoral, nos seguintes termos:

> "Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.
> § 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, no que couber.
> *§ 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.*
> § 3º O prazo de recurso contra decisões proferidas em representações propostas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial" (grifei).

Câmara dos Deputados
Fl. 7340
Comissões Especiais

Como se trata de um dispositivo que regula a negação ou cassação de diploma, ele exigiria, ao menos para fins do seu § 2º, lei complementar. Isso porque este implica também um caso de inelegibilidade na respectiva eleição, mesmo quando em caráter retroativo, o que envolve a matéria regulada pela LC 64/1990, fundada no art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Além do mais, a hipótese de que trata o art. 30-A da Lei nº 9.504/1997 pode ser perfeitamente incluída no âmbito de incidência do art. 22 da LC 64/1990, que se refere ao "uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico".

Em suma, embora me pareça que a ação de investigação judicial eleitoral prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, quando julgada procedente pelo Tribunal Superior Eleitoral, possa levar à cassação do mandato e à perda do cargo do Presidente e Vice-Presidente da República, independentemente do processo de *impeachment*, parece-me que a representação para a abertura de investigação judicial eleitoral prevista no art. 30-A da Lei (ordinária) nº 9.504/1997 não pode ter o mesmo efeito, especialmente se proposta após a diplomação, pois a matéria exige Lei complementar fundada no art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

3. Dos fundamentos e da viabilidade da AIME e das AIJEs propostas para a cassação do diploma da atual Presidente da República e do seu vice

A terceira questão concernente à matéria constitucional eleitoral diz respeito aos fundamentos e à viabilidade jurídico-constitucional da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) nº 7-61.2015.6.00.0000/DF, da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 154781.2014.600.0000 e da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 194358.2014.600.0000/DF.

Inicialmente, cumpre considerar a AIME nº 7-61.2015.6.00.000, proposta pelo PSDB e a Coligação Muda Brasil, em 2 de janeiro de 2015 (e, portanto, tempestivamente, dentro do prazo constitucional decadencial de 15 dias, a contar de diplomação, ocorrida em 19 de dezembro de 2014), sendo requeridos Dilma Rousseff, Michel Temer, a Coligação Com a Força do Povo, o Partidos dos Trabalhadores (PT), e o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). Essa Ação é de uma enorme fragilidade, baseando-se em ilações vagas e afirmações subjetivas, sem indicações de provas que possam justificar a cassação dos diplomas e dos mandatos de Presidente e Vice-Presidente da República eleitos democraticamente pelo povo brasileiro.

A esse respeito, a decisão monocrática da Excelentíssima Ministra Maria Tereza de Assis Souza, em 4 de fevereiro de 2015, negando preliminarmente o seguimento da

Câmara dos Dep...
Fl. 7340-A
Comissões Especiais

AIME, e seu voto julgamento do AgR-AIME nº 7-61.2015.6.00.0000/DF, em 6 de outubro de 2015, confirmando os termos de sua decisão, são esclarecedores.

Considerando os três fundamentos apresentados pelos autores da AIME, a saber, abuso de poder político, abuso de poder econômico e fraude na última eleição presidencial, a Ministra, em primeiro lugar, descartou, peremptoriamente, a possibilidade do mero abuso de poder político servir de fundamento à AIME, tendo em vista que o art. 14, § 10, da Constituição estabelece apenas as hipóteses de "abuso do poder econômico, corrupção ou fraude". Nesse particular, ela cita vários precedentes do próprio TSE sustentando claramente não caber ação de impugnação de mandato eletivo apenas com fundamento em abuso do poder político (pp. 7-8 da Decisão). Nesse particular, qualquer tentativa de inverter a jurisprudência implicará oportunismo incompatível com o Estado constitucional. Constituirá uma patente quebra da integridade ou consistência da ordem jurídica.

No que se refere ao abuso do poder econômico e à fraude, a Ministra aponta para a fragilidade e vagueza das alegações, não instruídas com provas objetivas nos termos do art. 14, § 10, da Constituição, mas meramente em ilações subjetivas. A esse respeito, ela destaca certos trechos da petição inicial (p. 10 da Decisão):

> "ação coordenada visando garantir o êxito do projeto reeleitoral dos requeridos (fl 03)";
> "peça de uma engenhosa engrenagem construída para assegurar a reeleição dos primeiros investigados" (fl. 10);
> "finalidade de convencer o eleitor de que a economia estava sendo bem gerida, tudo a permitir que se vislumbrasse um quadro otimista (fls. 16)";
> "sofisticado esquema de arrecadação ilegal de dinheiro público (...), cujos recursos permitiram a captação de votos em favor dos candidatos (fl. 34)";
> "certamente por se sentirem ameaçados em seu projeto de eternização no poder (fl. 48)";
> "manifesta intenção de obter sucesso eleitoral à custa de acusações falsas, de imputações calcadas sem premissas mendazes, que conspurcam a legitimidade da manifestação democrática (fl. 52)".

A Ministra, em argumentação segura e precisa, continua:

> "Destes excertos extraio elementos que demonstram, de forma evidente, o elevado grau de subjetivismo na apresentação, pelos autores, de hipóteses em forma de prolepse, a demonstrar a enorme distância existente entre os fatos de que dispõem e a descrição de deles fazem, na tentativa de justificar serem suficientes para atender os requisitos exigidos pelo § 10 do art. 14 CF para a propositura da AIME.

Câmara dos Deputados
Fl. 7341
Comissões Especiais

> Todavia, e em análise criteriosa do cabimento da presente ação, como justificado no início desta decisão, entendo que a inicial apresenta uma série de ilações sobre diversos fatos pinçados de campanha eleitoral realizada num país de dimensões continentais sobre os quais não é possível vislumbrar a objetividade necessária a atender o referido dispositivo constitucional" (*ibidem*).

Ela aponta, então, diversos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral em que se firmou que alegações genéricas e meras especulações não se prestam a justificar a propositura de AIME (pp. 10-13 da Decisão). Também aponta para a manobra de transferir para o TSE como corte especializada a investigação de material probatório do processo criminal referente à "Operação Lava Jato", citando (p. 12) precedente do próprio TSE em que se entendeu que a "impugnação a mandato eletivo deve fazer-se acompanhada de indício de prova, não servindo, a tanto, denúncias que passaram anteriormente pelo crivo do Judiciário"[22].

Apesar de confirmar e fortificar os seus argumentos cristalinos no julgamento do AgR-AIME nº 7-61.2015.600.0000/DF, o seu voto foi vencido, prevalecendo voto-vista do Ministro Gilmar Mendes para que se conheça a AIME e, portanto, julgue-se o seu mérito. Dada a fragilidade dos fundamentos da ação, não instruída com provas objetivas nos termos do art. 14, § 10, da Constituição Federal, a decisão da maioria serve apenas para um protelamento do problema e para a promoção do movimento político de desestabilização do governo da Presidente Dilma Rousseff. Uma eventual decisão que julgue procedente a AIME nº 7-61.2015.6.00.0000/DF constituirá uma gritante ruptura com os precedentes jurisprudenciais do TSE, sem nenhum fundamento jurídico, e significará uma escandalosa situação política de parcialidade do Poder Judiciário, com crivos político-partidários e político-ideológicos patentemente injustificáveis em um Estado democrático de direito, também no que concerne ao princípio da igualdade.

As alegações constantes AIJE nº 154781.2014.600.0000 e da AIJE nº 194358.2014.600.0000/DF, propostas pela Coligação Muda Brasil e pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), em 2 de outubro e 18 de dezembro de 2014, respectivamente (e, portanto, tempestivamente, antes da diplomação, em 18 de dezembro de 2014, da Presidente e do Vice-Presidente eleitos), sendo representados Dilma Rousseff e Michel Temer, caracterizam-se pelas mesmas alegações gerais e meras especulações ou presunções, não encontrando respaldo no art. 22 de Lei

[22] ArG-AI 11931, rel. Min. Marco Aurélio Mello, julg. 23/02/1995, DJ 28/1995, p. 11219.

Câmara dos Deputados
Fl. 7341-A
Comissões Especiais

Complementar nº 64/1990, que exige o relato de fatos e indicação de provas, nem nos precedentes do TSE, para que possa prosperar.

A alegação de fatos vagos para fins de justificar a AIME chega ao extremo de indicação de um trecho de discurso da Presidente Dilma Rousseff, em 3 de março de 2014, em que ela afirmava que "... nós podemos fazer o diabo quando é a hora da eleição ..." (p. 2 da petição inicial da AIME). O trecho é descontextualizado. A Presidenta criticava os seus adversários e, portanto, alertava o público do perigo de se confiar na promessa e do risco de ações manipuladoras da eleição. Esse tipo de alegação deformadora das palavras não é digna de prosperar para fins de uma cassação de diploma obtido com base em eleições democráticas.

Em síntese, se forem acatadas pelo Tribunal Superior Eleitoral as alegações vagas contidas na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) nº 7-61.2015.6.00.0000/DF, na Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 154781.2014.600.0000 e na Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 194358.2014.600.0000/DF, para fins de cassação dos diplomas eleitorais da Presidente e do Vice-Presidente da República, o resultado será não apenas uma ruptura injustificável com os precedentes do TSE, mas também uma total insegurança em futuros pleitos, nos quais os candidatos derrotados sentir-se-ão livres para impugnar as respectivas eleições de forma "temerária" e com "manifesta má-fé", ao arrepio do § 11 do art. 14 da Constituição Federal e do art. 25 da LC nº 64/1990, acima citados.

IV
Das respostas à matéria constitucional e tributário-financeira (Quesitos da Seção I.3)

1. As comumente denominadas "pedaladas fiscais" pela mídia e a rejeição de contas pelo Tribunal de Contas da União

As chamadas "pedaladas fiscais" dizem respeito a certas desconformidades das práticas do Poder Executivo com a Lei orçamentária e a Lei de responsabilidade fiscal. Os tipos de desconformidades apontadas, historicamente, inclusive após a entrada em vigor da Constituição de 1988 e da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) nunca ensejaram parecer prévio favorável à reprovação das contas do Poder Executivo, mas, simplesmente, parecer pela aprovação das contas com ressalvas e recomendações saneadoras ao Poder Executivo. Embora caiba lembrar que um importante ex-ministro da Fazenda do período ditatorial, o Dr. Delfin Neto,

Câmara dos Deputados
Fl. 7342
Comissões Especiais

reconheceu que tais pedaladas sempre existiram[23], só me interessa aqui os exercícios posteriores à vigência da Constituição democrática de 1998.

A esse respeito, cabe observar que desvios que o Parecer prévio do TCU imputa ao Poder Executivo no Relatório e Parecer Prévio referente ao exercício de 2014, a saber, desinformações contábeis e fiscais ("pedaladas fiscais"), decretos contrários à lei orçamentária, ou seja, a autorização de despesas sem aprovação do Congresso Nacional, quando esta seria exigida, e a não computação de passivos da União, podem ser encontrados claramente em relatórios e pareceres prévios do TCU no passado, como, por exemplo, no Relatório e Parecer Prévio referente ao exercício de 2002, quando se encontrava ocupando e exercendo o cargo de presidente da república o Dr. Fernando Henrique Cardoso[24]. Naquela oportunidade, o TCU enfatizava:

> "Há que se destacar, no que se refere ao Poder Executivo, a inviabilidade de se fazer uma análise mais efetiva no que tange à eficácia de todas as ações relacionadas, devido à verificação de inúmeras inconsistências, como por exemplo, informações errôneas ou incompletas sobre metas previstas e realizadas."[25]

A esse respeito, apontava-se para problemas persistentes de gastos sem autorização pela Lei Orçamentária:

> "Sobre a realização de despesas acima do valor autorizado pela Lei Orçamentária, cabe observar que, de acordo com a Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, as contas das unidades gestoras serão julgadas irregulares quando demonstrarem '*prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial*'. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por sua vez, informou que '*alertou tempestivamente a direção das empresas e os respectivos ministérios supervisores da necessidade de observância estrita do teto orçamentário aprovado em nível de subtítulo*'. Não obstante as recomendações daquele Ministério, as empresas Petróleo Brasileiro S.A., Braspetro Oil Service Company, Petrobrás Distribuidora S.A., Petrobrás Transporte S.A., Refinaria Alberto Pasqualini – RFAP S.A., Braspetro Oil Company, Hospital Fêmina S.A. extrapolaram os limites fixados na LOA."[26]

---

[23] "As pedaladas ocorrem. Mas elas sempre ocorreram, mesmo antes de FHC. Tirá-la por conta disso é golpe" (Delfin Neto. Entrevista ao jornalista João Villaverde: "A Dilma tem de enfrentar o panelaço que lhe cabe". in: *Estadão*, 1 de agosto de 2015 (http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-dilma-tem-de-enfrentar-o-panelaco-que-lhe-cabe,1736464).

[24] Tribunal de Consta União. "Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República – Exercício de 2002". *Diário do Senado Federal*, ano LVIII, Suplemento ao nº 083, 17 de junho de 2013, Brasília – DF.

[25] *Ibidem*, p. 501.

[26] *Ibidem*, p. 497.

Câmara dos Dep...
Fl. 7342-A
Comissões Esp...

Quanto à falta de transparência nas Contas do executivo referentes ao exercício de 2002, o Relatório do TCU era peremptório ao tratar do volume de gasto com o serviço da dívida:

> "Percebe-se do quadro exposto que a magnitude dos dispêndios no financiamento e administração desse item, que vem a ser o de maior relevância nos gastos da União, demanda a mais absoluta transparência, de modo a permitir que, não só os órgãos, entidades e agentes envolvidos, mas toda a sociedade, que finda por contribuir das mais variadas formas para o pagamento das despesas decorrentes, possam exercer o controle necessário e tão desejado por todos.
> Todavia, não se verifica para a realização de tal item de despesa da União a transparência desejada"[27].

Em geral, o Relatório advertia para a "falta de transparência na visualização da programação orçamentária" e apontava que o "momento" era de "alerta"[28].

Nas conclusões do relatório, indicava-se que "restos a pagar processados estão superavaliados em cerca de 0,53 bilhão, em decorrência de que órgãos e entidades não promoveram baixa contábil relativa ao cancelamento dos valores inscritos até o exercício de 2001, conforme Decreto nº 4.526, de 18/12/2002"[29].

Além disso, a conclusão sublinha a "alteração para mais, mediante o Decreto nº 4.120/2002, dos Programas Estratégicos definidos pela Lei Orçamentária de 2002"[30]. Essa falha é esclarecida como repetida e persistente no corpo do Relatório de 2003:

> "Cabe apontar que o aludido decreto foi sucessivamente alterado, no decorrer do exercício, por outros decretos e portarias, que incluíram e excluíram diversas ações, bem como alteraram sucessivamente os limites orçamentários e financeiros, com acréscimos e reduções nos tetos autorizados no período.
> Tal como em 2001, pode-se constatar que nem todos os programas e ações eleitos como estratégicos no Decreto 4.120/2002 e suas alterações estavam contidos na programação prevista na LDO/2002, que definiu as metas e prioridades da administração pública federal para o exercício, conforme orientou a Magna Carta.
> Não há perfeita congruência entre os programas e ações estratégicos, a serem tratados com precedência na execução, e os programas e ações prioritários, a serem tratados com precedência na alocação de recursos, conforme fixou a LDO, de forma que constam programas e/ou ações na referida Lei não contemplados no Decreto e vice-versa.

---

[27] *Ibidem*, p. 506.
[28] *Ibidem*.
[29] *Ibidem*, p. 509.
[30] *Ibidem*.

Câmara dos Deputados
Fl. 7343
Comissões Especiais

> Reforçando os termos anteriores, recorde-se que a Carta Constitucional define que a LDO estabelecerá as prioridades e metas da administração pública federal para o exercício financeiro subsequente. Os Decretos do Executivo, quando estabelecem precedência na execução de outros programas, elegem nova categoria de prioridade, não prevista na lei."[31]

Observa-se do exposto que, não só no exercício de 2002, mas também de 2001, Decretos do Presidente da República, além de autorizar aumento de despesas em contrariedade à lei orçamentária, estabeleceram ações e programas prioritários contrariamente às respectivas leis orçamentárias.

Apesar dessas e de outras "falhas", persistentes e abundantes, o Parecer prévio do TCU referente ao exercício de 2002, opinava nos seguintes termos:

> "Considerando que as falhas verificadas, embora não constituam motivo maior que impeça a aprovação das Contas do Poder Executivo relativas ao exercício de 2002, requerem a adoção das medidas recomendadas, observadas as ressalvas constantes da concussão do Relatório".[32]

Esse modelo de parecer prévio com ressalvas concernentes às falhas, reaparece, conforme os precedentes, nos pareceres prévios do TCU referentes aos exercícios de 2003, 2004, 2005, 2008, 2009, 2012 e 2013, como esclarecem os juristas Jefferson Garús Guedes e Thiago Aguiar de Pádua:

> "Mas o que ora importa observar é o que se deixou fixado nos *Pareceres Prévios*: em caso de irregularidades constatadas, isto é, que todas 'as contas são aprovadas com ressalvas'."[33]

O tratamento diferente e a reprovação das contas referentes ao exercício de 2014 constitui um gritante desrespeito ao princípio da isonomia, segundo o qual casos juridicamente iguais devem ser tratados igualmente do ponto de vista jurídico. Os precedentes eram claros. Para superá-los teria que haver argumentos excepcionais para que ocorresse um *overruling*, apontando para todas as circunstâncias que poderiam justificar um novo entendimento ao discutir criticamente o anterior. Mas não houve isso. Não foram discutidos nem enfrentados os precedentes, mas apenas, arbitrariamente, desconsiderados. Nem mesmo se procedeu a uma tentativa de *distinguishing* em relação aos casos anteriores. Isso significa uma quebra com a

---

[31] *Ibidem*, pp. 60-61.
[32] *Ibidem*, p. 512.
[33] Guedes, Jefferson Garús; Pádua, Thiago Aguiar de. "Pedaladas jurisprudenciais do TCU ou prospective overruling?" In: *Consultor Jurídico*, 16 de agosto de 2015, p. 1 (http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/pedaladas-jurisprudenciais-tcu-ou-prospective-overruling#sdendnote9sym).

Câmara dos Deputados
Fl. 7343-A
Comissões Especiais

exigência de consistência do sistema jurídico ou coerência do discurso jurídico, rompendo não só com o princípio da igualdade, mas com as exigências do Estado democrático de direito estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Além disso, nesse caso, mesmo que fosse admitido o *overruling*, ele precisaria ser um *prospective overruling* (uma superação dos precedentes para o futuro), como esclareceram os já mencionados juristas Jefferson Garús Guedes e Thiago Aguiar Pádua[34]. Isso porque se trata de uma exigência de segurança jurídica no Estado de direito que a Administração possa considerar o que é reprovável pelos órgãos jurídicos de controle conforme os precedentes.

Por fim, cabe observar que se, em um país complexo como o Brasil, com grande instabilidade econômica, muito dependente dos influxos da economia global, toda e qualquer falha na execução orçamentária implicasse uma reprovação das contas, muito improvavelmente uma conta do Poder Executivo seria aprovada pelo TCU em nosso país. As contas só devem ser reprovadas quando as falhas realmente forem atentatórias ao interesse público, servindo a fins comprovadamente particularistas dos "donos do poder". Evidentemente, esse não foi o caso no exercício de 2014, no qual as falhas formais relacionaram-se com a tentativa de responder ao interesse público, especialmente a programas sociais, especialmente o Bolsa-Família, reconhecido pelos organismos internacionais como um modelo exemplar de combate a pobreza.

Portanto, as falhas detectadas pelo TCU nas contas do Poder Executivo no exercício de 2014 não deveriam, do ponto de vista jurídico-constitucional, ser reprovadas pelo órgão federal de contas, mas apenas aprovadas com ressalvas acompanhadas de recomendações para o saneamento da situação, conforme os precedentes.

2. As chamadas "pedaladas fiscais" como fundamento para a denúncia por crime de responsabilidade

O consulente também indaga se as mesmas "pedaladas fiscais" podem ser utilizadas como fundamento para denúncia por crime de responsabilidade. Essa questão já está, em parte, respondida no item anterior, mas há alguns aspectos adicionais e específicos a serem considerados.

Cumpre observar que não é qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade que justifica a denúncia da Presidente da República por crime de responsabilidade.

---

[34] *Ibidem*.

Câmara dos Deputados
Fl. 7744
Comissões Especiais

Imagine se fosse justificada a admissão de uma denúncia da Chefa de Estado por crime de responsabilidade toda vez que ela sancionasse uma lei inconstitucional. Mesmo que tal lei violasse "patentemente" direito ou garantia individual ou direito social assegurado na Constituição, não estaria, só por isso, configurado o crime de responsabilidade tipificado no art. 7°, item 2, da Lei n° 1.079/1950 e previsto no art. 85, inciso III, da Constituição Federal. No caso, é suficiente a declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, particularmente mediante julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. O crime de responsabilidade só se configuraria se a Presidenta insistisse em desrespeitar o respectivo direito ou garantia, contrariamente às determinações do controle jurisdicional.

O mesmo ocorre com a edição de decreto e atos administrativos contrários à Constituição ou ilegais. Caso a cada vez que a Presidente editasse um decreto ilegal ou inconstitucional, contrário à Lei orçamentária, à Lei de Reponsabilidade Fiscal ou qualquer outra lei, ela já merecesse ser denunciada por crime de responsabilidade, toda e qualquer Chefa de Estado estaria submetida a cada exercício ao processo de *impeachment*. Também aqui é suficiente a invalidação do ato por órgão de controle, seja jurisdicional, de contas ou administrativo. Só em sendo algo patentemente atentatório à Constituição, cabe discutir sobre a possibilidade de *impeachment*. Isso significa que os crimes previstos nos incisos do art. 85 da Constituição e tipificados na Lei n° 1.079/1950 devem ser compreendidos à luz do *caput* do art. 85 da CF, pertencendo a todas as hipóteses normativas a exigência de que "atentem contra a Constituição Federal".

No presente caso, como as chamadas "pedaladas fiscais" não são suficientes para justificar parecer favorável à reprovação das contas do Poder Executivo pelo TCU, tal como esclarecido no item anterior (IV.1), caracteriza-se ainda mais a insuficiência dessas falhas para justificar a denúncia da Presidente por crime de responsabilidade. Exige-se algo atentatório à Constituição, ao interesse público e às instituições republicanas. Se absurdamente admitíssemos isso em relação à Exma. Sra. Presidente da República em relação às chamadas pedaladas fiscais, teríamos que admitir que praticamente todos os presidentes anteriores mereceriam ser denunciados por crime de responsabilidade. No presente caso, o que cabe são medidas saneadoras por parte do Poder Executivo, de acordo com as recomendações do TCU, como sempre ocorreu anteriormente.

Câmara dos Deputados
Fl. 7344-A
Comissões Especiais

Acrescente-se que o próprio Presidente da Câmara dos Deputados reconheceu no ato de recebimento da Denúncia, que os atos praticados no mandato anterior não são objeto do processo de *impeachment*, conforme a tese defendida no item II.1 deste parecer[35]. Restam os atos praticados em 2015.

A Denúncia baseia-se em Memorial do Procurador do TCU, Sr. Júlio Marcelo de Oliveira, que sustenta:

> "Além das omissões intencionais na edição de decretos de contingenciamento em desacordo com o real comportamento das receitas e despesas do país, houve ainda edição de decretos de abertura de créditos sem a prévia, adequada e necessária autorização legislativa, violando a Lei Orçamentária anual, a LRF e a Constituição da República."[36]

Por sua vez, na decisão de recebimento da denúncia pela Presidência da Câmara dos Deputados, admitiu-se como eventual justificativa do *impeachment* a edição de seis "Decretos não numerados, os quais supostamente abriram créditos suplementares em desacordo com a lei orçamentária", o que configuraria, "em abstrato, os tipos penais previstos nos itens 4 e 6 do art. 10 da Lei nº 1.079/1950"[37].

Além de ainda não haver parecer prévio do TCU sobre essa matéria, evidentemente as falhas apontadas, tal como já esclarecido acima, não podem ser justificativas suficientes para uma denúncia da Presidente por crime de responsabilidade, nem mesmo para uma reprovação das contas do Poder Executivo no exercício de 2015. Caso contrário, estaríamos com dois pesos e duas medidas, ferindo o princípio da isonomia. No relatório do TCU sobre as contas referentes ao exercício de 2002, enfatizou-se que, "*tal como em 2001" (e, portanto, com persistência), o Decreto nº 4.120/2000 "foi sucessivamente alterado, no decorrer do exercício, por outros decretos e portarias, que inclusive incluíram e excluíram diversas ações bem como alteraram sucessivamente os limites orçamentários e financeiros, com acréscimos e reduções nos tetos autorizados no período*" (ver *supra* pp. 28-29). Essas falhas, porém, só justificaram ressalvas e recomendações no Parecer prévio do TCU em 2003.

---

[35] Eduardo Cunha, Presidente da Câmara dos Deputados, Decisão da Presidência (DCR 1/2015), p. 16 (http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1420614&filename=Tramitacao-DCR/1/2015).

[36] *Apud* Bicudo, Hélio Pereira; Reale Júnior, Miguel; Paschoal, Janaína Conceição, Denúncia (DCR 1/2015), p. 16.

[37] Eduardo Cunha, Presidente da Câmara dos Deputados, Decisão da Presidência (DCR 1/2015), p. 17.

Câmara dos Deputados
Fl. 7345
Comissões Especiais

Nesse contexto, se falhas da mesma natureza, no passado, não justificaram sequer parecer prévio favorável à reprovação das contas do Poder Executivo, mas apenas ressalvas e recomendações na aprovação das contas, constituiria um absurdo se essas falhas pudessem ser consideradas suficientes para justificar denúncia por crime de responsabilidade da Presidente da República no presente, sem qualquer fundamentação de um *overruling* e, portanto, em detrimento da isonomia e da segurança jurídica como princípios do Estado democrático de direito. Fica evidente que é as circunstanciais dificuldades políticas do governo no contexto de uma crise econômica grave que tem levado a essa ruptura injustificada com os precedentes, tornando a atual denúncia da Presidente da República por crime de responsabilidade um ato puramente político-ideológico e político-partidário, sem qualquer embasamento jurídico.

V.
Resposta à matéria processual penal

1. Impeachment: processo jurídico ou estritamente político?

Evidentemente, o *impeachment* não é um processo estritamente político, como a simples moção de desconfiança contra o primeiro ministro e o seu gabinete no sistema parlamentar. No parlamentarismo, o parlamento pode decidir, por maioria, pela destituição do governo, bastando estar presente a insatisfação com a política governamental. Em contrapartida (ao contrário do governo de assembleia), o Executivo pode evitar ou adiar essa destituição mediante a dissolução do parlamento e a convocação de novas eleições, na tentativa de formar uma nova maioria favorável ao governo.

O *impeachment* também não se confunde com o *recall*, a saber, a revogação popular do mandato[38], um instituto da democracia semidireta que decorre de decisão do mesmo eleitorado que escolheu o ocupante do cargo eletivo, como sucede no plano local nos Estados Unidos da América e na Suíça.

Ao contrário da moção de desconfiança no parlamentarismo e do *recall* nos modelos de democracia semidireta, o *impeachment* exige a configuração e a comprovação de um crime de responsabilidade, implicando um processo de natureza

[38] Cf. Assis, Mariana Prandnini; Holmes, Pablo. "Impeachment não é recall! Para além da lógica 'amigo/inimigo' na história constitucional brasileira". *In*: *Crítica Constitucional*, 20 de setembro de 2015.

Câmara dos Deputados
Fl. 734-A
Comissões Especiais

jurídica e mesmo penal, apesar de ter por objeto matéria política e envolver motivações políticas. Neste particular, Pontes de Miranda é lapidar:

> "O instituo da responsabilidade política é inconfundível com o *governo coincidente com a maioria*, e que se prendem os fatos políticos da *moção de confiança*, que é comunicação de vontade de eficácia declarativa do *status quo*, ou *moção de desconfiança*, comunicação de vontade, explícita ou implícita, às vezes tácitas, de eficácia constitutiva negativa *provável* (Inglaterra) ou *necessária* (parlamentarismo apriorístico).
> [...]
> Não; os atos que se encadeiam desde a denúncia ou queixa até a sentença final são atos de processo, para *aplicação* de regras jurídicas, concernentes ao investido de função pública, regras que incidiram. *A fortiori*, não se trata se trata de instituo de coincidência da vontade popular com o governo [..].
> Temos, pois, que os princípios que regem a responsabilidade do Presidente da República (e de Governadores estaduais e de Prefeitos) são princípios de direito constitucional e princípios de direito processual."[39]

Pontes de Miranda ia além ao enfatizar:

> "Não há, nos casos em que se criam exceções à Justiça uma só para todos, facilitação do processo e julgamento, e sim exatamente o contrário: *dificultação*, de que emanam, para os acusados, direitos subjetivos e pretensões às formas, principalmente às formas essenciais do processo penal."[40]

E sua conclusão não poderia ser outra:

> "Não há julgamento político, *sensu stricto*, do Presidente da República. Há julgamento jurídico."[41]

Essa característica do crime de reponsabilidade e o respectivo processo e julgamento, no direito brasileiro, impedem que a Presidente torne-se refém de maiorias eventuais e seja destituída arbitrariamente. Tal feitura marca o nosso presidencialismo desde suas origens. A esse respeito, cabe invocar um clássico do nosso constitucionalismo, João Barbalho, na vigência da Constituição de 1891:

> "Estabelecida a responsabilidade do presidente da República, Constituição passa a determinar os atos pelos quais nela incorre ele. Saindo assim do vago em que nesta matéria se expressam outras constituições, a nossa melhor garantiu o poder público e a pessoa do chefe da Nação. Aplicou ao acusado o salutar princípio que se lê em seu art. 72 § 15, e no art. 1 do Código Penal. E tirou, quer à câmara

---

[39] Miranda, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, vol. II, pp. 417-418.
[40] *Ibidem*, pp. 424-425
[41] *Ibidem*, p. 424.

Câmara dos Deputados
Fl. 7346
Comissões Especiais

> dos deputados, quer ao senado, todo o poder discricionário que nisto de outro modo lhes ficaria pertencendo. Deste feitio, ficou consagrado que o presidente denunciado deverá ser processado, absolvido ou condenado, não *absque lege* e por meras considerações de ordem política, quaisquer que sejam, mas com procedimento de caráter judiciário, mediante as investigações e provas admitidas em direito, e julgado *secundum acta e probata*.
> E de outro modo deturpar-se-ia o regime presidencial, podendo as câmaras sob qualquer pretexto demitir o presidente; dar-se-ia incontrastável predomínio delas. A posição do chefe de estado seria coisa instável e precária, sem independência, sem garantias."[42]

Barbalho também apresentava, em tradução livre, conceitos do senador e jurista norte-americano William P. Fessenden:

> "Tudo o que pode enfraquecer o direito que o presidente tem ao respeito do povo, quebrar as barreiras que o cercam, fazê-lo joguete de maiorias ocasionais, tende a destruir nosso governo e prejudicar a liberdade constitucional. A destituição do Supremo Magistrado deveria ser promovida de feição que o espírito de partido não pudesse ser acusado de tê-la ditado. Ela não deve deixar suspeitar os motivos do que aplicam a pena; deve-se apresentar ao país e ao mundo civilizado como uma medida justificada pela gravidade do crime e pela necessidade do castigo... O Senado convertido em Alta Corte de Justiça, ao pronunciar-se sobre os artigos da acusação, deve restringir-se a decidir se eles se acham provados."[43]

Nessa linha de raciocínio, à luz da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal firmou, por unanimidade, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 834/MT, "que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é *matéria de Direito Penal*, da competência privativa da União."[44] Portanto, além de jurídico, trata-se de matéria jurídico-penal.

Pode-se dizer que são crimes político-jurídicos, tendo em vista que se trata de matéria de natureza política, com forte ingrediente político motivador da denúncia, e, ao mesmo tempo, exige uma forma jurídica, seja na sua previsão constitucional e tipificação em lei especial, quanto ao processo e ao julgamento. Os crimes de responsabilidade ficam em uma área de confluência entre direito político e direito penal; o respectivo processo encontra-se em uma área de intersecção entre processo parlamentar e processo penal. A definição jurídica dos crimes de responsabilidade e as

---

[42] Barbalho U. C., João, *Constituição Federal Brasileira: Comentários*. Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902, p. 216 (Edição fac-similar do Senado Federal, Brasília, 1992).
[43] *Apud* Barbalho U. C., *ibidem*, pp. 216-217.
[44] STF, ADI 834 / MT - MATO GROSSO, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 18/02/1999, DJ 09/04/1999.

Câmara dos Deputados
Fl. 7346-A
Comissões Especiais

correspondentes garantias jurídico-processuais são inarredáveis no presidencialismo brasileiro.

2. Garantias processuais constitucionais e legais de presidente denunciado por crime de reponsabilidade e as normas do CPP aplicáveis ao processo

O consulente indaga quais são as a garantias processuais constitucionais e legais de presidente denunciado por crime de responsabilidade e quais as normas do Código de Processo Penal aplicam-se ao respectivo processo. De uma forma genérica, essa questão já se encontra respondida no item anterior: o presidente goza de praticamente todas as garantias processuais de que gozam os cidadãos em geral, especialmente garantias do processo penal. Cabem, porém, alguns comentários específicos.

Aplicam-se ao processo de *impeachment* particularmente as garantias constitucionais do "devido processo legal" (CF, art. 5º, inciso LIV), do "contraditório" e da "ampla defesa" (CF, art. 5º, inciso LV), da inadmissibilidade de "provas obtidas por meios ilícitos" (CF, art. 5º, inciso LVI) e da presunção de inocência (CF., art. 5º, inciso LVII). Cabe acrescentar que a norma constitucional penal que determina não haver "crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (CF, art. 5º, inciso XXXIX), o chamado "princípio anterioridade penal", constitui um direito constitucional fundamental que, indiretamente, tem o significado de uma garantia processual penal, aplicando-se, evidentemente, aos crimes de reponsabilidade.

No que diz respeito às garantias processuais legais, a própria Lei nº 1.079/1950, art. 38, estabelece que o Código de Processo Penal, no processo e julgamento do Presidente da República, será subsidiário dessa lei especial, naquilo em que lhes for aplicável. São relevantes dois dispositivos do CPP para o caso de *impeachment*. Antes de tudo, cumpre citar o seu art. 1º, inciso II:

> "Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, *ressalvados*:
> I – (*omissis*)
> II – as *prerrogativas constitucionais do Presidente da República*, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade" (grifei).

Como se pode observar, a ressalva não diz respeito às garantias asseguradas no CPP aos denunciados e acusados, mas apenas às prerrogativas constitucionais das autoridades indicadas no dispositivo, particularmente o Presidente da República, em caso de crimes comuns e de responsabilidade. Portanto, as garantias processuais do

Câmara dos Deputados
Fl. 7247
Comissões Especiais

denunciado, acusado ou réu, previstas no CPC, aplicam-se, em princípio, à Presidente da República denunciada por crime de responsabilidade.

A esse respeito, cabe destacar a garantia prevista no art. 155 do Código de Processo Penal:

> "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

Evidentemente, também no processo de *impeachment* exige-se a formação de convicção pela livre apreciação das provas produzidas em contraditório, não podendo o julgamento fundamentar-se simplesmente em elementos informativos colhidos na investigação, muito menos em meras "informações" apresentadas na denúncia.

Em suma, a Presidente, denunciada por crime de responsabilidade, goza, em princípio, de todas as garantias processuais penais, sejam elas previstas na Constituição ou na legislação penal ordinária.

VI.
Uma breve observação final

No presente contexto, é apropriado advertir, quanto à dimensão política do *impeachment*, que questões políticas, em geral, e questões referentes a crimes de reponsabilidade da Presidente da República, em particular, não devem ser tratadas apenas conforme uma ética do juízo [*Gesinnungsethik*], mas também e sobretudo nos termos de uma ética da responsabilidade [*Verantwortungsethik*]. A esse respeito, indo além das concepções dos seus contemporâneos pátrios, Ruy Barbosa, tão citado seletivamente e de maneira descontextualizada pelos ora denunciantes, mas, à frente desses, com exuberância de caráter, afirmava "sem ódio e sem medo" das elites de então:

> "Raras vezes no moderno regime constitucional, raras vezes no regime republicano, se terá de verificar a acusação do Chefe do Estado, se terá de tornar efetivo esse recurso extremo contra abusos supremos do poder; *muitas vezes, reconhecendo mesmo a existência de faltas, de erros e de violação das leis, o Congresso terá de recuar ante as consequências graves de fazer sentar o Chefe do Estado no banco dos réus.*"[45]

[45] Barbosa, Ruy. *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Mistério da Educação e Saúde, vol. XXV (1898), tomo VI, 1953, p. 109 (grifei).

Câmara dos Deputados
Fl. 7347-A
Comissões Especiais

No presente contexto, essa questão apresenta-se de maneira mais grave, pois não há qualquer ato da Presidente da República que configure crime de responsabilidade, entendido nos exatos termos do *caput* do art. 85 da Constituição Federal, como atos que atentem contra esta. Ao contrário de governos anteriores, o governo da Presidente Dilma Rousseff tem apoiado tanto a Polícia Federal como o Ministério Público Federal na atividade de investigação e persecução penal relativa aos recentes casos escandalosos de "corrupção", mesmo contrariando os seus correligionários. Essa atitude é bem diferente do governo de que participou um dos denunciantes, a saber, em que o Ministério Público Federal e a Polícia Federal ficaram nas mãos e sob controle de pessoas ligadas politicamente e de inteira confiança do presidente, tendo sido típico os arquivamentos de inquéritos, de tal maneira que o Procurador-Geral da República passou a ser chamado popularmente de "engavetador geral da república". Em certa medida, a atual Presidente da República é uma vítima da "corrução sistêmica" que caracteriza o Estado brasileiro historicamente, não tendo havido o seu aumento, mas sim a sua redução nos últimos anos, como reconhece um reputado membro do Partido da Social Democracia Brasileira, o empresário Ricardo Semler[46]. O que se fortificou nos dois governos da Excelentíssima Presidente da República Dilma Rousseff foi o combate à corrupção.

Só o espírito de partido e de facção, aproveitando-se de dificuldades políticas circunstanciais da Presidente neste momento de crise econômica, explica que ela tenha sido denunciada por crime de responsabilidade e a denúncia tenha sido recebida pelo Presidente da Câmara dos Deputados. Mas tais atitudes não apenas carecem de fundamentos jurídicos e contrariam a ética da reponsabilidade, mas também afrontam qualquer ética do juízo, dos princípios ou da convicção.

VII.
Conclusões

Diante de todo o exposto, concluo nos seguintes termos:

1. Conforme o art. 86, § 4º, da Constituição Federal, à luz do qual deve ser interpretado o art. 15 de Lei nº 1.079/1950, os atos praticados pela Presidente da República no seu primeiro mandato, não podem configurar crimes de responsabilidade para fins de processo de *impeachment* na vigência do mandato atual.

[46] Semler, Ricardo. "Nunca se roubou tão pouco". *In*: *Folha de São Paulo*, 21 de novembro de 2014.

Câmara dos Deputados
Fl. 7348
Comissões Especiais

2. O parecer prévio do Tribunal de Contas da União, favorável à rejeição das contas prestadas pela Presidente da República em relação ao exercício de 2014, constitui uma mera opinião jurídica, dependente da aprovação do Congresso Nacional. Só por maioria de votos em ambas as Casas do Congresso Nacional, presente a maioria absoluta dos seus membros, isto é, por maioria simples (art. 47 da Constituição Federal), as contas prestadas pela Presidente da República poderão ser reprovadas. A reprovação não implica a justificativa do processo de *impeachment*, que requer a configuração do crime de responsabilidade e submete-se a um procedimento bem mais complexo, exigindo maioria qualificada de dois terços na Câmara dos Deputados para que a acusação seja admitida e de dois terços no Senado para que a Presidente seja condenada (art. 86, *caput*, da Constituição Federal).
3. Nos termos do § 3º do art. 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, dispositivo subsidiário da Lei nº 1.079/1950 por força do art. 38 dessa lei especial, poderia ter havido recurso para o Plenário contra o arquivamento da Denúncia, a ser decidido por maioria simples. Essa decisão, porém, só teria a função de receber a denúncia em lugar de ato do Presidente da Câmara dos Deputados, mas não teria, de nenhuma maneira, o condão de abrir o processo de *impeachment*, que exige a admissão da acusação por dois terços dos membros da Câmara dos Deputados.
4. Os crimes de responsabilidade praticados por Presidente da República não comportam a espécie culposa, que exige expressa previsão legal (parágrafo único do art. 18 do Código Penal), mas neles se incluem tanto crimes comissivos dolosos quanto crimes omissivos dolosos.
5. A denúncia contra a Presidente da República não apresenta nenhum indício de prova de que a Chefe do Executivo tenha praticado crime de responsabilidade por vinculação aos escandalosos crimes de "corrupção" que vêm sendo apurados no período de seus dois mandatos, levando a várias condenações de membros das elites políticas e econômicas do Brasil. A denúncia baseia-se em impressões subjetivas e declarações vagas e inconsistentes de um suposto vínculo da Presidente com a "corrupção sistêmica". Desconsidera,

Câmara dos Deputados
Fl. 7348-A
Comissões Especiais

estrategicamente, que a Presidente tem apoiado, mesmo quando estão envolvidos correligionários próximos, o combate à corrupção de forma veemente, sem qualquer atitude controladora da Polícia Federal ou mediante a escolha de Procurador-Geral da República leniente com os crimes de "colarinho branco". O mesmo não se poderia dizer do governo federal em que um dos denunciantes ocupou o cargo de Ministro da Justiça.

6. Devem distinguir-se o processo de *impeachment* e as ações judiciais de natureza eleitoral, orientadas para a anulação da eleição. Embora propostas tempestivamente, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) nº 7-61.2015.6.00.0000/DF, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 154781.2014.600.0000 e a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 194358.2014.600.0000/DF não se baseiam em provas consistentes de abuso de poder econômico ou abuso de autoridade, de corrupção ou fraude eleitoral, que possam justificar a cassação dos diplomas eleitorais da Presidente e do Vice-Presidente da República, mas em alegações vagas, cujo eventual acatamento pelo Tribunal Superior Eleitoral resultará não apenas em uma ruptura injustificável com os precedentes do TSE, mas também em uma total insegurança em futuros pleitos, nos quais os candidatos derrotados sentir-se-ão livres para impugnar as respectivas eleições, de forma "temerária" e com "manifesta má-fé", ao arrepio do § 11 do art. 14 da Constituição Federal e do art. 25 da LC nº 64/1990. Além disso, cumpre observar que o art. 30-A da Lei (ordinária) nº 9.504/1997 é inconstitucional, pois institui ação que só pode ser criada por lei complementar, nos termos do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.
7. As chamadas "pedaladas fiscais" e outras falhas praticadas pelo Governo no exercício fiscal de 2014 (e 2015) não justificam a reprovação das contas do Poder Executivo, ao contrário do que opinou o TCU no seu parecer prévio, pois, conforme os precedentes, especialmente o relatório e parecer prévio referente ao exercício de 2002, tais falhas dão ensejo apenas à aprovação das contas com ressalvas e recomendações. Não houve qualquer discussão dos precedentes no sentido de justificar a sua superação (*overruling*), de tal

Câmara dos Deputados
Fl. 7349
Comissões Especiais

maneira que a decisão em desconformidade com eles constitui uma afronta aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, fundantes do Estado democrático de direito e do nosso regime constitucional.

8. Muito menos as chamadas "pedaladas fiscais" e outras falhas financeiras praticadas no exercício de 2014 (e 2015) podem justificar denúncia da Presidente da República por crime de responsabilidade, tendo em vista que não se trata de atos atentatórios à Constituição Federal, nos termos do *caput* do art. 86 da Constituição Federal, configurando, no máximo, simples atos ilegais ou inconstitucionais saneáveis mediante controle administrativo, fiscal ou jurisdicional. O entendimento contrário levaria ao resultado de que todos os presidentes anteriores e futuros, ao praticarem atos ilegais ou inconstitucionais de qualquer espécie, mereceriam ser denunciados e julgados por crime de responsabilidade, em uma típica deturpação do instituto do *impeachment* e uma contínua desestabilização política. Os crimes de responsabilidade previstos no art. 85 da Constituição Federal e tipificados na Lei nº 1.079/1950 devem ser compreendidos à luz do *caput* do art. 85 CF, ou seja, precisam constituir atos atentatórios à Constituição.
9. Além disso, como o próprio Presidente da Câmara dos Deputados reconheceu na decisão de recebimento da denúncia, só os atos praticados no exercício de 2015 podem justificar denúncia de *impeachment*. Mas, a esse respeito, os decretos apontados na sua decisão como supostamente editados em desacordo com a lei orçamentária, comparados com os decretos e portarias editados nos exercícios de 2001 e 2002 pelo Governo de Fernando Henrique Cardoso, parecem bem menos problemáticos. Não obstante, estes não levaram sequer a parecer favorável à reprovação das contas referentes aos anos de 2001 e 2002, mas à opinião favorável à aprovação com ressalvas e recomendações. O tratamento isonômico e a segurança jurídica estão, dessa maneira, desrespeitados na decisão de recebimento da DCR 1/2015.
10. O processo e julgamento de Presidente da República por crime de reponsabilidade, apesar de ter motivações políticas e ter por objeto

Câmara dos Deputados
Fl. 7349-A
Comissões Especiais

matéria política, é eminentemente jurídico, ao contrário da moção de desconfiança no parlamentarismo e do *recall* (revogação de mandato) como instituto da democracia semidireta. O crime de responsabilidade fica em uma área de conjunção entre direito político e direito penal, assim como o *impeachment* encontra-se na área de intersecção entre processo parlamentar e processo penal.

11. Em princípio, além de suas prerrogativas, a Presidente da República, denunciada por crime de responsabilidade, goza de todas as garantias processuais constitucionais e legais de que dispõem, em geral, os indiciados, denunciados, acusados e réus no processo penal. As garantias previstas no Código de Processo Penal são, em princípio, aplicáveis ao processo e julgamento de Presidente da República por crime de responsabilidade.
12. A DCR 1/2015, recebida pelo Presidente da Câmara dos Deputados, é inconsistente e frágil, baseando-se em impressões subjetivas e alegações vagas. Os denunciantes e o receptor da denúncia estão orientados não em argumentos jurídicos seguros e sustentáveis, mas sim em avaliações parciais, de caráter partidário ou espírito de facção. Aproveitam-se de circunstanciais dificuldades políticas da Presidente da República em um momento de grave crise econômica, desconhecendo, estrategicamente, o apoio que ela vem dando ao combate à "corrupção" e a sua luta diuturna para conseguir a aprovação de medidas contra a crise econômica no Congresso Nacional. Denunciantes e receptor afastam-se não apenas da ética da responsabilidade, mas também de qualquer ética do juízo, atuando por impulsos da parcialidade, do partidarismo e da ideologia, em prejuízo do povo brasileiro.

Brasília, 7 de dezembro de 2015

Marcelo da Costa Pinto Neves
Professor Titular de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
Visiting Scholar da Faculdade de Direito da Universidade de Yale, EUA

Câmara dos Deputados
Fl. 7350
Comissões Especiais

Parecer

Pedro Serrano

Câmara dos Deputados
Fl. 7351
Comissões Especiais

PARECER JURÍDICO COMPLEMENTAR

EMENTA:
I. PROLEGÔMENOS E FORMULAÇÃO DO QUESITO COMPLEMENTAR. **II.** A REGULARIDADE DOS SUPOSTOS ATOS ATENTATÓRIOS À PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO E À LEI ORÇAMENTÁRIA. **II.A.** A QUESTÃO DA ABERTURA DE CRÉDITOS SUPLEMENTARES. **II.B.** A QUESTÃO DAS SUPOSTAS CONTRAPRESTAÇÕES DIFERIDAS AO BNDES, BB E CEF: O FLUXO DE CAIXA PARA FINS DE COMPENSAÇÃO. **III.** OS SUPOSTOS ATOS ATENTATÓRIOS À PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO E À LEI ORÇAMENTÁRIA À LUZ DA DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL DE EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESSENCIAIS. **IV.** A NÃO CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE RESPONSABILIDADE. **IV.A.** A AUSÊNCIA DE CONDUTA PUNÍVEL. **IV.B.** A AUSÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA GRAVE. **V.** RESPOSTA AO QUESITO COMPLEMENTAR.

CONSULENTE: Partido dos Trabalhadores – PT

I. PROLEGÔMENOS E FORMULAÇÃO DO QUESITO COMPLEMENTAR

Honra-nos o **Partido dos Trabalhadores – PT**, com sede à SCS, quadra 2, bloco C, n.º 256, 1º andar, Ed. Toufic, Asa Sul, Brasília-DF, com Consulta complementar no tema da cominação da infração político-administrativa de *impeachment* à Presidenta da República. Assim, nos foi formulado o seguinte quesito

Câmara dos Deputados
Fl. 7352
Comissões Especiais

complementar:

> **QUESITO COMPLEMENTAR:** NO PLANO DO DIREITO MATERIAL, ESTÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS JURÍDICOS PARA A COMINAÇÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE *IMPEACHMENT* À PRESIDENTA DA REPÚBLICA POR ATO PRATICADO NO MANDATO ATUAL?

Com efeito, elaboramos, recentemente, parecer no tema dos requisitos jurídicos para a cominação da infração político-administrativa de *impeachment* à Presidenta da República e, ainda, quanto ao cabimento de recurso ao Plenário da Câmara dos Deputados no caso de despacho do Presidente da Casa que não recebe a denúncia de infração político-administrativa.

Na oportunidade, concluímos que, para cominação de infração político-administrativa de *impeachment* à Presidenta da República, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: **(a)** prática de conduta típica durante o exercício do mandato atual e **(b)** culpabilidade estrita, consistente na prática de conduta dolosa grave.

Sustentamos, nesses termos, que a primeira condição disposta pela Constituição da República é que haja um ato praticado pela Presidenta da República. Portanto, uma conduta ativa ou ao menos o que se possa chamar de omissão comissiva.

Quando se fala em ato praticado pela Presidenta da República, exige-se, assim, a noção de autoria, bem como que ela tenha participado, de alguma

Câmara dos Deputados
Fl. 7353
Comissões Especiais

forma, diretamente da produção do ato ou então ter assumido conscientemente suas consequências ilícitas. Não se pode atribuir à Presidenta da República a responsabilidade por atos praticados por outros agentes da Administração Pública, para os quais a legislação determine consequências próprias, específicas.

Como a sanção é a perda do mandato, a conduta deve ocorrer neste mesmo mandato, decorrência imediata da regra da periodicidade, a qual é inerente ao caráter republicano das representações populares. Atos praticados em mandatos anteriores estariam sujeitos a outras consequências jurídicas, já bem estabelecidas em Lei. O processo de impedimento, em sua especialidade, visa ao controle do mandato outorgado e em seu exercício.

Por outro lado, a culpabilidade revela-se, no *crime* de responsabilidade, como a intencional violação de um dever. Deve-se aferir, assim, o dolo. Como se sabe, a modalidade culposa incide apenas quando houver expressa previsão normativa, o que não há na Constituição da República.

É preciso que se comprove, para fins de responsabilização, que o mandatário tenha querido o resultado ou assumido o risco de produzi-lo. Isto é, deve se demonstrar a consciência da ilicitude e o desejo dos seus resultados ilícitos. Não basta culpa, ainda que grave.

Nesse cenário, o presente parecer complementar visa abordar, no plano do Direito material, o possível preenchimento dos requisitos jurídicos para a cominação de infração político-administrativa de *impeachment* à Presidenta da República.

Câmara dos Deputados
Fl. 7354
Comissões

Para que possamos responder ao quesito adicional apresentado, sustentaremos que a aplicação do chamado *impeachment* à Presidenta da República em face da prática de conduta típica e ilícita no exercício de suas funções é um recurso excepcional e que demanda o acolhimento de uma compreensão da Constituição da República à luz dos princípios republicano e democrático, devendo-se evitar a compreensão literal e isolada dos seus artigos 85 e 86 e da Lei n.º 1.079/50.

Além disso, é preciso que os supostos atos atentatórios à probidade na administração e à lei orçamentária sejam examinados sob a ótica dos comandos constitucionais de dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza e a marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, prevalência dos direitos humanos e justiça social. É o que passaremos a demonstrar.

II. A REGULARIDADE DOS SUPOSTOS ATOS ATENTATÓRIOS À PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO E À LEI ORÇAMENTÁRIA

II.A. A QUESTÃO DA ABERTURA DE CRÉDITOS SUPLEMENTARES

A abertura de créditos suplementares, o que ocorreu por meio da edição de quatro decretos em 27.7.2015[1] e de dois decretos em 20.8.2015[2], seguiu as

[1] **Decreto de 27.7.2015:** abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor de diversos órgãos do Poder Executivo, crédito suplementar no valor de R$ 29.922.832,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. **Decreto de 27.7.2015:** abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor de

São Paulo
Av. Paulista, 1636, conj. 1406
Bela Vista, São Paulo, SP | CEP 01310-200
tel: +55 11 3065-3500 | fax: +55 11 3065-3501

Rio de Janeiro
Rua da Assembleia, 10, salas 2013/2016
Centro, Rio de Janeiro, RJ | CEP 20011-901
tel: +55 21 3852-4148

Brasília
SHIS QL 24, conjunto 1, casa 1
Lago Sul, Brasília, DF | CEP 71665-015
tel: +55 61 3321-2560 | fax: +55 61 3321-4166

Câmara dos Deputados
Fl. 7355
Comissões Especiais

disposições normativas de regência – especialmente o art. 4º da Lei n.º 13.115/2015 – e amparado em pareceres técnicos e jurídicos produzidos nos respectivos processos administrativos.

Os créditos suplementares, diante da insuficiência dos valores previstos, aumentam as dotações orçamentárias destinadas a determinadas despesas. Trata-se, portanto, de mecanismo ínsito à dinâmica que rege o orçamento público que se destina, precipuamente, a garantir a observância da meta de resultado primário.

Por essa razão é que o implemento da condição para a abertura de créditos suplementares só pode ocorrer ao final do exercício em curso, momento em que se poderá verificar se a meta primária foi atingida[3]. Portanto, não é juridicamente possível que, no exercício atual, se identifique que os Decretos questionados

---

diversos órgãos do Poder Executivo, de Encargos Financeiros da União e de Refinanciamento da Dívida Pública Mobiliária Federal, crédito suplementar no valor de R$ 36.759.382.520,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. **Decreto de 27.7.2015:** abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Educação, da Previdência Social, do Trabalho e Emprego e da Cultura, crédito suplementar no valor de R$ 1.701.389.028,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. **Decreto de 27.7.2015:** abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor de diversos órgãos dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, da Defensoria Pública da União, do Ministério Público da União e de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, crédito suplementar no valor de R$ 1.629.519.495,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente.

[3] Nesse sentido: RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Rousseff.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment>. Acesso em 04.12.2015.

Câmara dos Deputados
Fl. 7356
Comissões Especiais

extrapolam os limites previstos no art. 4º da Lei n.º 13.115/2015.

De todo modo, a diminuição da arrecadação tributária levou à revisão da meta de resultado primário, o que foi desencadeado pelo Projeto de Lei n.º 5/2015, convertido na Lei n.º 13.199/2015. Isso legitimou a abertura dos créditos suplementares realizados, referendando-os.

Saliente-se, ainda, que a abertura de créditos suplementares, na pendência de apreciação pelo Congresso Nacional de projeto de lei alterando a meta de resultado primário também ocorreu no exercício de 2009 e o parecer prévio elaborado pelo TCU não fez qualquer ressalva a essa questão.

Por todas essas razões, conclui-se que a abertura de créditos suplementares em referência ocorreu em estrita observância às disposições normativas de regência, não havendo violação ao inciso V do art. 167 da Constituição da República e ao art. 4º da Lei n.º 13.115/2015.

II.B. A QUESTÃO DAS SUPOSTAS CONTRAPRESTAÇÕES DIFERIDAS AO BNDES, BB E CEF: O FLUXO DE CAIXA PARA FINS DE COMPENSAÇÃO

Os programas sociais viabilizados por meio do fluxo de caixa de compensação que existe entre a União e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, o Banco do Brasil – BB e a Caixa Econômica Federal – CEF são operacionalizados por meio da utilização de chamadas contas de suprimento de fundos.

Câmara dos Deputados
Fl. 7357
Comissões Especiais

A relação entre a União e tais entes no suporte à operacionalização de programas sociais é regida pelas regras da subvenção, conceituada como o *"o auxílio financeiro, previsto no orçamento público, para ajudar entidades públicas ou particulares a desenvolver atividades assistenciais, culturais ou empresarias"*[4].

Por essa razão é que existem procedimentos específicos a serem observados para a recomposição dos valores disponibilizados aos beneficiados.

Com efeito, os programas sociais viabilizados por meio do fluxo de caixa de compensação que existe entre a União e o BNDES, o BB e a CEF estão operacionalizados por meio da utilização de chamadas contas de suprimento de fundos.

O procedimento implica a dilação entre a disponibilização dos valores e o pagamento de subvenção da União ao ente. Em nenhuma hipótese, mesmo em face de hipotético atraso nesse pagamento após a apuração e liquidação de valores, configura-se, juridicamente, um empréstimo ou um financiamento.

Trata-se de mecanismo consentâneo com a magnitude dos valores envolvidos e da impossibilidade de previsão dos valores a serem sacados diariamente. Portanto, foi o próprio interesse público que demandou a existência do referido mecanismo.

Além do mais, o adiantamento de valores é prática vedada. Portanto,

[4] OLIVEIRA. Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 709.

Câmara dos Deputados
Fl. 7358
Comissões Especiais

apenas depois de preenchidos determinados requisitos – como a concessão da subvenção ao beneficiário e a liquidação dos valores dispendidos em determinado período – é que, juridicamente, é possível o repasse.

Não se trata, portanto, de operação de crédito a que se refere o art. 29, inciso III, da Lei complementar n.º 101/2000, bem como a qualquer das hipóteses equiparadas, mas apenas a uma remuneração bilateral do dinheiro que se administrou por meio do fluxo de caixa.

Com efeito, a Resolução n.º 43/2001 do Senado Federal – que dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – conceitua as operações de crédito como *"compromissos assumidos com credores situados no País ou no exterior, em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros"*.

Depreende-se, portanto, que o passivo contábil de entes públicos não está inserto na noção de operação de crédito. Em outras palavras, não é operação de crédito o nascimento de obrigações decorrentes de eventual inadimplemento de obrigações contratuais, como o diferimento no repasse de recursos para o pagamento de prestações sociais pelos bancos públicos. Nesse sentido é o entendimento de Ricardo Lodi Ribeiro, para o qual:

> Não se pode confundir operação de crédito, que tem um regramento jurídico próprio, inclusive quanto à vedação contida no artigo 36 da LRF, com o nascimento de um crédito em decorrência de um inadimplemento contratual, que, obviamente, não sofre as mesmas restrições. A União,

Câmara dos Deputados
Fl. 7359
Comissões Especiais

> como qualquer outro contratante, deve responder pelo inadimplemento das obrigações por ela assumidas com as instituições financeiras que contrata, ainda que seja controladora dessas entidades.[5]

Afasta-se, portanto, a incidência do art. 36 da Lei complementar n.º 101/2000, o qual veda a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo.

Referida restrição visa impedir práticas de alavancagem financeira, o que pode levar a situações de crescimento acelerado e artificial da dívida pública, o que não se aplica ao caso em exame, no qual não houve aumento do endividamento da União.

Além do mais, a relação entre a União e o BNDES, o BB e a CEF não é regida por um contrato bancário típico, o que existiria se houvesse a abertura de um crédito em favor da União ou o preenchimento de alguma das demais hipóteses previstas no art. 29, inciso III, da Lei complementar n.º 101/2000.

Além disso, a relação entre a União e tais entes no suporte à operacionalização de programas sociais é regida por normas e disposições contratuais próprias, existindo procedimentos específicos a serem observados para a recomposição dos valores disponibilizados aos beneficiários.

O procedimento implica a dilação entre a disponibilização dos valores e o pagamento de subvenção da União ao entes públicos. Em nenhuma hipótese,

[5] RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Rousseff*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment>. Acesso em 04.12.2015.

Câmara dos Deputados
Fl. 7360
Comissões Especiais

mesmo em face de hipotético atraso nesse pagamento após a apuração e liquidação de valores, configura-se, juridicamente, um empréstimo ou um financiamento.

Nesse contexto, é de se destacar que o adimplemento de obrigações por parte da Administração Pública a um contratante privado – isso por meio de um contrato administrativo regido, exemplificativamente, pela Lei n.º 8.666/1993 – não ocorre simultânea ou imediatamente após as medições respectivas. Entretanto, nem por isso o adimplemento diferido implica em qualquer operação de crédito, bem como de financiamento.

Especificamente com relação à sistemática prevista no contrato de prestação de serviços firmado entre a União e a CEF, ela reproduz o mecanismo previsto na Lei n.º 11.977/2009, que dispõe sobre o *Programa Minha Casa, Minha Vida.*

Referida lei prevê que, para a implementação do programa social, a União concederá subvenção econômica ao beneficiário. Ao passo que, enquanto não efetivado o aporte de recursos, a CEF terá direito ao ressarcimento das quantias desembolsadas.

Veja-se, portanto, que a própria lei não conferiu a essa utilização temporária de recursos o caráter de operação de crédito, mas um mero fluxo de caixa para fins de compensação.

Não se trata, portanto, de um empréstimo bancário, no qual há um contrato entre o cliente e a instituição financeira.

Câmara dos Deputados
Fl. 7361
Comissões Especiais

Por fim, os contratos firmados com a CEF foram objeto de auditoria por parte da Controladoria-Geral da União e do Tribunal de Contas da União – TCU, não tendo havido qualquer apontamento sobre eventual irregularidade na referida sistemática.

Além disso, a sistemática de contraprestações diferidas ao BNDES, BB e CEF é utilizada em contratos da espécie há quase duas décadas, tendo sido inclusive já auditada pelo TCU, sem que houvesse qualquer objeção.

III. OS SUPOSTOS ATOS ATENTATÓRIOS À PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO E À LEI ORÇAMENTÁRIA À LUZ DA DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL DE EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESSENCIAIS

Ainda que plenamente lícitos, não se pode analisar a questão das supostas contraprestações diferidas ao BNDES, BB e CEF sem rememorar que elas ocorreram num cenário de execução de políticas públicas essenciais.

Em outras palavras, ainda que não tenha havido qualquer irregularidade nos atos que estão sendo objeto de processo administrativo tendente à responsabilização político-administrativa da Presidenta da República, aparente inobservância às normas de regência, bem como mera incongruência – o que configuraria, em tese, fato típico – não seria apta, juridicamente, para qualificar como conduta ilícita, cuja configuração exige, necessariamente, a contrariedade do ato ao

Câmara dos Deputados
Fl. 7362
Comissões Especiais

ordenamento jurídico.

Ou seja, ainda que houvesse aparente inobservância do texto normativo, a mera inadequação não seria suficiente para qualificar o ato como ilícito eis que devem ser interpretados à luz dos valores fundamentais da Constituição da República.

Com efeito, a atuação da Administração pública federal, capitaneada pela Presidenta da República, deve ser lida à luz dos preceitos constitucionais, não podendo ser limitada à imposições legais, cuja literal e assistemática interpretação tende a levar a impropriedades.

Assim é que, como o próprio Estado não é um fim em si mesmo, as normas orçamentárias não possuem como escopo o engessamento do gasto público, não podendo ser limitadas tão somente pela execução precipitada de seus termos.

Ao contrário. As normas orçamentárias são meios de solidificação dos compromissos e objetivos que representam as necessidades públicas, cujo cumprimento é mandamental para a satisfação do interesse público.

As funções do orçamento público podem ser resumidas em três, quais sejam a alocativa, a distributiva e a estabilizadora[6]. Para a compreensão do caso

[6] Na função alocativa, o Estado atua diretamente na produção de bens. De acordo com a Teoria Econômica do Bem-Estar Social, existem razões para essa atuação produtiva do Estado, as denominadas falhas de mercado: competição imperfeita, existência de bens públicos, presença de externalidades e de mercados incompletos, informação imperfeita, desemprego e outros distúrbios macroeconômicos. Por meio do Orçamento Público são feitas alocações de recursos, por exemplo, para que empresas governamentais atuem diretamente na oferta de bens à sociedade. De acordo com a função distributiva, verifica-se que nem todas as distribuições de bens e recursos da sociedade são

Câmara dos Deputados
Fl. 7363
Comissões Especiais

concreto, ganha importância a segunda função destacada, uma vez que a função distributiva é a base para o atingimento dos direitos constitucionais mais essenciais.

Por intermédio dela o Administrador busca, ao elaborar, gerir e executar o orçamento, combater os desequilíbrios regionais e sociais. Mais do que uma política pública desejável, trata-se de um imperativo constitucional.

Note-se, assim, que mais do que uma peça financeira ou um programa de governo, as leis orçamentárias são instrumento de justiça social, de solidariedade nacional. Toda e qualquer estimativa de receita, previsão de despesa e elaboração de meta fiscal deve ser compreendida sob este viés.

Nessa linha de raciocínio, a análise dos supostos atos atentatórios à probidade na administração e à lei orçamentária deve ir além do exame literal das normas orçamentárias, demandando um exercício mais profundo que exige o sopesamento entre os princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto.

Assim é que a Constituição da República prevê que:

(a) é fundamento do nosso Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1°, inciso III);

---

desejáveis, principalmente por considerações de eficiência e de justiça social. Isso leva a que o governo se utilize do Orçamento para promover políticas de distribuição de recursos públicos como forma de tentar resolver tais tipos de problemas. Em termos macroeconômicos, a política fiscal por meio do Orçamento Público visa promover ajustes para que a economia atinja adequado nível de estabilidade. Essa função estabilizadora é importante com vistas a um alto nível de emprego, um grau razoável de estabilidade nos preços, equilíbrio no balanço de pagamentos e uma aceitável taxa de crescimento econômico. (MORGADO, Laerte Ferreira. *O orçamento público e a automação do processo orçamentário.* Texto para Discussão 85, Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, Brasília, 2011).

Câmara dos Deputados
Fl. 7364
Comissões Especiais

(b) são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III) e promover o bem de todos (art. 3º, inciso IV);

(c) é princípio que rege a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II); e, por fim,

(d) a ordem econômica possui por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput),* observado, dentre outros, o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, inciso VII).

Logo, a edição, interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais devem estar em consonância com os ditames da Constituição da República, não sendo razoável concluir que os da Presidenta da República sejam examinados sem o sopesamento de tais comandos constitucionais.

Neste ponto, faz-se importante colacionar as palavras de Ricardo Lodi Ribeiro que, ao analisar a fundo a questão em debate, alertou que[7]:

> há uma terceira pedalada hermenêutica que consiste na alegação de que qualquer violação à lei orçamentária poderia ser caracterizada como crime de responsabilidade prevista em um dos itens do artigo 10 da Lei 1.079/50. Tal procedimento interpretativo deve ser evitado em nome da supremacia da democracia aos arranjos financeiros necessários a composição do superávit primário em detrimento das prioridades sociais definidas pela sociedade.
> Nessa esteira, deve-se evitar a simples subsunção de determinada prática a qualquer desses dispositivos legais, sem qualquer apreciação quanto ao grau de lesão que a conduta isoladamente considerada gera às finanças públicas e ao dolo destinado a essa finalidade pela Presidente da República.

[7] RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Rousseff.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment> . Acesso em 04.12.2015.

Câmara dos Deputados
Fl. 7365
Comissões Especiais

Com efeito, as metas fiscais são fruto de prospecções. Ainda que projetadas, as necessidades públicas que embasam a elaboração das metas são verificadas no momento da elaboração das leis orçamentárias, considerando todo contexto fático em que estão inseridas.

Entretanto, as necessidades públicas não são estáveis e dependem de um grande número de fatores que fazem com que o cálculo do montante arrecadado e destinado para determinado fim não possa ser considerado cientificamente exato.

A julgar que o comportamento do Administrador deve ser o instrumento de realização das necessidades públicas[8], em sendo elas dinâmicas, a sua atuação não ser estática. Daí porque não é palatável entender que as metas fiscais devem ser cumpridas tal como foram originalmente idealizadas[9].

Corroborando com este entendimento, em estudo intitulado "Análise e conjecturas sobre o orçamento programa. Flexibilidade e dispêndios", Régis Fernandes de Oliveira ensina[10]:

Importante é atribuir aos agentes instrumentos de flexibilidade para que

[8] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 179-180.

[9] Se o orçamento é ou não lei formal, constitui-se simples autorização e se fosse verdade que em relação às despesas não seria mais que um ato-condição, parece claro que o que pode ou não obrigar o Executivo a executar o orçamento, tal como aprovado e autorizado pelo Legislativo, não é nenhum desses motivos, mas as particularidades de cada caso concreto. Não se pode, objetivamente, sem considerar a realidade dos fatos, obrigar o administrador a cumprir cegamente a lei orçamentária, nem deixar a seu arbítrio eleger o que pode ou não ser efetivado. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 628).

[10] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 685.

Câmara dos Deputados
Fl. 7366
Comissões Especiais

> possam utilizar as verbas públicas. Poderão remanejar dotações, facilitar licitações, alterar despesas, etc. Tudo em vista do fim a ser atingido. Evidente que tudo estará sujeito a controle hierárquico ou será de responsabilidade exclusiva dos agentes encarregados de gerenciar os recursos afetados ao programa. O que não tem sentido é atribuir a finalidade, efetuar a dotação e restringir a atuação dos agentes. Há que se confiar para que possam gerenciar e bem os recursos disponíveis, mas, ao mesmo tempo, não se pode abrir mão dos mecanismos de controle.

Percebe-se que a flexibilidade é intrínseca ao exercício da função de gestão do orçamento público, não havendo como responsabilizar, de pronto, a conduta de agente político que tenha imprimido esta lógica em a sua atuação. Para que haja a devida responsabilização, é preciso que a análise supere a estrita legalidade:

> Somente se pode dizer que houve dispêndio eficaz e eficiente se se atentou ao espectro dos direitos constitucionais. Como um dos pontos capilares do sistema de direito positivo é a redução das desigualdades, a eficiência deve ser também procurada dentro de tais parâmetros[11].

Ou seja, no caso concreto, a satisfação do direito à dignidade humana pode se dar com alguma mitigação do princípio da estrita legalidade, o que se levanta penas a título de argumentação, já que, conforme demonstramos, os atos questionados são lícitos.

Assim, ainda que plenamente regulares em face das regras aplicáveis, não se pode analisar a questão das supostas contraprestações diferidas ao BNDES, BB e CEF sem lembrar que elas ocorreram num cenário de execução de políticas públicas essenciais, diretamente voltadas a atingir a dignidade da pessoa humana (art. 1°, inciso III, da Constituição da República) por meio da busca da erradicação da

[11] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 7a ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015, p. 232.

Câmara dos Deputados
Fl. 7367
Comissões Especiais

pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III, da Constituição da República), comandos constitucionais estes que afastam qualquer tentativa de responsabilização político-administrativa da Presidenta da República.

IV. A NÃO CARACTERIZAÇÃO DO *CRIME* DE RESPONSABILIDADE

Os requisitos jurídicos para a instauração do processo administrativo tendente à cominação de infração político-administrativa de *impeachment* à Presidenta da República devem ser extraídos do quanto disposto no nosso Direito positivo, especialmente considerando o arcabouço constitucional, o que não se reduz à intelecção literal e isolada dos artigos 85 e 86 da Constituição, devendo envolver a compreensão sistemática dos princípios republicano e democrático, bem como os fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) da República Federativa do Brasil.

O *crime* de responsabilidade submete-se, na expressão de Luís Roberto Barroso, a um *"regime de tipologia constitucional estrita"*[12], cabendo ao legislador ordinário tão-somente explicitar as práticas que se subsumem aos tipos constitucionais.

O fato de o julgamento do *crime* de responsabilidade decorrer do exercício de uma função política do Estado não é alvará para que se atente contra os direitos fundamentais e ao Estado de Direito. Por essa razão é que a aplicação de

[12] BARROSO, Luís Roberto. Crime de responsabilidade e processo de impeachment. *Revista de Processo,* vol. 95, p. 85, jul/1999 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional,* vol. 3, p. 615, maio, 2011.

Câmara dos Deputados
Fl. 7368
Comissões Especiais

sanções no processo do *crime* de responsabilidade demanda o atendimento de requisitos para sua incidência válida.

Além disso, voltamos a frisar: os sistemas de garantias próprio do Direito penal e do processo penal devem, no que couber, ser aplicados ao processo e julgamento do *crime* de responsabilidade, em especial a regra da modalidade dolosa, o princípio *in dubio pro reo* e, ainda, a interpretação restritiva. Assim é que, por exemplo, qualquer dúvida em faculdade polissêmica deve ser resolvida em favor do acusado.

Efetivamente, é preciso que seja cotejada a salvaguarda da Constituição, a observância do princípio republicano, a probidade na administração e os demais valores em cena.

Entretanto, é preciso que se tenha em mente que a Constituição conferiu à Presidenta da República todas as garantias do regime republicano-representativo, sem o qual estaria inviabilizado o exercício da relevante função pública de chefia do Estado e do governo, imunizando-a de oportunismos ilegítimos.

Assim, passaremos a demonstrar que, ainda que regulares os atos – o que já excluiria qualquer responsabilidade político-administrativa – eles não podem ser reputados à Presidenta da República. Não há, consequentemente, prática de conduta **(a)** típica e **(b)** dolosa.

Com efeito, as questões de ordem jurídico-financeira qualificadas como conduta irregular da Presidenta da República não resultam de quaisquer atos

Câmara dos Deputados
Fl. 7369
Comissões Especiais

político-jurídicos atribuíveis à sua esfera de competência.

A rigor, sequer denotam qualquer desvio em face dos atos que são cotidianamente praticados há vários anos, nunca antes objeto de repressão pelos órgãos de controle da Administração.

Disso resulta a inexistência, também, de qualquer conduta da Presidenta da República que, a implicar ônus adicionais, não tenha recebido adequado tratamento sob a perspectiva da contabilidade pública. Os processos administrativos chegaram à Presidenta da República, como de praxe, contendo todos os elementos técnicos e jurídicos necessários à sua recepção, inexistindo flagrantes desvios.

Além disso, não há qualquer ato de vontade da Presidenta da República que configure alteração dos históricos parâmetros de apuração e, muito menos, dolo. É o que passaremos a demonstrar.

IV.A. A AUSÊNCIA DE CONDUTA PUNÍVEL

A conduta típica compreende uma ação ajustada a um modelo legal de conduta proibida capitulada no art. 85 da Constituição da República, o qual prevê que são crimes de responsabilidade aqueles que atentem contra **(a)** a existência da União; **(b)** o livre exercício do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público e dos "poderes" constitucionais das unidades da Federação; **(c)** o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; **(d)** a segurança interna do País; **(e)** a probidade na

Câmara dos Deputados
Fl. 7370
Comissões Especiais

administração; **(f)** a lei orçamentária; e, por fim, **(g)** o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

A Lei n.º 1.079/1950 deve ser interpretada consideradas as determinações constitucionais, especialmente referido rol de condutas típicas.

No nosso entender, a prática de conduta típica durante o mandato e no exercício das funções deve ser cabalmente demonstrada, inclusive mediante um conjunto probatório requerido para as sanções penais uma vez que estamos diante da cominação de sanção de imensa gravidade.

Assim é que a primeira condição disposta pela Constituição é que haja um ato praticado pela Presidenta da República. Portanto, uma conduta ativa ou ao menos o que se possa chamar de omissão comissiva praticada na qualidade de Presidente da República. Não basta, portanto, a simples omissão.

Quando se fala em ato praticado pela Presidenta da República, exige-se, assim, a noção de autoria, bem como que ela tenha participado, de alguma forma, diretamente da produção do ato ou então ter assumido conscientemente suas consequências ilícitas. Não se pode atribuir à Presidenta da República a responsabilidade por atos praticados por outros agentes da Administração Pública.

É preciso frisar que qualquer ato estranho ao exercício das suas funções não é conduta passível da responsabilidade político-administrativa que ora examinamos. Isso não significa absoluta irresponsabilidade, mas que o mecanismo de responsabilização do *impeachment* incide em específicas hipóteses e dentro do âmbito

Câmara dos Deputados
Fl. 7371
Comissões Especiais

constitucionalmente estabelecido.

Como se sabe, a responsabilidade do Presidente da República pode ocorrer, além do âmbito político-administrativo, na esfera penal e naquela a que se refere o art. 37, § 4º, da Constituição da República, regulamentado pela Lei n.º 8.429/1992.

Nesse contexto, constata-se que não se pode reputar a ato da Presidenta da República a abertura de créditos suplementares, o que ocorreu por meio da edição de quatro decretos de 27.7.2015 e de dois decretos de 20.8.2015.

Mesmo eles tendo sido editados em estrita observância às disposições normativas de regência, eles foram amparados em pareceres técnicos e jurídicos exarados nos respectivos processos administrativos.

A mera subscrição de tais decretos não significa que, para fins da responsabilização político-administrativa de *impeachment,* tenha havido uma conduta ativa ou ao menos o que se possa chamar de omissão comissiva, já que é preciso que a Presidenta da República tenha participado, diretamente, de todos os processos administrativo que desencadearam a edição dos respectivos decretos, o que não ocorreu. Não se pode, assim, atribuir à Presidenta da República a responsabilidade pelos atos praticados por outros agentes da Administração Pública.

Especificamente com relação à questão das supostas contraprestações diferidas ao BNDES, BB e CEF, a despeito de demonstrada a licitude do fluxo de caixa para fins de compensação contratual, não há que se falar, do mesmo modo, em

Câmara dos Deputados
Fl. 7372
Comissões Especiais

ato da Presidenta da República.

As questões de ordem jurídico-financeira qualificadas como conduta irregular não resultam de quaisquer atos político-jurídicos atribuíveis a sua esfera de competência. Tanto assim o é que não se identifica nenhum ato da Presidenta da República.

IV.B. A AUSÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA GRAVE

A culpabilidade revela-se, no *crime* de responsabilidade, como a intencional violação de um dever. Deve-se aferir, assim, o dolo. Como se sabe, a modalidade culposa incide apenas quando houver expressa previsão normativa[13], o que não há na Constituição da República.

Exige-se, assim, que se comprove, para fins de responsabilização, que o mandatário tenha querido o resultado ou assumido o risco de produzi-lo. Excepcionalmente, apenas se a Constituição expressamente assim dispusesse, seria possível a responsabilização baseada apenas na imprudência, negligência ou imperícia.

Em outras palavras, é preciso que a Presidenta da República tenha almejado o resultado ou assumido o risco de produzi-lo. Consequentemente, a Lei n.º 1.079/1950 deve ser interpretada considerando a exigência de atuação dolosa, devendo-se afastar interpretações equivocadas que levam ao entendimento de que o

[13] Essa é, inclusive, a redação do art. 18 do Código Penal.

Câmara dos Deputados
Fl. 7373
Comissões Especiais

crime de responsabilidade pode ocorrer na modalidade culposa.

A culpabilidade deve, assim, envolver exclusivamente o dolo. Isto é, deve se demonstrar a consciência da ilicitude e o desejo dos seus resultados ilícitos. Não basta culpa, ainda que grave.

A título de exemplificação, a Constituição da República prevê que um dos fatores que pode levar ao *impeachment* é a prática de atos contra a probidade na administração (art. 85, inciso V).

Como a probidade a que se refere a Constituição da República não se confunde com aquela regulamentada pela Lei n.º 8.429/1992, não se pode, jamais, aplicar, por exemplo, a regra da culpa grave para, num equivocado mecanismo hermenêutico de interpretação da Constituição pela lei, entender-se que a culpa grave bastaria para o *impeachment*.

Assim, quando se fala em ato contra a probidade na administração, estamos falando em ato doloso.

Como antecipado, o regime jurídico de cominação de infração político-administrativa de *impeachment* à Presidenta da República é regido pelo princípio democrático e, portanto, pela ideia de soberania popular.

Portanto, da conjunção do presidencialismo com o regime democrático impõe-se, obrigatoriamente, a exigência de gravidade da conduta.

O mandato nasce da soberania do povo. A Presidenta da República,

Câmara dos Deputados
Fl. 7374
Comissões Especiais

no Brasil, representa o povo e o Estado brasileiro no plano internacional. De todas as funções do Estado, a que mais imediatamente sofre os efeitos da soberania popular e aquela exercida por ela.

Soberania popular não significa qualquer maioria ocasional de opinião pública ou publicada. É a maioria aferida no processo eleitoral. Portanto, a mera maioria ocasional não é capaz, ao menos no presidencialismo, de promover a interrupção da vontade procedimentalizada da soberania popular.

Rememore-se, aqui, Norberto Bobbio, o qual, por meio da sua *"teoria das regras constitutivas da democracia"*, construiu uma concepção procedimental da democracia quando afirmou que ela é *"um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos"*[14].

Romper com a vontade do eleitor, mesmo que pelo Legislativo, só se justifica no regime presidencialista se houver gravidade no plano jurídico, isto é, uma infração intensa à ordem jurídica.

Possíveis irregularidades em atos meramente contábeis e ilegalidades de pouca intensidade de ofensa a valores éticos e a determinados princípios e que não tenham implicado em desvio de dinheiro público ou apropriação privada em benefício pessoal ou de terceiros, mas praticadas à vista do interesse público, podem ensejar, possivelmente, a responsabilidade da Presidenta da República em outros âmbitos. Entretanto, não se extrai da Constituição da República a responsabilidade a que se refere a cominação de infração político-administrativa de *impeachment*.

[14] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009, p. 30.

Câmara dos Deputados
Fl. 7375
Comissões Especiais

Como antecipado, o presidencialismo não é regido pelo ocasionalismo. A cominação de infração político-administrativa de *impeachment* à Presidenta da República está inserta no Direito sancionatório. Não se sujeita, portanto, a juízos de conveniência e oportunidade, como no parlamentarismo, no qual o voto de confiança, não necessariamente lastreado em alguma ilicitude, é que define o *impeachment*.

Essa possibilidade não existe no sistema de governo presidencialista, no qual o Presidente da República assume a função do executiva em sua integralidade ao acumular as funções de chefe de Estado, de governo e da Administração pública.

No parlamentarismo, ao contrário, é possível o *impeachment* baseado no mero juízo de conveniência e oportunidade pelo fato de que o Executivo é fragmentado, sendo que a legitimidade do chefe de governo emerge do parlamento.

Portanto, o Presidente da República não pode ser afastado por mero juízo de conveniência e oportunidade do Parlamento, mas apenas pelo cometimento de infrações previstas normativamente e demonstradas com o devido processo legal.

Assim é que o *crime* de responsabilidade traz em si um regime jurídico, que visa estabelecer certas garantias ao Presidente da República. No regime presidencialista, o mandato não pode ser interrompido por mero voto de desconfiança do Legislativo. O Chefe do Executivo não é o representante do Parlamento, o que ocorre no parlamentarismo. Não pode haver, portanto, a interrupção do mandato do Presidente porque se considera que ele agiu com incompetência ou inadequação no exercício das funções. A interrupção só pode

Câmara dos Deputados
Fl. 7376
Comissões Especiais

ocorrer se houver conduta dolosa grave.

Nesse contexto, não se identifica conduta dolosa da Presidenta da República na abertura de créditos suplementares, o que ocorreu por meio da edição de quatro decretos de 27.7.2015 e de dois decretos de 20.8.2015.

Mesmo eles tendo sido editados em estrita observância às disposições normativas de regência e que a mera subscrição não implique numa conduta ativa ou ao menos o que se possa chamar de omissão comissiva, o amparo em pareceres técnicos e jurídicos exarados nos respectivos processos administrativos, afasta qualquer conduta dolosa.

Com efeito, os processos administrativos chegaram à Presidência, como de praxe, contendo todos os elementos técnicos e jurídicos necessários à sua recepção, inexistindo desvios. Não se poderia, portanto, exigir conduta diversa senão o prosseguimento das medidas administrativas tendentes à abertura do crédito suplementar.

Especificamente com relação à questão das supostas contraprestações diferidas ao BNDES, BB e CEF, a despeito de demonstrada a licitude do fluxo de caixa para fins de compensação contratual e que não houve qualquer ato da Presidenta da República, não se pode falar na existência de qualquer conduta dolosa.

Referido mecanismo foi implementado há décadas, sendo que, por exemplo, o contrato firmado com a CEF foi objeto de auditoria por parte da Controladoria-Geral da União e do Tribunal de Contas da União – TCU, não tendo

Câmara dos Deputados
Fl. 7377
Comissões Especiais

havido qualquer apontamento sobre eventual irregularidade em referida sistemática. Além disso, o mecanismo é lastreado em processos administrativos específicos, bem como em pareceres técnicos e jurídicos.

V. RESPOSTA AO QUESITO COMPLEMENTAR

QUESITO COMPLEMENTAR: NO PLANO DO DIREITO MATERIAL, ESTÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS JURÍDICOS PARA A COMINAÇÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE *IMPEACHMENT* À PRESIDENTA DA REPÚBLICA POR ATO PRATICADO NO MANDATO ATUAL?

A abertura de créditos suplementares ocorreu em estrita observância às disposições normativas de regência, não havendo violação ao inciso V do art. 167 da Constituição da República e ao art. 4º da Lei n.º 13.115/2015.

Os programas sociais viabilizados por meio do fluxo de caixa de compensação que existe entre a União e o BNDES, o BB e a CEF são operacionalizados por meio da utilização de chamadas contas de suprimento de fundos.

A relação entre a União e tais entes no suporte à operacionalização de programas sociais é regida pelas regras da subvenção. Por essa razão é que existem procedimentos específicos a serem observados para a recomposição dos valores disponibilizados aos beneficiados.

Referido procedimento implica a dilação entre a disponibilização dos

Câmara dos Deputados
7375
Comissão Especial

valores e o pagamento de subvenção da União ao ente. Em nenhuma hipótese, mesmo em face de hipotético atraso nesse pagamento após a apuração e liquidação de valores, configura-se, juridicamente, um empréstimo ou um financiamento.

Trata-se de mecanismo consentâneo com a magnitude dos valores envolvidos e da impossibilidade de pagamentos antecipados ou da incerteza inerente às oscilações dos valores a serem sacados diariamente. Portanto, foi o próprio interesse público que demandou a existência do referido instrumento.

Não se trata, portanto, de operação de crédito a que se refere o art. 29, inciso III, da Lei complementar n.º 101/2000, bem como a qualquer das hipóteses de equiparação, mas apenas a uma remuneração bilateral do dinheiro que se administrou por meio do fluxo de caixa.

Ainda que plenamente lícitos, não se pode analisar a questão das supostas contraprestações diferidas ao BNDES, BB e CEF sem rememorar que elas ocorreram num cenário de execução de políticas públicas essenciais, diretamente voltadas a atingir a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição da República) por meio da busca da erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III, da Constituição da República), comandos constitucionais estes que afastam qualquer tentativa de responsabilização

Câmara dos Deputados
Fl. 1379
Comissões

político-administrativa da Presidenta da República.

Subsidiariamente, não se pode reputar como de responsabilidade da Presidenta da República a abertura de créditos suplementares, o que ocorreu por meio da edição de quatro decretos em 27.7.2015 e de dois decretos em 20.8.2015.

Mesmo eles tendo sido editados em estrita observância às disposições normativas de regência, eles foram amparados em pareceres técnicos e jurídicos exarados nos respectivos processos administrativos.

A mera subscrição de tais decretos não significa que, para fins da responsabilização político-administrativa de *impeachment,* tenha havido uma conduta ativa ou ao menos o que se possa chamar de omissão comissiva, já que é preciso que a Presidenta da República tivesse dirigido, diretamente, todos os processos administrativos que desencadearam a edição dos respectivos decretos, o que não ocorreu. Não se pode, assim, atribuir à Presidenta da República a responsabilidade pelos atos praticados por outros agentes da Administração Pública.

Especificamente com relação à questão das supostas contraprestações diferidas ao BNDES, BB e CEF, a despeito de demonstrada a licitude do regime de caixa aplicado para fins de compensação contratual, não há que se falar, do mesmo modo, em ato da Presidenta da República.

Câmara dos Deputados
Fl. 7380
Comissões Especiais

Subsidiariamente, não se identifica conduta dolosa da Presidenta da República na abertura de créditos suplementares, o que ocorreu por meio da edição de quatro decretos em 27.7.2015 e de dois decretos em 20.8.2015, o que é afastado pelo amparo em pareceres técnicos e jurídicos exarados nos respectivos processos administrativos.

Com efeito, os processos administrativos chegaram à Presidência, como de praxe, contendo todos os elementos técnicos e jurídicos necessários à sua recepção, inexistindo desvios. Não se poderia, portanto, exigir conduta diversa senão o prosseguimento das medidas administrativas tendentes à abertura do crédito suplementar.

Especificamente com relação à questão das supostas contraprestações diferidas ao BNDES, BB e CEF, a despeito de demonstrada a licitude do procedimento executado para fins de compensação contratual e que não houve qualquer ato da Presidenta da República, não se pode falar na existência de qualquer conduta dolosa.

Referido mecanismo foi implementado há décadas, sendo que, por exemplo, o contrato firmado com a CEF foi objeto de auditoria por parte da Controladoria-Geral da União e do Tribunal de Contas da União – TCU, não tendo havido qualquer apontamento sobre eventual irregularidade em referida sistemática. Além disso, o mecanismo é lastreado em processos administrativos específicos, bem como em pareceres técnicos e jurídicos.

Câmara dos Deputados
Fl. 7381
Comissões Especiais

Este é o nosso parecer.

São Paulo, 7 de dezembro de 2015.

PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO
Professor de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Câmara dos Deputados
Fl. 7382
Comissões Especiais

Parecer

Ricardo Lodi Ribeiro

PROF. DR. RICARDO LODI RIBEIRO

PROFESSOR ADJUNTO DE DIREITO FINANCEIRO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DIRETOR ELEITO DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

Câmara dos Deputados
Fl. 7383
Comissões Especiais

PARECER

CONSULENTE:

ALESSANDRO LUCCIOLA MOLON

OBJETO:

PEDIDO DE IMPEACHMENT DA PRESIDENTE DILMA ROUSSEFF – ASPECTOS ORÇAMENTÁRIOS – NORMAS DE DIREITO FINANCEIRO FALTA DE AMPARO JURÍDICO DO PEDIDO.

SUMÁRIO:

I. A CONSULTA

II. O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL DA UNIÃO COM OS BANCOS PÚBLICOS E AS OPERAÇÕES DE CRÉDITO

III. A ABERTURA DE CRÉDITOS SUPLEMENTARES POR DECRETO

IV. A JURISPRUDÊNCIA DO TCU, AS MANIFESTAÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

V. – AS INCONFORMIDADES FINANCEIRAS E A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE RESPONSABILIDADE

VI. AS CONCLUSÕES

Câmara dos Deputados
Fl. 7384
Comissões Especiais

I. A CONSULTA

1. Consulta-nos o nobre Deputado Federal Alessandro Lucciola Molon, líder da bancada do partido REDE SUSTENTABILIDADE na Câmara dos Deputados, a respeito dos argumentos jurídicos apontados pela decisão do Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha, no pedido de impeachment da Presidente da República Dilma Rousseff, formulado pelos juristas Miguel Reale Júnior, Hélio Bicudo e Janaína Paschoal.

2. Ressalte-se, inicialmente, que este estudo não abordará aspectos políticos sobre a admissibilidade do pedido, a cargo da Câmara dos Deputados, e tampouco as abordagens contidas na petição dos requerentes, mas que não foram acolhidas pelo Presidente da Mesa, como as relativas às alegações genéricas de envolvimento do Governo em casos de corrupção da Petrobras, apurados pela Operação Lava Jato, por não revelarem, segundo a própria decisão que recebeu o requerimento, qualquer conduta que tenha sido imputada à Presidente de República.

3. Por outro lado, também ficam fora da análise atos que teriam sido praticados no mandato passado da Presidente da República (2011-2014), que, de acordo com a decisão do Presidente da Mesa da Câmara, não devem ser, nos termos do artigo 86, §4° da Constituição Federal[1], objeto de análise pela Câmara dos Deputados. Assim, todos os fatos apontados pelo Parecer Prévio do Tribunal de Contas da União TCU no Processo TC n° 005.335/2015-9, que recomendou a rejeição das contas de 2014 da Presidência da República, doravante chamado de Parecer do TCU, são estranhos ao processo de impeachment aberto pelo Presidente da Mesa.

1 "§ 4° O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções."

Câmara dos Deputados
Fl. 7385
9
Comissões Especiais

4. Com base nesse corte temporal, o Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados fundamentou a decisão de determinar a abertura do processo de impeachment em duas razões:

a) a realização pela União de operações de créditos com bancos públicos, as chamadas pedaladas fiscais;

b) a edição de seis decretos não numerados que teriam aberto créditos suplementares sem autorização legislativa.

5. É o exame desses dois pontos, que constituíram fundamento da decisão do Deputado Eduardo Cunha, o objeto deste parecer, bem como a sua influência sobre a admissibilidade e o julgamento do processo de impeachment por ela admitido.

II. O Inadimplemento Contratual da União com os Bancos Públicos e as Operações de Crédito

6. As chamadas *pedaladas fiscais* constituem o apelido dado ao sistemático atraso nos repasses de recursos do Tesouro Nacional para que o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e o BNDES paguem benefícios sociais como o Bolsa-Família, Minha Casa Minha Vida, seguro desemprego, crédito agrícola etc. Como as instituições financeiras pagam em dia os benefícios, o atraso no repasse dos recursos públicos gera contratualmente o pagamento de juros pelo Governo aos bancos públicos. De fato, a conduta, que visa a dar certa aura de equilíbrio às contas públicas em momentos de aperto de caixa, não é boa prática de Finanças Públicas. Mas está bem longe de constituir crime de responsabilidade, como a seguir será demonstrado.

7. Os defensores da tese de que as pedaladas constituem crime de responsabilidade alegam que a medida se traduz, na verdade, em operação de crédito entre a União e os bancos federais, o que seria vedado pela Lei Complementar nº

Câmara dos Deputados
Fl. 7316
Comissões Especiais

101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Na verdade, o pedido de impeachment que foi acolhido pelo Presidente da Câmara dos Deputados parte da premissa, esposada pelo Parecer do TCU que recomendou a rejeição das contas da Presidente da República em 2014, de que, em face do adiantamento dos recursos para pagamento dos benefícios sociais pelos bancos e do atraso no repasse desses pelo Governo, essas instituições financeiras passariam a deter um ativo contra a União. E que isso equivaleria a uma operação de crédito, vedada pelo artigo 36 da LRF, que proíbe a operação de crédito pelo ente estatal junto à instituição financeira por ele controlada.

8. Inicialmente, cumpre destacar que a norma do artigo 36 da LRF veio ao mundo jurídico em um contexto histórico dos anos de 1980 e 1990 em que os governos estaduais sangravam os bancos por eles controlados por meio de operações de crédito nunca saldadas e acima de suas capacidades de financiamento, o que acabou por levar a liquidação de quase todos eles. Deste modo, para evitar que o patrimônio dos bancos estaduais se esvaísse levando a sua destruição, com prejuízo de toda a sociedade, a LRF proibiu que os bancos públicos realizassem operações de crédito com os governos que os controlam. Porém, é preciso definir o que é juridicamente uma operação de crédito, no âmbito do contexto normativo em questão, a fim de evitar que outras relações jurídicas, que sejam de interesse da sociedade e das instituições financeiras oficiais, tenham que deixar de ser efetivadas.

9. Para tanto, o nosso Direito Financeiro positivo estabelece o conceito de operação de crédito, nos casos em que é devedora a pessoa jurídica de direito público, no artigo 29, III da LRF, em definição harmonizada com a do artigo 3º da Resolução nº 43/2001 do Senado Federal, a quem compete dispor e limitar as operações de crédito contraídas pelos entes federativos, de acordo com o artigo 52 da Constituição Federal.

10. Dispõe o artigo 29, III da LRF:

> *"Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:*

Câmara dos Deputados
Fl. 7387
Comissões Especiais

III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termos de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros."

11. Por sua vez, dispõe o artigo 3º da Resolução do Senado nº 43/01:

"Art. 3º Constitui operação de crédito, para os efeitos desta Resolução, os compromissos assumidos com credores situados no País ou no exterior, em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.

§ 1º Equiparam-se a operações de crédito: (Renumerado do parágrafo único pela Resolução n.º 19, de 2003)

I - recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação;

II - assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de títulos de crédito;

III - assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento ***a posteriori*** *de bens e serviços.*

§ 2º Não se equiparam a operações de crédito: (Incluído pela Resolução n.º 19, de 2003)

I - assunção de obrigação entre pessoas jurídicas integrantes do mesmo Estado, Distrito Federal ou Município, nos termos da definição constante do inciso I do art. 2º desta Resolução; (Incluído pela Resolução n.º 19, de 2003)

II - parcelamento de débitos preexistentes junto a instituições não-financeiras, desde que não impliquem elevação do montante da dívida consolidada líquida. (Incluído pela Resolução n.º 19, de 2003)

12. Poder-se-ia tentar inserir as chamadas pedaladas fiscais na expressão genérica *outras operações assemelhadas*. Porém, tal subsunção não seria válida, pois o texto legal, embora adotando uma cláusula geral, não admite a inserção daquilo que não guarda a natureza de operação de crédito, como destaca Régis Fernandes de Oliveira[2], ao comentar o artigo 36 da LRF:

"Ressalte-se que o que a lei vedou foi operação de crédito. Nada mais. Logo, não há qualquer impedimento que se renegocie dívida junto ao INSS ou a dívida do FGTS. A operação de crédito vem definida no inciso III do

2 OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 460.

Câmara dos Deputados
Fl. 7388
Comissões Especiais

> *art. 29 da Lei e não alcança nenhuma transação ou novação que os entes federados procurem obter. São eles tributários (contribuições) e não há qualquer ato negocial. Decorre a obrigatoriedade de seu pagamento de lei e, pois, no caso de inadimplemento, não ficam os entes federados proibidos de efetuarem qualquer negociação para repactuarem o débito. Seria absurda a solução contrária, mesmo porque agrediria a própria noção de pessoa jurídica na liberdade de seu comportamento. A lei foi bastante clara ao vetar o endividamento excessivo, que torne inviável o ente federal.* "

13. Vale destacar que a lição acima, embora trate de débitos de natureza tributária, aplica-se ao caso em questão, uma vez que, a partir de uma interpretação da expressão *operação de crédito* que preserva os limites hermenêuticos do instituto, exclui das vedações do artigo 36 da LRF as situações que não decorram de um negócio jurídico bilateral celebrado com a finalidade de instituição financeira entregar, ou por à disposição da fazenda pública que a controla, recursos financeiros a serem restituídos mediante o pagamento de uma taxa de juros, mas de débitos originados da lei, como, no caso em questão, aqueles surgidos do inadimplemento contratual em uma relação de prestação de serviços.

14. De acordo com as lições de Orlando Gomes[3], ao definir os contornos do contrato que tem como objeto uma operação de crédito:

> *"O uso do crédito está largamente difundido na sociedade moderna. Proliferam os negócios jurídicos cuja função econômica consiste precisamente na obtenção de um bem a ser restituído mais tarde, transmitido pela confiança depositada no adquirente e pelo interesse de quem o transfere de retirar uma utilidade econômica dessa transferência. O contrato de crédito, por excelência, é o mútuo. Na vida comercial, sobrelevam os contratos bancários: o desconto, o depósito, a abertura de crédito em conta corrente, o financiamento, e tantos outros.*
> *São pressupostos do crédito: 1°, o valor dado a crédito há de ser tomado do patrimônio da pessoa que o concede e transferido ao patrimônio da que o recebe; 2°, o valor dado a crédito há de ser transmitido em plena propriedade a pessoa que a pessoa que o recebe; 3°, o valor dado a crédito há de consistir em coisa fungível.* "

15. Como se extrai das lições do mestre baiano, a operação de crédito pressupõe a transferência de propriedade dos recursos da instituição financeira para o mutuário, acarretando o reconhecimento, por parte deste de um passivo.

---

3 GOMES, Orlando. *Contratos*. 17 ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 97.

Câmara dos Deputados
Fl. 7389
Comissões Especiais

Quando o mutuário da operação de crédito é o poder público, por envolver o aumento do endividamento estatal com reflexos no montante da sua dívida pública, alguns requisitos devem estar presentes, como a prévia autorização orçamentária, a necessidade de lei específica e o controle exercido pela Senado Federal.

16. Nesse conceito e a esse regramento não podem ser subsumidos quaisquer montantes constantes no passivo contábil da entidade pública, como o nascimento de débitos com instituições financeiras decorrentes do inadimplemento de obrigações contratuais, a partir da ausência de repasses de recursos para o pagamento de subvenções sociais pelos bancos públicos. Não se pode confundir *operação de crédito* com o surgimento de um crédito em decorrência de um inadimplemento contratual, que, obviamente, não sofre as mesmas restrições legais. A União, como qualquer outro contratante, deve responder pelo inadimplemento das obrigações por ela assumidas com as instituições financeiras que contrata, ainda que seja controladora dessas entidades. Assim, o mero adiantamento de valores por meio do fluxo de caixa para suprimento de fundos no âmbito na relação contratual entre a União e os bancos públicos, sem que tenha sido contratada qualquer operação de crédito, não se submete ao regramento jurídico das operações de crédito, inclusive no que se refere à vedação do art. 36 da LRF.

17. Se assim não fosse, não seria possível à União contratar qualquer serviço com os bancos públicos, diante do risco sempre existente de inadimplemento de qualquer das obrigações estatais, o que geraria um direito de crédito que não estaria submetido aos ditames normativos das operações de crédito. Estando correto esse raciocínio, a União só poderia contratar os seus serviços com bancos privados, o que, decerto, é absurdo que demonstra o equívoco do caminho hermenêutico que levou a tal conclusão, e que, portanto, não deve ser adotado.

18. Mesmo que assim não fosse, as pedaladas fiscais não poderiam ser enquadradas em qualquer das hipóteses de crime de responsabilidade do Presidente da República por violação da lei orçamentária, conforme previsto pelo art. 85, VI, da

Câmara dos Deputados
Fl. 7390
Comissões Especiais

Constituição Federal. É que, como adverte Luís Roberto Barroso[4], os casos de crime de responsabilidade são expressamente tipificados pela Constituição, não podendo sofrer ampliação, seja pelo legislador ordinário, seja pelos aplicadores da norma:

> *A Constituição, como se constata singelamente, atribuiu ao legislador infraconstitucional a disciplina substantiva e processual da matéria, salvo naquilo que reservou para si própria. Assim, por exemplo, não poderá a lei ordinária, ao cuidar do processo, dispor acerca das competências da Câmara e do Senado de modo diverso do já feito pelo constituinte. Da mesma forma,* ***ao tratar das definições dos crimes, não poderá incluir categoria diversa das que se encontram no elenco do art. 85****. É intuitivo que seja assim, como captou a pena sempre arguta de José Afonso da Silva, in verbis:*
>
> > *"Todos esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento (art. 85, parágrafo único, já existindo a propósito a Lei nº 1.079/50), respeitados naturalmente as figuras típicas e os objetos materiais circunscritos nos incisos do art. 85." 14 (grifos acrescentados)."*
>
> *É possível afirmar, por via de conseqüência, que* ***os crimes de responsabilidade se submetem, no direito brasileiro, a um regime de tipologia constitucional estrita****, cabendo ao legislador ordinário tão-somente explicitar e minudenciar práticas que se subsumam aos tipos constitucionais."* (Grifamos)

19. A partir dessa *tipologia constitucional estrita*, é forçoso reconhecer que, não prevendo a Constituição Federal a possibilidade de crime de responsabilidade em face da violação da lei de responsabilidade fiscal, mas tão somente da lei de orçamento, não há que se falar em crime de responsabilidade pela violação do artigo 35 da Lei Complementar nº 101/00, como pretendem os juristas denunciantes.

20. Vale destacar ainda que nem a própria Lei nº 1.079/50, com redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.028/00 que lhe adaptou à LRF prevendo os crimes de responsabilidade orçamentária, estabeleceu a violação da LC nº 101/00 como causa ensejadora de impeachment em seu art. 4º, VI, cujas condutas financeiras sancionadas são esmiuçadas exaustivamente no artigo 10. É que os fluxos de caixa entre a União e os bancos públicos, ainda que se traduzissem em operações de crédito, o que, vimos, não é o caso, não violam propriamente a Lei Orçamentária Anual (LOA),

4 BARROSO, Luís Roberto. "Impeachment – Crime de Responsabilidade – Exoneração do Cargo". *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212, p. 174, 1998.

Câmara dos Deputados
Fl. 7391
Comissões Especiais

que constitui o bem jurídico tutelado em todos os tipos legais do referido dispositivo sancionador dos crimes de responsabilidade, mas, supostamente, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que com ela não se confunde. Violar a LRF não é a mesma coisa que violar a LOA. Esta última é a norma que prevê todas as receitas e despesas da União. É aqui que as condutas comissivas e dolosas do Presidente da República poderão ensejar, em tese, o crime de responsabilidade. Já a LRF é norma geral de Direito Financeiro que orienta a elaboração, controle e fiscalização da LOA, mas que não faz qualquer previsão de receitas e despesas e com a lei de normas gerais não guarda relação de identidade. Sua violação não está constitucional ou legalmente tipificada como crime de responsabilidade.

21. Por outro lado, também não é possível, como pretenderam os juristas denunciantes, promover o enquadramento da conduta nos itens 6 a 9 do artigo 10 da Lei nº 1.079/50[5], já que o atraso no repasse dos recursos para pagamento das subvenções sociais pelos bancos públicos não se traduz em qualquer das condutas por eles previstas, como será demonstrado nos parágrafos abaixo.

22. O item 6 do referido artigo sanciona a abertura de operação de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal ou sem fundamento

---

5 Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

8) deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000);

9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; ((Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000).

Câmara dos Deputados
7392
Comissões Especiais

na lei orçamentária. Vimos que tais operações, por significarem mero atraso no repasse desses recursos, no âmbito do fluxo de caixa entre entes públicos, acarretando inadimplemento contratual, devem ser pagas independentemente de estarem previstas no orçamento ou serem limitadas pelas resoluções do Senado Federal. São despesas cujo desembolso é previsto nas leis instituidoras dos programas sociais, além de serem previstas na LAO. O pagamento de juros em decorrência do inadimplemento contratual decorre dos contratos aprovados pelo TCU e do ordenamento jurídico civil. De acordo com tal arcabouço jurídico, não se pode cogitar em operação realizada sem lastro legal ou senatorial. Ao contrário, a sua realização decorre de pagamentos a que a União está legalmente obrigada, o que afasta a possibilidade de aplicação do aludido dispositivo do artigo 10 da Lei nº 1.079/50.

23. No que se refere ao item 7 do mesmo dispositivo legal, em consequência do que foi demonstrado no parágrafo anterior, não há que se cogitar em providências a serem tomadas para anular os efeitos das operações praticadas, que, como se viu, têm amparo legal.

24. Quanto ao item 8, cumpre destacar que não houve operação de crédito por antecipação de receita, nos termos que são definidos no artigo 38 da LRF, mas a utilização de contas de suprimento de caixa, como vimos acima.

25. Também não procede o enquadramento, feito pelos juristas denunciantes, de tais situações no item 9 do artigo 10 da Lei nº 1.079/50, que estabelece como crime de responsabilidade a abertura de operações de crédito praticadas por ente da Federação, incluindo da Administração Indireta, com outra entidade federativa, o que é matéria inteiramente estranha às que foram descritas pelo Parecer do TCU, pela própria denúncia dos juristas ou pela decisão do Presidente da Mesa, uma vez que as chamadas pedaladas fiscais envolvem apenas a União e as instituições financeiras por ela controladas, e não Estados e Municípios ou suas administrações indiretas.

Câmara dos Deputados
Fl. 7393
Comissões Especiais

26. Deste modo, é forçoso reconhecer que nenhuma das condutas descritas no Parecer do TCU, no requerimento dos juristas ou na decisão do Presidente da Câmara poderia, em tese, se subsumir no artigo 10 da Lei nº 1.079/50.

27. Por outro lado, mesmo que se pudessem considerar as chamadas pedaladas fiscais descritas na petição dos requerentes, e analisados pelo Presidente da Mesa, como sendo, em tese, violação à lei orçamentária, vale considerar que tais fatos se circunscreveram ao ano de 2014, ou seja, teriam ocorrido no mandato anterior da Presidente Dilma Rousseff. Como o Presidente da Câmara dos Deputados decidiu só acolher as denúncias relatadas em 2015, por entender, corretamente, não ser passível de responsabilização do Presidente da República, *ex-vi* do artigo 86, §4º, da Constituição Federal, os fatos ocorridos antes do início do exercício do atual mandato, o que se deu em 1º de janeiro de 2015, não podem as pedaladas fiscais, descritas no relatório do TCU que recomenda a rejeição das contas da Presidência da República de 2014, ser consideradas como fundamento do pedido de impeachment.

28. É verdade que a petição dos juristas, bem como a decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, mencionam, *en passant*, que as pedaladas prosseguiram em 2015. Mas é óbvio que meras referências desprovidas da identificação de que fatos praticados no presente ano dariam origem a tal conclusão, não tem o condão para dar suporte a qualquer imputação por crime de responsabilidade, sobretudo porque a decisão do TCU, que fundamentou as conclusões do Presidente da Mesa, não fazem referências, como não poderia deixar de ser, a situações ocorridas em 2015.

29. Por essas razões, as chamadas pedaladas fiscais não dão suporte jurídico ao pedido de impeachment em exame.

III - A ABERTURA DE CRÉDITOS SUPLEMENTARES POR DECRETO

Câmara dos Deputados
Fl. 7394
Comissões Especiais

30. Além das pedaladas fiscais, outro ponto que alicerça o pedido de impeachment, e que foi acolhido pelo Presidente da Câmara, diz respeito a quatro decretos, não numerados, que foram baixados em 27/07/2015 e a dois outros, em 20/08/2015, para abertura de créditos suplementares, supostamente sem a devida autorização legal.[6]

31. Os créditos suplementares visam a aumentar as dotações orçamentárias destinadas a determinadas despesas já previstas na LOA, em face da insuficiência dos valores que foram originalmente contemplados. Tal procedimento é muito corriqueiro na vida da Administração Pública, uma vez que o orçamento é uma previsão relativa ao montante que será arrecadado e gasto ao longo do ano, o que, quase sempre, precisa ser revisto à luz dos fatos que acontecem durante a execução orçamentária. Por isso, o Congresso Nacional, por ocasião da elaboração da lei orçamentária anual, já autoriza a abertura de créditos suplementares por decreto do Presidente da República, podendo estabelecer limites e condições para o exercício dessa faculdade.

6 **Decreto de 27.7.2015:** abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor de diversos órgãos do Poder Executivo, crédito suplementar no valor de R$ 29.922.832,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. **Decreto de 27.7.2015:** abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor de diversos órgãos do Poder Executivo, de Encargos Financeiros da União e de Refinanciamento da Dívida Pública Mobiliária Federal, crédito suplementar no valor de R$ 36.759.382.520,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. **Decreto de 27.7.2015:** abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor dos Ministérios da Educação, da Previdência Social, do Trabalho e Emprego e da Cultura, crédito suplementar no valor de R$ 1.701.389.028,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. **Decreto de 27.7.2015:** abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor de diversos órgãos dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, da Defensoria Pública da União, do Ministério Público da União e de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, crédito suplementar no valor de R$ 1.629.519.495,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. **Decreto de 20.8.2015:** abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, da Fazenda e das Cidades e de Encargos Financeiros da União, crédito suplementar no valor de R$ 55.237.582.569,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. **Decreto de 20.8.2015:** abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor dos Ministérios dos Transportes, da Integração Nacional e das Cidades e das Secretarias de Aviação Civil e de Portos, crédito suplementar no valor de R$ 1.201.641.285,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente (apud em SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Parecer Jurídico Complementar, disponível em http://blogdotarso.com/2015/12/06/jurista-pedro-serrano-emite-parecer-contra-o-impeachment-de-dilma/, Acesso em 07/12/15.

Câmara dos Deputados
Fl. 7395
Comissões Especiais

32. A alegação dos que sustentam a caracterização da edição de tais normas como do crime de responsabilidade se baseia no texto do artigo 4º da Lei nº 12.952/14, a Lei Orçamentária Anual de 2014 (LOA/14), que condicionou a autorização para a abertura de créditos suplementares ao atingimento da meta de superávit primário estabelecida para o exercício pela Lei nº 12.919/13, a Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2014 (LDO/14). Na visão dos defensores do impeachment, quando da aprovação dos decretos, a meta do superávit primário não vinha sendo atendida.

33. Quanto a esse argumento, vale destacar, incialmente, a impropriedade de se falar em limites previstos pela LOA de 2014, no que se refere a créditos suplementares abertos em relação ao orçamento de 2015.

34. Logo, o que precisa ser verificado é se a abertura dos créditos suplementares em 2015 feriu a lei de orçamento em vigor. Esta, a Lei nº 13.115/15 (LOA/15), só aprovada em abril de 2015, previu, em seu artigo 4º, texto semelhante ao mesmo artigo da LOA/14, condicionando a abertura de créditos suplementares ao cumprimento da meta do superávit primário para 2015, que fora definida pela Lei nº 13.080/15 (LDO/15).

35. Na verdade, o que ocorreu em 2014, e está ocorrendo em 2015, é que as metas de resultado primário tiveram que ser revistas ao longo do ano, em razão da frustração de arrecadação tributária causada pela crise econômica, o que foi levado a efeito por leis em sentido formal.

36. Tais alterações na meta de superávit primário se devem à característica da lei de diretrizes orçamentárias, que deve ser aprovada no ano anterior ao da execução orçamentária, o que, muitas vezes, reflete um cenário econômico diferente daquele presente na execução do orçamento e, quase sempre, imprevisível pelo legislador no momento em que ela foi formulada. Essa imprevisibilidade dos cenários econômicos futuros, mesmo considerando o lapso temporal de pouco mais de

Câmara dos Deputados
Fl. 7396
Comissões Especiais

um ano, é fruto da sociedade de risco, onde o passado nem sempre é suficiente para a explicação do presente e a previsão do futuro[7], o que condiciona toda a previsão orçamentária à possiblidade de ajuste com a realidade, como destaca Ricardo Lobo Torres[8] em relação às dificuldades de previsão de metas de superávit primário diante da imprevisibilidade que marca os dias atuais:

> *"Um dos grandes desafios desta virada de século é alcançar a estabilidade financeira e o equilíbrio orçamentário através de políticas de longo prazo. Dois sistemas principais apontam nesse sentido: o americano e o neozelandês.(...)*
>
> *A recepção do modelo da Nova Zelândia pelo Brasil, através da Lei de Responsabilidade Fiscal, encontrou respaldo na política financeira do governo Fernando Henrique Cardoso, que buscou a eliminação do déficit primário, o que não prejudicava o pagamento dos juros para sustentar artificialmente o real.(...)*
>
> *Seja como for, o objetivo de alcançar a estabilização monetária e o superávit primário foi alcançado com a LRF. (...)*
>
> *O que caracteriza o Estado da Sociedade de Riscos é a ambivalência ínsita em suas normas e em suas políticas, que trazem simultaneamente vantagens e desvantagens papara os cidadãos. Da perspectiva do direito já anotou Luhmann que os riscos futuros são imprevisíveis e contra eles as categorias jurídicas de validade ou eficácia começam a esmaecer. A LRF não refoge à ambivalência. Exibe, na procura da eliminação dos riscos fiscais, aspectos de extraordinária relevância no controle da gestão orçamentária e de rigor no equilíbrio das contas públicas, ao mesmo tempo em que apresenta fundamentação econômica e política de duvidosa eficácia e de difícil adaptação à nossa estrutura constitucional."*

37. Dessa imprevisibilidade que dificulta à adequação do planejamento orçamentário ao nosso sistema constitucional exsurge a possibilidade de alteração da meta de superávit primário estabelecida pela lei de diretrizes orçamentárias, como admite Régis Fernandes de Oliveira[9]:

> *"Não temos dúvidas que o Plano Plurianual pode ser alterado a qualquer tempo, diante de circunstâncias novas. Como se destina a viger por quatro anos, no direito brasileiro, o mundo empírico é móvel e, pois, pode sofrer alterações que não se destinam a ser rígidas. Mudam os tempos, mudam as circunstâncias, mudam as situações. (...)*
>
> *Diga-se o mesmo em relação à Lei de Diretrizes Orçamentárias. Em havendo circunstância imperiosa, não descartamos a possibilidade de*

7 Sobre a imprevisibilidade da sociedade de risco, vide: BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco – Rumo a Uma Outra Modernidade*. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

8 TORRES, Ricardo Lobo. *Vol. V – O Orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 447-449.

9 OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*, p. 362.

Câmara dos Deputados
Fl. 7397
Comissões Especiais

alterações que redundem em melhoria para a população. O fim não é a lei em si mesma ou a lei não é um fim em si mesmo. O que vale é a sociedade e, à vista de empecilhos que possam surgir, nada mais razoável que pensar em alteração da lei." (Grifamos)

38. Ao longo do ano de 2014 e durante o ano de 2015, é notória a deterioração da situação econômica nacional, seja por causas internas, como a crise política, ou internacionais, como a redução do valor de nossas *commodities* no mercado externo, o que levou à frustração de arrecadação e justificou a alteração da meta do superávit primário determinada pelas LDOs de 2014 e de 2015. A consequência automática dessas alterações legislativas é a legitimação da abertura de créditos suplementares por decreto ao longo do ano, uma vez que a condição prevista pelo artigo 4º da LOA/15 para tal providência era o cumprimento da meta primária. Tendo sido essa cumprida, à luz da alteração legislativa levada a efeito na LDO, está autorizada a abertura de créditos suplementares por decreto, conforme a previsão da LOA.

39. Deste modo, os limites previstos para a abertura de créditos suplementares previstos na lei de orçamento foram revistos antes do final do exercício financeiro. A pergunta a ser feita é se antes da aprovação da lei que altera a meta de resultado primário já é possível a abertura de créditos suplementares com base nos novos limites. Num plano ideal, é claro que é recomendável aguardar-se a aprovação pelo Congresso Nacional da lei que altera a meta primária para, só então, se utilizar da autorização nela contida para abertura de créditos suplementares. Porém, é forçoso reconhecer os contornos da dinâmica adotada pelo próprio legislador ao estabelecer como condição para a aludida autorização um evento futuro e incerto, cuja verificação do seu implemento só pode ser realizada ao final do exercício em curso. Nesta hipótese, estamos diante de uma condição resolutória, e não suspensiva. Caso contrário, se fosse necessário o implemento da condição suspensiva para se considerar autorizada a abertura de créditos suplementares por decreto, esta não poderia ocorrer dentro do exercício em curso, o que inutilizaria a autorização concedida por ocasião da promulgação da lei orçamentária anual.

Câmara dos Deputados
Fl. 7398
Comissões Especiais

40. Porém, sendo a condição resolutória, é possível a abertura de créditos suplementares por decreto até o seu implemento. Ou seja, até que seja constatado que no ano em curso não haverá cumprimento da meta, o que, normalmente, só é possível constatar no final do exercício. Com a alteração legislativa da meta, a condição também é alterada, o que produz efeitos sobre a verificação quanto ao seu implemento no final do exercício.

41. De acordo com o raciocínio que embasa a decisão do Presidente da Mesa, o retrato parcial revelado pelos relatórios bimestrais de avaliação de receitas e despesas primárias já pode ser utilizado para identificar o implemento da condição resolutória se, a partir deles, já se puder verificar o descumprimento da meta, o que já ensejaria, automaticamente, o cancelamento da autorização para a abertura de créditos suplementares por decreto.

42. Contudo, esse raciocínio não se sustenta, pois tais relatórios, emitidos de acordo com o art. 165, §3° da Constituição Federal e com o art. 52 da LRF, não possuem esses poderosos efeitos, uma vez que seu objetivo é, em nome do princípio da transparência, oferecer uma posição parcial quanto à realidade verificada ao longo de cada bimestre do exercício financeiro. A sua divulgação, embora já possa revelar uma potencial situação de dificuldade a ser confirmada no final do exercício, estimulando que o Poder Executivo tome as medidas exigidas para resolver o descompasso entre a previsão abstrata de receita e despesa e o que foi efetivamente realizado, ainda não permite, antes do final do exercício financeiro, uma conclusão definitiva pela inexistência de cumprimento da meta. Somente após o encerramento do exercício financeiro é possível constatar-se se a meta foi cumprida. E no caso concreto, com a edição da Lei n° 13.199/15, certamente a meta será cumprida. A propositura do projeto de lei que lhe deu origem, pelo Poder Executivo tem origem na constatação, por parte deste, e a partir do importante instrumento dos relatórios bimestrais, de que a previsão que fora feita pela LDO não era compatível com o desempenho da economia brasileira no primeiro semestre de 2015.

Câmara dos Deputados
Fl. 7399
Comissões Especiais

43. A valer o argumento em sentido contrário, de que os relatórios bimestrais apontando o descumprimento parcial da meta já ensejariam o implemento da condição resolutória que cancelaria a autorização legal para a abertura de créditos suplementes, retirar-se-iam do Poder Executivo os instrumentos de atuação quando esses se fazem mais necessários para debelar os efeitos da crise econômica que, a partir da frustração da arrecadação tributária, comprometem a meta do superávit, tornando a situação financeira e orçamentária do país inadministrável. Logicamente, tal raciocínio deve ser evitado por relevar extrema irresponsabilidade fiscal.

44. Vale destacar que com a alteração da meta de superávit pela Lei nº 13.199/15 construiu-se uma solução pelo próprio Parlamento que, ainda dentro do exercício, modificou a previsão que fora por ele aprovada e, com isso, alterou o limite da autorização para a abertura de créditos suplementares por ele também concedida. Com isso, restam convalidadas as aberturas dos créditos suplementares efetivados por Decreto, a partir da alteração da condição resolutória antes do seu implemento. Como Instituição competente para autorizar a fixação da meta de superávit, o Congresso Nacional pode convalidar os atos praticados anteriormente à modificação desta, a fim de adequar à nova realidade econômica a condição resolutória, por ele mesmo imposta, para a abertura de crédito suplementar.

45. Se assim não fosse, as dificuldades econômicas supervenientes à elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias não poderiam ser enfrentadas pelo Governo, pois, justamente em um quadro de escassez de recursos, é que se mostra preciso rever as prioridades entre fazer o superávit primário ou atender as despesas previstas em outras rubricas orçamentárias, que, provavelmente, deverão ter que sofrer uma equalização, à luz da nova situação fiscal. De todo modo, essa é uma decisão que pertence ao Parlamento, e isso foi preservado no caso concreto.

46. Ao contrário, a hipótese de condenar a Administração Pública à meta de superávit prevista em outro cenário, sem que o Poder Legislativo possa apreciar o tema à luz da nova realidade, significa subordinar o Estado brasileiro ao pagamento de juros ao setor financeiro, o que, parece óbvio, não é uma decisão que

Câmara dos Deputados
Fl. 7400
Comissões Especiais

possa ser extraída automaticamente do ordenamento jurídico vigente sem a possibilidade de manifestação do Congresso Nacional para dar uma solução diferente para o problema.

47. Como se vê, a alteração da meta primária foi efetivada em 2014, com a aprovação da Lei nº 12.952/14, que modificou a Lei nº 12.919/13 (LDO/14), e também em 2015, já que o Congresso Nacional aprovou, no mesmo dia em que o Presidente da Câmara dos Deputados acolheu o pedido de impeachment, o PLN nº 05/15, que deu origem à Lei nº 13.199, de 03 de dezembro de 2015, que reduziu a meta do resultado primário previsto na Lei nº 13.080/15 (LDO/15).

48. Nesse contexto normativo, não há mais que se falar em abertura de créditos suplementares sem autorização legal em 2014. Em relação ao exercício de 2015, após a promulgação da Lei nº 13.199/15, também não. Aliás, não é possível, antes do final do exercício, constatar se os decretos que já abriram créditos suplementares, extrapolam ou não os limites previstos na autorização orçamentária para a abertura de crédito suplementar, uma vez que a autorização para o fazer é subordinada a uma condição resolutória cujo implemento só pode ser auferido no final do exercício.

49. Por fim, cumpre esclarecer que o fato de os decretos não terem sido numerados é juridicamente irrelevante, sendo prática há muito utilizada em relação a normas de fins concretos, e não normativos, como as que autorizam a abertura de créditos suplementares ao orçamento.

50. Deste modo, a edição de decretos, em 2015, para a abertura dos créditos suplementares foi previamente autorizados pelo artigo 4º da Lei nº 13.115/15, a lei orçamentária anual, de acordo com a meta primária prevista pela Lei nº 13.080/15 (LDO/15), com redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.199/15. Não há, portanto, que se cogitar em abertura de créditos suplementes sem autorização legal.

Câmara dos Deputados
Fl. 7401
Comissões Especiais

51. Logo, não há que se cogitar, como pretenderam os juristas denunciantes, que a edição de tais decretos possa se subsumir nos itens 2 e 3 do artigo 10 da Lei nº 1.079/50[10], que sancionam a conduta de exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento, ou a realização de estorno de verbas nos casos em que a atuação do Poder Executivo é amparada por lei.

IV - A JURISPRUDÊNCIA DO TCU, AS MANIFESTAÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

52. Cumpre ressaltar que o Parecer Prévio do TCU no Processo TC nº 005.335/2015-9, que recomendou a rejeição das contas de 2014 da Presidência da República, especialmente em relação aos dois pontos que deram origem ao acolhimento do pedido de impeachment – as pedaladas fiscais e a abertura de créditos suplementares por decreto -, embora não se refiram a condutas praticadas no atual mandato presidencial, não podendo, portanto, serem levadas em consideração pelo Congresso Nacional na apreciação do pedido de impeachment, como reconhece a própria decisão do Presidente da Mesa da Câmara que acolheu o requerimento dos juristas, se reveste de caráter técnico e jurídico, a partir da interpretação dos fatos e de normas de direito financeiro.

53. Porém, tais interpretações são fruto de uma das visões dos fenômenos sob exame, e, assim como as interpretações da autoridade policial em relação ao processo penal, e das autoridades fazendárias no que se refere ao processo tributário, podem ser confrontada por outras visões, a começar do próprio Congresso

---

10" Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

2 - Exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento;

3 - Realizar o estorno de verbas;"

Câmara dos Deputados
Fl. 7402
Comissões Especiais

Nacional, a quem compete a aprovação ou rejeição das contas do Presidente da República, nos termos do artigo 49, IX, da Constituição Federal.

54. No que se refere, especificamente, aos dois pontos acima referidos, o próprio Tribunal de Contas da União já adotou interpretação diversa em outros casos. Diante dos mesmos fatos e do mesmo ordenamento jurídico, adotou outro entendimento, opinando pela aprovação das contas. Senão vejamos.

55. Os contratos entre a União e os bancos públicos que preveem cláusulas autorizativas de fluxos de caixa para suprimento de fundos vêm sendo aprovados pelo TCU há mais de catorze anos, sem qualquer observação quanto à sua legitimidade. Durante todo esse período, ou seja, desde 2001, o mecanismo vem sendo utilizado pelo Governo Federal, e também por Estados e Municípios, sem que, em qualquer exame de contas pelo TCU ou qualquer outra corte de contas, tenha se registrado a inconformidade do procedimento com as normas de direito financeiro. Ao contrário. O relatório do TCU, referente ao Processo nº TC 021.643/2014-8, em seu item 396, reconhece que saldos negativos em contas suprimentos não são caracterizados como operação de crédito, não influenciando no resultado primário:

> *"396. O atraso no repasse dos recursos não produziu qualquer impacto sobre o resultado fiscal, uma vez que os passivos gerados em razão de referidos atrasos são registrados nas estatísticas fiscais pelo Departamento Econômico do Bacen, o que significa dizer que as respectivas variações primárias deficitárias são adequadamente captadas quando da apuração do resultado fiscal.* ***Tampouco foi suficiente para, no entendimento da equipe de auditoria, caracterizar a realização de operação de crédito entre a União e as instituições financeiras.*** *" (grifou-se)*

56. No mesmo sentido, o Acórdão nº 992/2015-TCU-Plenário, no item 26 do voto, chega a reconhecer a impossibilidade de se classificar o mecanismo como operação de crédito:

> *"Todavia, é preciso ressalvar, de fato, que* ***não seria razoável classificar como operações de crédito meros atrasos*** *de curtíssimo prazo no repasse*

Câmara dos Deputados
Fl. 7403
Comissões Especiais

de recursos do Tesouro, previstos e com condições estipuladas contratualmente, como no caso dos programas sociais pagos por intermédio da Caixa Econômica Federal. (Grifamos).

57. Como se vê, embora as chamadas pedaladas fiscais sejam um procedimento antigo na gestão orçamentária nacional, até 2014 não tinha sido objeto das preocupações do TCU. Pelo contrário. Admitia-se expressamente a prática.

58. Em relação aos efeitos retroativos da aprovação da norma que altera a meta primária, o mesmo fenômeno de alteração da jurisprudência se manifestou. Ao longo do ano de 2009, verificou-se a impossibilidade de atingimento da meta fiscal prevista na LDO, o que exigiu, como em 2014 e 2015, o encaminhamento de projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo para o Congresso Nacional, e, antes mesmo da sua aprovação pela Lei nº 12.053, de 09 de outubro de 2009, o Governo passou a utilizar a nova meta para a elevação dos limites de empenho. Tal procedimento foi expressamente analisado pelo TCU, tendo sido considerado legítimo, como se revela, respectivamente às fls. 80 e 82, do Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República do Exercício de 2009:

> *"Em 13/10/2009, o art. 3º da LDO-2009 foi alterado substituindo a dedução do superávit primário relativa ao Projeto Piloto de Investimentos Públicos (PPI) pelas despesas realizadas no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), aumentando o valor passível de dedução para R$ 28,5 bilhões.*
> *(...)*
> *Ao fim do segundo bimestre, foi procedida a avaliação completa de todos os itens de receita e de despesa obrigatórias primárias do Governo Federal. O Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei (PLN nº 15, de 2009) que propunha redução da meta para 1,4% do PIB para o Governo Central e 0,20% do PIB para as Empresas Estatais, sendo proposta a exclusão do grupo Petrobras da apuração do resultado fiscal do setor público. Tais parâmetros passaram a ser adotados nas reavaliações bimestrais mesmo antes da aprovação do Congresso Nacional, o que veio a ocorrer em 9/10/2009, quando da promulgação da Lei nº 12.053/2009.*
> ***Após a análise da realização e da nova projeção dos itens até o final do ano, combinada com a alteração das metas fiscais propostas ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, constatou-se a possibilidade de ampliação dos limites de empenho e movimentação financeira em R$ 9,1 bilhões em relação à avaliação anterior, nos termos do § 1º do art. 9º da LRF."*** *(Grifamos)*

Câmara dos Deputados
Fl. 7404
Comissões Especiais

59. Na conclusão do relatório, às fls. 409, o relator, Ministro Raimundo Carreiro, considerou corretos os procedimentos adotados pelo Poder Executivo, não tendo feito sequer ressalvas ou recomendações a esse respeito:

> *"A análise conduz à conclusão de que o Poder Executivo Federal* ***observou os princípios fundamentais de contabilidade aplicados à administração pública****, que os balanços demonstram adequadamente as posições financeira, orçamentária e patrimonial da União em 31 de dezembro de 2009, e que* ***foram respeitados os parâmetros e limites definidos na Lei de Responsabilidade Fiscal****, ressalvando-se, no entanto, os seguintes aspectos:"*
>
> (Grifamos)

60. Registre-se que o mesmo fenômeno aconteceu em 2010, quando a meta primária prevista na LDO 2010 revelou-se inalcançável, o que ensejou o encaminhamento pelo Poder Executivo de projeto de lei que só foi aprovado em 30/12/10, pela Lei nº 12.377/10. Com a alteração da meta, foram legitimados os estornos e a abertura de créditos suplementares a ela subordinadas. O procedimento também foi aprovado pelo TCU , como se verifica no Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República do Exercício de 2010, às fls. 73 e 74:

> *"Posteriormente, por intermédio da Lei 12.377/2010, a meta de resultado fiscal foi reduzida para 3,10% do PIB, sendo 2,15% para os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social e 0,95% para o Programa de Dispêndios Globais. Foram alteradas, ainda, a meta de resultado nominal para o período, que passou a admitir déficits da ordem de 1,28% do PIB, e a meta de endividamento líquido, que aumentou de R$ 795,977 bilhões para R$ 983,263 bilhões, correspondentes a 27,72% do PIB.*
> *(....)*
> *Conforme a tabela em análise, a União apresentou superávit primário de 2,14% do PIB, percentual abaixo da meta de 2,15% fixada para o ano de 2010. Em termos absolutos, considerando o PIB de 2010 de R$ 3,675 trilhões divulgado pelo IBGE, a meta de resultado primário a ser alcançada seria de R$ 79,011 bilhões. Portanto, o resultado superavitário de R$ 78,100 bilhões ficou cerca de R$ 911 milhões abaixo da meta. No entanto, levando em consideração o art. 3º da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2010 (Lei 12.017/2009), referida diferença pode ser suprida pela dedução da meta correspondente à realização, no conceito "caixa", das despesas com o PAC."*

Câmara dos Deputados
Fl. 7405
Comissões Especiais

61. O relator, Ministro Aroldo Cedraz, acolhe o relatório aprovando as contas sem qualquer ressalva ou recomendação a esse ponto, como se verifica à fl. 477:

> "A análise conduz à conclusão de que o Poder Executivo Federal **observou os princípios fundamentais de contabilidade aplicados à administração pública**, que os balanços demonstram adequadamente as posições financeira, orçamentária e patrimonial da União em 31 de dezembro de 2010, e que **foram respeitados os parâmetros e limites definidos na Lei de Responsabilidade Fiscal**, ressalvando-se os aspectos indicados ao longo deste Relatório." (Grifamos)

62. Vale destacar que o Congresso Nacional aprovou as contas dos exercícios de 2009 e 2010, nos termos do parecer do TCU, ainda que existisse revisão legal da meta fiscal, o que passou a legitimar a abertura de créditos suplementares por decreto.

63. Já em 2014, em decisão que discrepa da sua própria jurisprudência, no Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República Exercício 2014, às fls. 180:

> *"Não se alegue que a superveniente publicação da Lei 13.053/2014, que alterou a meta fiscal da LDO 2014, em 15/12/2014, elidiu a exigência de se limitar a execução orçamentária e financeira. Isso porque a situação indicativa de não cumprimento da meta fiscal ressaltada no Relatório de Avaliação do Cumprimento das Metas Fiscais do 2º Quadrimestre de 2014 impunha, desde então, a adoção de tal medida, a teor do disposto no art. 9º da LRF, c/c o art. 51 da LDO 2014.*
>
> .....
>
> *Tal fato caracteriza situação omissiva, apoiada em estimativas que já incorporavam os efeitos do projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional, projeto esse, até então, desprovido de qualquer força legal. Essa situação conferiu flagrante desrespeito ao princípio constitucional da legalidade inscrito no art. 37, caput, da Constituição Federal, às normas orçamentárias vigentes, bem como aos pressupostos do planejamento, da transparência e da gestão fiscal responsável com vistas à prevenção de riscos e correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei Complementar 101/2000."*

64. Nota-se aí uma mudança de 180º no entendimento do TCU a respeito de um ponto fulcral no deslinde da questão: a influência da modificação legal superveniente da meta primária em relação a prática de atos vinculados à gestão orçamentária, no período de tempo entre o encaminhamento do projeto de lei e a sua aprovação pelo Parlamento. Até 2014, admitia-se a prática com grande tranquilidade, sem sequer fazer qualquer ressalva ou recomendação quanto ao seu uso, o que deu a

Câmara dos Deputados
Fl. 7406
Comissões Especiais

todos os destinatários das normas de direito financeiro no Brasil a certeza de que o procedimento era aceito pelo TCU. Surpreendentemente, em 2014, o entendimento mudou diametralmente.

65. É claro que os órgãos que analisam e julgam as condutas orçamentárias podem mudar a sua jurisprudência, recrudescendo a interpretação de normas e fatos em nome do maior controle das contas públicas. Tal fenômeno, denominado virada jurisprudencial, é também muito comum nos tribunais judiciais.

66. Porém, os novos critérios jurídicos utilizados na interpretação dos fatos e das normas devem produzir efeitos para o futuro, a fim de que seja respeitada a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima, como - a partir das lições de Klaus Tipke, Garcia Novoa, Robert Alexy e Hartmut Maurer - destaca Ricardo Lodi Ribeiro[11]:

> *O Estado deve garantir a segurança jurídica do cidadão no que concerne aos efeitos dos atos por ele praticados de acordo com a orientação dada, não só pelo Poder Executivo, mas também pelo Poder Judiciário, sobretudo em relação à jurisprudência dos Tribunais Superiores. Embora o efeito da decisão judicial seja, em regra,[12] vinculante apenas às partes no processo, a orientação pretoriana, uma vez estabelecida de forma constante e consolidada, acaba por se constituir objeto de confiança para os cidadãos,[13] que passam a adotar a interpretação pretoriana a partir do precedente.[14]*
>
> *Por outro lado, o princípio da proteção da confiança legítima não pode impedir que a jurisprudência dos Tribunais evolua de acordo com os novos fatos sociais e com o desenvolvimento da Ciência do Direito, mas é correto supor, em nome da segurança jurídica, que as grandes rupturas jurisprudenciais só produzam efeitos para o futuro.[15]*

---

11 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Segurança Jurídica do Contribuinte – Legalidade, Não Surpresa e Proteção à Confiança Legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 239-240.

12 Salvo os casos decididos no controle concentrado de constitucionalidade, na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99, e aqueles a que o posicionamento do STF se consolidou em súmula vinculante, nos termos do art. 103-A, com redação dada pela EC nº 45/04.

13 TIPKE, Klaus. "La retroactividad en Derecho Tributario", p. 354; GARCIA NOVOA, César. *La Devolución de Ingresos Tributarios Indebidos*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 205.

14 Para Alexy, a força vinculante do precedente deriva de três razões: a previsibilidade, a proteção da confiança e o tratamento igualitário aos casos semelhantes. (ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero e Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005, p. 85).

15 MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, p. 81.

Câmara dos Deputados
Fl. 7407
Comissões Especiais

67. Como resta incontroverso, as decisões do TCU e do Congresso Nacional, quando da apreciação de contas do Presidente da República, e, mais ainda da Câmara dos Deputados e do Senado Federal na admissibilidade e no julgamento do processo de impeachment, devem também estar fundamentadas na proteção à confiança legítima, o que, no caso concreto, quando está em jogo o mandato presidencial, é imperioso observar não apenas em razão da segurança jurídica sob o prisma individual, mas da democracia e do respeito à vontade da maioria do eleitorado que manifestou-se nas eleições.

68. Também, por essas razões ligadas à segurança jurídica e à democracia, as chamadas pedaladas fiscais e a aprovação de créditos suplementes de acordo com a nova meta fiscal, não podem ser utilizadas para a caracterização do crime de responsabilidade da Presidente da República.

V – AS INCONFORMIDADES FINANCEIRAS E A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE RESPONSABILIDADE

69. Ainda que as conclusões do Tribunal de Contas da União sobre a rejeição das contas da Presidência da República estivessem corretas, o que só se admite para fins de argumentação, vale destacar que não é qualquer inconformidade da atuação presidencial com a lei de orçamento que justifica a caracterização de crime de responsabilidade previsto em um dos itens do artigo 10 da Lei nº 1.079/50. Como leciona Ricardo Lobo Torres[16], os princípios ligados ao controle orçamentário devem ser ponderados com outros que regem a atuação do Presidente da República:

> *"O princípio da ponderação tem subida relevância na temática do orçamento, eis que permite que se sopesem todos os outros princípios jurídicos pertinentes à lei de meios, tanto princípios fundantes quanto os vinculados às ideias de liberdade, justiça e segurança jurídica. O princípio da ponderação conduz à escolha dos princípios que devem prevalecer diante dos interesses sociais em ebulição, tanto no momento da elaboração do orçamento e da alocação de verbas, quando na fase da gestão discricionária e do próprio controle da execução orçamentária. O*

16 TORRES, Ricardo Lobo. *Vol. V – O Orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 202.

Câmara dos Deputados
Fl. 7408
Comissões Especiais

> *Estado Orçamentário, além de Subsidiário, é também Estado de Ponderação."*

70. Nessa esteira, certa flexibilidade na execução da previsão orçamentária originalmente concebida, a fim de atender à continuidade das políticas públicas, notadamente as de caráter social dirigidas aos mais pobres em um cenário de dificuldade econômica, é justificada pelo exercício da eleição de prioridades atribuídas àqueles que tem responsabilidade política, seja no âmbito do Poder Executivo, seja no Congresso Nacional, como leciona Régis Fernandes de Oliveira[17]:

> *"Importante é atribuir aos agentes instrumentos de flexibilidade para que possam utilizar as verbas públicas. Poderão remanejar dotações, facilitar licitações, alterar despesas, etc. Tudo em vista do fim a ser atingido.*
>
> *Evidente que tudo estará sujeito a controle hierárquico ou será de responsabilidade exclusiva dos agentes encarregados de gerenciar os recursos afetados ao programa. O que não tem sentido é atribuir a finalidade, efetuar a dotação e restringir a atuação dos agentes. Há que se confiar para que possam gerenciar e bem os recursos disponíveis, mas, ao mesmo tempo, não se pode abrir mão dos mecanismos de controle."*

71. De acordo com tal flexibilidade, é legitimo que a Presidente da República procure alternativas, diante do quadro de dificuldades econômicas, para resguardar a continuidade dos programas sociais a partir de mecanismos que já haviam sido utilizados pelas administrações anteriores em procedimentos aprovados pelo Tribunal de Contas da União. Por outro lado, a edição de créditos suplementares baixados a partir da proposta de revisão a meta primária é justificada em face na necessidade de continuidade das despesas públicas, ainda que em detrimento da formação de superávits, o que sempre contou com o beneplácito do TCU e do Congresso Nacional. Não fosse assim, a Lei nº 13.199/15 não teria sido aprovada.

72. Por isso, deve-se evitar a simples subsunção dessas práticas nos dispositivos que configuram o crime de responsabilidade orçamentária, pois os riscos pela não observância de tal comportamento *sub censura*, no ano de 2015 também levariam a um quadro de grave comprometimento das finanças públicas. Por outro

17 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 685.

Câmara dos Deputados
Fl. 7409
Comissões Especiais

lado, a configuração do crime de responsabilidade não prescinde do dolo específico de violar a lei de orçamento, o que, no caso concreto, se esvai em face dos precedentes do TCU e do Congresso Nacional que admitiam tais práticas.

73. De outro lado, é preciso afastar a caracterização do crime de responsabilidade pela tomada de decisões para problemas difíceis que poderiam receber de cada um de nós, outro tratamento. Se não houvesse o adiantamento dos dispêndios sociais pelos bancos públicos é possível supor que seriam inadimplidos? Se não houvesse a modificação da meta primária, e a realocação de recursos em rubricas orçamentárias a partir da abertura de créditos suplementares, uma série de despesas legalmente autorizadas deixariam de ser pagas? Não sabemos. Mas as consequências dessas medidas são de responsabilidade da Presidente da República, que, em um juízo que lhe cabe, juntamente com o Congresso Nacional, de forma certa ou errada do ponto de vista político ou econômico, adotou iniciativas para prevenir esses riscos. Porém, é forçoso reconhecer que tais medidas encontraram amparo jurídico em precedentes adotados pelo TCU e pelo Congresso Nacional.

74. Cumpre ressaltar ainda que a decisão do Presidente da Mesa não aponta qualquer traço ou indício de favorecimento pessoal, ou de terceiros, nas condutas imputadas à Presidente da República, o que também dificulta sobremaneira a caracterização do crime de responsabilidade.

75. Tais cuidados no exame da admissibilidade e julgamento do processo de impeachment devem ser tomados para que não se possa, por meio de uma tecnicalidade contábil comum na gestão pública nacional, anular a manifestação de vontade do povo brasileiro nas urnas.

VII. AS CONCLUSÕES

76. Diante de todo o exposto, pode-se concluir que:

Câmara dos Deputados
Fl. 741
Comissões Especiais

a) as chamadas pedaladas fiscais, assim entendidas como o atraso do repasse para o adimplemento dos benefícios sociais pelos bancos públicos, a partir do fluxo de caixa para o suprimento de fundos estabelecidos no âmbito a relação de prestação de serviços dessas instituições financeiras e a União, não se traduzem em operações financeiras, não se enquadrando, portanto, na vedação prevista no artigo 36 da LRF;

b) a violação da LRF não se confunde com a violação da lei orçamentária como permissivo para a abertura do processo de impeachment, não havendo na Constituição e na Lei nº 1.079/50 qualquer previsão de crime de responsabilidade consistente na violação da lei de responsabilidade fiscal;

c) não há no art. 10 da Lei nº 1.079/50 a descrição de qualquer conduta a que, em tese, se pudessem subsumir os fatos narrados no Parecer do TCU, da denúncia dos juristas ou na decisão do Presidente da Câmara dos Deputados;

d) não há possibilidade de processar a Presidente da República por condutas supostamente praticadas antes do início do seu mandato, que se iniciou em 01/01/15; por isso, os fatos descritos no Parecer Prévio do TCU no Processo TC nº 005.335/2015.9, que sugeriu a rejeição das contas da Presidência da República em 2014, não se prestam para o processamento do processo de impeachment;

e) a abertura de créditos suplementares foi autorizada pelo artigo 4º da Lei Orçamentária Anual de 2015, com a alteração da meta primária levada a efeito pela Lei nº 13.199/15, não havendo que se falar em abertura de créditos sem previsão legal;

f) os procedimentos imputados à Presidente Dilma Rousseff no ano de 2015 são amparados pela jurisprudência do TCU estabelecida até 2014, em posicionamentos aprovados pelo Congresso Nacional;

Câmara dos Deputados
Fl. 7411
Comissões Especiais

g) a modificação dos critérios de interpretação das leis financeiras e dos fatos pelo TCU e pelo Congresso Nacional devem ter efeitos prospectivos, sob pena de violar a proteção à confiança legítima, a segurança jurídica e a democracia;

h) não é qualquer violação à lei de orçamento que pode ensejar a caracterização de crime de responsabilidade, devendo os princípios orçamentários serem ponderados com outros, como o da continuidade do serviço público e com a previsão de riscos de bancarrota estatal;

i) não há razões jurídicas para a admissibilidade de processo para a apuração de crime de responsabilidade da Presidente Dilma Rousseff a partir do pedido formulado por Miguel Reale Jr., Hélio Bicudo e Janaina Paschoal, e que foi recebido pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

É como nos parece.

Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 2015.

RICARDO LODI RIBEIRO

Câmara dos Deputados
Fl. 7412
Comissão Especiais

Parecer

Rosa Cardoso

Câmara dos Deputados
Fl. 7413
Comissões

PARECER

A Consulta

O presente Parecer visa atender consulta formulada pela Coordenação Jurídica da Campanha da Presidente Dilma Roussef à Reeleição relativamente a questões criminais relacionadas aos pedidos de *impeachment* apresentados à Câmara dos Deputados e enunciada nos seguintes termos:

1 - Que acusações fundamentaram os pedidos de *impeachment* arguidos em relação à Presidente da República e qual a natureza jurídica do instituto em questão?

2 - Que condutas da Presidente estão sendo apontadas como penalmente relevantes?

3 - Existe base legal, doutrinária e jurisprudencial, para a criminalização?

Respondemos

1 - Acusações que estão fundamentando o *Impeachment* e sua natureza jurídica

O *impeachment* – e sobretudo o de um(a) Presidente da República - é uma medida política gravíssima porque atinge não só quem a sofre mas afeta toda a composição e ação do Governo, seus Ministérios, Assessorias, Cargos de

Câmara dos Deputados
Fl. 7413 - A
Comissões Especiais

Confiança de diferentes escalões, Políticas Públicas estabelecidas, relações com os Governos dos Estados da Federação, com Governos Estrangeiros etc.

É, assim, uma medida necessariamente desorganizadora da estabilidade política e institucional, com evidentes reflexos para a economia, o emprego e a renda. Se "o que está em jogo" é a manutenção da ordem social e a segurança dos negócios, como enfatizam os arautos do *impeachment*, a mudança de signo político dos governos, pela via das eleições, com todos os seus inconvenientes e imprevisibilidades, é sem dúvida a que apresenta melhor custo/benefício [1].

Na atualidade, os fatos a partir dos quais as propostas de *impeachment* vêm sendo construídas no país, referem-se, primordialmente, em sua enunciação, a diferentes concepções ou entendimentos sobre conceitos e institutos utilizados no campo da elaboração e da execução orçamentária.

É certo que os artífices do *impeachment*, em suas primeiras aproximações da questão, ensaiaram acusações de outra natureza. À época, as diferentes interpretações relativas ao problema orçamentário não justificavam, como ainda não justificam, o *impeachment*. Associaram, então, condutas da Presidente à improbidade na administração.

Invocaram, naquele momento, os itens 3 e 7 do art. 9º da Lei 1.079/50, afirmando que a Presidente não tornara objetiva a responsabilidade de seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais e não procedera de modo compatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

[1] Não é por outra razão que os principais representantes do empresariado nacional, incluindo os da área financeira, confederações da indústria e do comércio, as principais centrais sindicais não querem hoje o *impeachment*.

Câmara dos Deputados
Fl. 7414
Comissões Especiais

As acusações de que praticara deliberadamente estas condutas não se tornaram críveis na oportunidade. Acusaram, então, a Presidente de realizá-las culposamente, ou seja, de não haver adotado os cuidados devidos na gestão do problema. A Presidente fora, então, negligente, imprudente, incompetente.

Exposta assim a acusação, ela não funcionou. Foi até desmentida pelos operadores jurídicos que se associaram, posteriormente, à construção do "experimento".

Visualizou-se, por isso, a possibilidade de transformar em crimes de responsabilidade da Presidente o uso divergente de conceitos e interpretações sobre matéria orçamentária, concretizados em ações e decisões governamentais, a partir do momento em que o Tribunal de Contas da União-TCU rejeitou a prestação de contas do governo. Os instrumentos em que as acusações contra o governo apareceram inscritas foram inicialmente o Parecer/denúncia do Ministério Público, que atuou sobre a questão junto ao TCU, e o Relatório feito por auditores da instituição a seu respeito.

Quanto às normas jurídicas adotadas para enquadrar estas acusações, como se antecipou, são as que tratam dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, no plano constitucional e infraconstitucional, neste caso a Lei 1.079/1050.

Como se sabe há poucos estudos sistemáticos sobre a Lei 1.079/1050 e algumas críticas impiedosas sobre a confusão e vagueza de seus conceitos.[2] É

[2] Pergunta-se, por exemplo, já sabendo que a lei não responde: "pode o presidente ser responsabilizado por "crimes" ocorridos em mandato já extinto? O pedido de impeachment admite aditamento? Uma mera opinião do Ministério Público sobre "pedaladas", opinião não analisada pelo TCU nem convalidada pelo Congresso, é suficiente para tirar um partido do governo? As contas de Dilma em 2014, rejeitadas

Câmara dos Deputados
Fl. 7914-A
Comissões Especiais

nela, entretanto, e não no Código Penal, na Lei da Responsabilidade Fiscal – LRF ou na Lei da Improbidade Administrativa que vamos encontrar tipificados os crimes de responsabilidade atribuíveis à Presidente da República.

Relativamente à norma constitucional que estabelece, genericamente, os fatos correspondentes como crimes, isto é, o artigo 85, seus incisos, e o parágrafo único da Constituição Federal, trata-se de norma de eficácia limitada, sendo integrada pela mencionada Lei nº 1.079/50. Aliás, é o que dispõe o próprio parágrafo único do artigo 85 ao dizer *que estes crimes serão definidos em lei especial.*

A despeito de o *impeachment* ocorrer mediante um processo político-administrativo, que se desenvolve na Câmara dos Deputados e no Senado, ser punido com a perda do mandato e a suspensão dos direitos políticos por 8 anos – ou seja, nele não se recorre às sanções típicas do direito penal, que são a privação da liberdade, a multa e, modernamente, as penas restritivas de direitos – o legislador quis tipificar a matéria como crime. Deste modo, seu procedimento tem regras precisas, que devem ser cumpridas e, principalmente, os fatos são caracterizados como crimes a partir dos conceitos e das garantias criados no âmbito do Direito Penal e de sua doutrina ou dogmática.

Certamente os parlamentares que deliberarão sobre o processo de *impeachment* não necessitam utilizar em suas intervenções uma precisa argumentação jurídico-criminal. Entretanto, os conceitos gerais e específicos, balizadores da

---

(corretamente) pelo TCU, mas ainda não apreciadas pelo Congresso Nacional, como manda a Constituição Federal constituem base jurídica para o impeachment? Tudo pode ser questionado juridicamente." Luiz Flávio Gomes, "*Lei do Impeachment, liminares e o querido abismo chamado Brasil*", www.catve.com/noticia/4/130884.

Câmara dos Deputados
Fl. 7415
Comissões Especiais

definição dos crimes atribuídos à Presidente não poderão ser ignorados no acolhimento de um processo de *impeachment,* e de seu desdobramento na Câmara e no Senado. É com esta fundamentação, feita de modo mais ou menos adequado, do ponto de vista técnico, que os pedidos têm sido apresentados.

Estamos, assim, a dizer que, entre outras questões, os fatos atribuídos à Presidente devem ser avaliados indagando-se se são típicos, antijurídicos e culpáveis. Os crimes de responsabilidade da Presidente da República têm uma natureza híbrida – política, administrativa e criminal – onde esta última dimensão, com as suas respectivas garantias, não pode ser desconhecida e negada.

2 - Condutas da Presidente que estão sendo Criminalizadas

A despeito de a cruzada pelo impedimento da Presidente da República adotar a estratégia do "*se colar, colou*" os fatos mais divulgados e associados a normas constitucionais e correspondentes tipos da legislação infraconstitucional, que pune os crimes de responsabilidade de agentes públicos, são as designadas *pedaladas fiscais*, e a criação de créditos suplementares, nos anos de 2014 e 2015, mediante decretos irregulares e incompatíveis com a meta do resultado primário adotado.

Por *pedaladas fiscais* tem-se entendido (a despeito da contestação governamental) práticas do Tesouro Nacional, por meio das quais o Governo atrasa, deliberadamente, repasses de recursos a bancos públicos, privados e autarquias – como a CEF, o BB, o BNDES, o INSS – e depois não as inscreve na prestação de contas como empréstimos tomados àquelas instituições. Neste sentido, estas práticas não foram registradas no rol dos

Câmara dos Deputados
Fl. 7415-A
Comissões Especiais

passivos da União na Dívida Líquida do Setor Público. Melhorava-se, assim, artificialmente, o resultado das contas públicas. Estas práticas do governo apoiavam-se em seu entendimento de que não se encontrava realizando operações de crédito.

Em diferentes programas sociais sob execução – Bolsa Família, Minha Casa Minha Vida, Seguro Desemprego, Abono Salarial – ou frente a subsídios – como são as equalizações de taxa de juros no Programa de Sustentação do Investimento - PSI o governo entendia que, ainda quando fazia repasses atrasados às instituições operadoras dos mencionados programas, não estava fazendo uma operação de crédito, ou um empréstimo proibido pelas normas orçamentárias, mas operações enquadráveis em outras normas e conceitos.

Três (3) exemplos em que se confrontam distintas interpretações

1º) O caso mais destacado como configurador da pedalada fiscal – aquele em que o Ministério Público que atuou junto ao Tribunal de Contas da União identificou crime de responsabilidade fiscal- refere-se a pagamentos feitos pela Caixa Econômica Federal.

Neste caso o Governo/AGU entende que existe um Contrato de Prestação de Serviços com a CEF, o qual assegura que a Caixa realize um conjunto de serviços para a União relacionados ao pagamento de benefícios sociais (seguro desemprego, abono salarial etc). Para fazê-lo adequadamente o contrato prevê uma "conta suprimento", que sendo positiva remunera o governo, e sendo negativa remunera a Caixa. Constata-se que na hipótese há incidência de juros, mas seguindo o estabelecido pelo Código Civil, o Governo considera que a situação subsume-se a uma prestação de serviços, regulada por um contrato correspondente. O TCU, diversamente, entende que há na hipótese uma operação de crédito, a qual associa variadas consequências.

Câmara dos Deputados
Fl. 7416
Comissões Especiais

2º) Outro caso que o Governo considera não haver uma operação de crédito é o da Equalização de Taxa de Juros, que ocorre, por exemplo, no Programa de Sustentação de Investimentos – PSI/BNDES. Na hipótese, a equalização é um subsídio do governo ao tomador de um empréstimo. Enquanto o empréstimo se realiza o governo "cobre" a diferença dos juros que o tomador paga e o verdadeiro custo da linha de crédito para o Banco. Segundo a legislação bancária adotada pelo governo a metodologia de pagamento de equalizações de taxa de juros não constitui operação de crédito. O TCU entende, contudo, em oposição ao governo, que aqui há uma operação de crédito.

3º) Também no Adiantamento do FGTS para Execução do programa Minha Casa Minha Vida (MCMV) há divergência entre o governo e o TCU. A propósito a Lei nº 11.977/2009 autoriza que os valores das subvenções da Faixa 2 do MCMV, devidos pela União, sejam cobertos por recursos do FGTS. O uso do FGTS é, contudo, apenas uma forma de operacionalizar o programa. O ressarcimento posterior que lhe é feito não muda a natureza da despesa de subvenção aos beneficiários do programa. Segundo o governo não há operação de crédito e, portanto, inexiste irregularidade na execução orçamentária. O TCU entende, entretanto, que o adiantamento do FGTS é uma operação de crédito e assim deveria ser contabilizada no orçamento.

Relativamente a como estas operações vão aparecer na prestação de contas do Governo e, assim, influenciar na relação entre Dívida Líquida do Setor Público e Resultado Primário (BB, BNDES, FGTS), desde o ano 2000 o Governo vem informando nas mensagens de encaminhamento das Leis Orçamentárias Anuais que seu resultado será apurado com a metodologia adotada pelo Banco Central, a partir de 1991. Isto porque até hoje o Senado Federal não editou a norma prevista pela Lei de Responsabilidade Fiscal,

Câmara dos Deputados
Fl. 7916-A
Comissões Especiais

promulgada naquele mesmo ano 2000, determinando a metodologia a ser seguida.

As operações que foram questionadas pelo TCU nunca foram consideradas e inscritas na Dívida Líquida do Setor Público, nem no resultado primário, porque o Governo entendia que não constituíam operações de crédito. Em todos estes casos, insista-se, o Governo atuou levando em conta precedentes de admissão das mesmas práticas pelo TCU, conforme demonstrou na defesa feita pela AGU.

De todo modo, a partir das divergências expostas, e com referência às *pedaladas fiscais*, os artífices do *impeachment* passaram a entender que a Presidente praticou os crimes previstos nos artigos 10, itens 6, 7, 8, e 9 da Lei 1.709/1950, com o respaldo do art. 85, item VI, da Constituição Federal e do art. 4°, item VI, da mesma Lei 1.709/1950. [3]

---

[3] **Constituição Federal**
Art. 85 São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
.....
VI - a lei orçamentária;

Lei 1.079/1950
Art. 4° São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:
.....
VI - A lei orçamentária;
.....
Art. 10 São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:
.....
6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; (Incluído pela Lei n° 10.028, de 2000)

7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; (Incluído pela Lei n° 10.028, de 2000)

8) deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro; (Incluído pela Lei n° 10.028, de 2000)

9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de

Câmara dos Deputados
Fl. 7417
Comissão Especial

O segundo conjunto de condutas especialmente enfocadas pelos defensores do *impeachment* refere-se à abertura de créditos suplementares, entre novembro e dezembro de 2014, que teriam sido repetidos em 2015, mediante decretos irregulares, incompatíveis com a obtenção da meta de resultado primário então vigente, em desacordo com a Lei Orçamentária Anual - LOA de 2014, com a Constituição Federal e com a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF.

As condutas mencionadas referem-se a situações em que o Governo Federal identificou drástica redução do ritmo de crescimento da economia brasileira, que afetou as receitas orçamentárias. Precisou, por isso, garantir espaço fiscal adicional para despesas obrigatórias e investimentos prioritários.

Constatando que não poderia realizar a meta de superávit primário, consolidado na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, o Governo propôs a revisão da meta fiscal originalmente definida. Esta revisão foi viabilizada mediante Projeto de Lei - PLN, enviado ao Congresso Nacional, designadamente à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização–CMO. Aprovados estes projetos em 2014 e 2015, e baseando-se em antecedentes no âmbito do TCU, ocorridos em 2002 e 2009, o governo, sem fazer contingenciamento de despesas, autorizou a abertura de créditos suplementares.

Em relação a 2014 o TCU questionou a ausência de contingenciamento de despesas discricionárias da União no montante de pelo menos vinte e oito milhões e meio de reais, no mês de novembro de 2014.

---

novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000).



Sabendo que a meta do superávit primário precisaria ser reduzida em dezembro, pois houve grande queda da atividade econômica, o governo considerou que o anúncio de mudanças bruscas na política fiscal teria um impacto negativo sobre as atividades econômicas. O TCU, contudo, entendeu que deveria ter havido contingenciamento no final de novembro, e que a decisão deveria ser revertida duas semanas depois.

Explicitando a situação em que o Governo se encontrava frente à necessidade do país a Mensagem ao Congresso do PLN 05, de 2015, afirma:

"*De outro lado, há limitado espaço para medidas de limitação de empenho e de movimentação financeira, sem que se ocasione acentuado prejuízo à continuidade de inúmeras ações essenciais em curso, cujo sobrestamento, em uma análise de custo-benefício, implicaria maiores consequências para a sociedade*".

Sendo assim e tendo em vista os antecedentes a que nos referimos, o Governo, outra vez, e ainda antes do julgamento de suas contas pelo TCU, autorizou créditos suplementares.

Por estes fatos os defensores do *impeachment* consideraram que houve infringência da Lei 1.070/1950, art. 10, inciso 4 e 6 e art. 11, incisos 2 e 3, com o respaldo constitucional antes mencionado.[4]

---

[4] "Art. 10. São crimes de Responsabilidade contra a lei orçamentária:
4) Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária;
.....
6) Ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal"

"Art. 11. São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos:
1 - .....
2 - Abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais;
3 - Contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal;"

Câmara dos Deputados
Fl. 74/18
Comissões Especiais

3 - Não existe base para a criminalização da Presidente: Ausência de Tipicidade Subjetiva e Estado de Necessidade

Os fatos atribuídos à Presidente, para serem considerados criminosos precisam ser típicos, antijurídicos e culpáveis. E esta tipicidade, além de objetiva, isto é, estar descrita na respectiva norma penal há de ser, também, subjetiva. Isto quer dizer que a conduta típica, além de prevista no texto da lei, deve estar orientada pelo dolo, ou ser praticada com culpa em sentido estrito, modalidades da tipicidade subjetiva. Além disso, para a realização do ilícito penal, a conduta punível não pode estar vinculada a qualquer causa de exclusão de antijuridicidade - estado de necessidade, por exemplo - ou também da culpabilidade.

Ao realizarmos uma aproximação inicial do problema, duas questões avultam, desde logo, como as mais evidentes para a descaracterização do caráter criminoso das condutas da Presidente: a ausência de tipicidade subjetiva e a da antijuridicidade dos fatos, por causa que a exclui.

Os que acompanham a discussão sobre o mundo do crime sabem que a gramática utilizada pelos operadores da lei penal chama-se *dogmática penal.* E no campo da dogmática, insista-se, um fato só é reconhecido como crime quando é *típico*, *antijurídico* e *culpável.*

Considerando o caráter introdutório deste texto não vamos discutir em seus limites o significado de todos os conceitos da dogmática envolvidos na definição de um crime. Aqui destacaremos, apenas, os conceitos mais expressivos para a compreensão de que não houve prática de fato criminoso. Enfocaremos, assim, em primeiro lugar, o campo da tipicidade subjetiva.

Câmara dos Deputados
Fl. 7918-A
Comissões Especiais

Mencionando a tipicidade subjetiva queremos nos referir a dois conceitos sem os quais ações ou resultados aparentemente criminosos não são puníveis: o dolo e a culpa *sticto sensu.* Relativamente à culpa não a analisaremos, tendo em vista que os crimes de responsabilidade, imputados à Presidente, não são puníveis a título de culpa. Crimes culposos precisam fazer referência expressa a esta modalidade, o que não acontece com os tipos invocados.

Quanto ao dolo, há diferentes teorias para conceituá-lo. De todo modo o que é fundamental captar sobre o conceito é que o dolo exige consciência e vontade de realizar os elementos do tipo. Para ser atribuído a alguém é necessário uma análise concreta do tipo que se imputa e um reconhecimento (uma avaliação de quem analisa ou julga) de que o sujeito acusado estava entendendo e querendo que ocorressem seus elementos constitutivos. Em relação, por exemplo, ao tipo abaixo transcrito, e antes citado

"*9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)*"

seria necessário comprovar que a Presidente entendia estar autorizando uma operação de crédito contrária à legislação e querendo autorizar uma operação proibida com um ente da federação, ou entidade da administração indireta. Se a Presidente entendia que os repasses feitos caracterizavam um outro tipo de contrato, que a operação realizada não constituía uma típica operação de crédito, ou se ela supunha que o TCU vinha acolhendo a operação sem criminalizá-la, porque a entendia aceitável frente à legislação vigente, isto é, (o TCU) admitira fatos correspondentes em anos anteriores, não se pode atribuir à Presidente a prática de ação dolosa. Note-se que a

Câmara dos Deputados
Fl. 7419
Comissões Especiais

Presidente deveria ter consciência e vontade de fazer a operação proibida ao tempo em que a ordenou ou autorizou, e não depois de esta haver ocorrido, ou após a decisão do TCU, quando ficou claro o novo entendimento adotado pelos Ministros acerca da questão.

Quanto à relevância que os julgadores atribuem à questão do dolo ela é incontestável. É certo que não temos precedentes significativos sobre a matéria em casos de crime de responsabilidade de Presidente da República, dada a escassa ocorrência destes eventos em nossa História. Examinando, contudo, a questão do dolo em crimes de responsabilidade de Prefeitos no país podemos ter uma ideia de como nossos Tribunais Superiores e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal avalia a questão. Vejam-se a respeito os seguintes julgados:

> "AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL QUE RESPONDE A SUPOSTO CRIME COMETIDO NA ÉPOCA EM QUE ERA PREFEITO. PROCESSO PENAL QUE TEVE SEU TRÂMITE PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E PELO JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SANTA CRUZ DO SUL. PREFEITO ELEITO DEPUTADO FEDERAL. VALIDAÇÃO PELO RELATOR DA AÇÃO PENAL DOS ATOS PRATICADOS PERANTE OS JUÍZOS INCOMPETENTES. PRECEDENTES DA CORTE. IMPUTAÇÃO DE CRIMES PREVISTOS NOS INCISOS I E II DO ARTIGO 1º DO DECRETO-LEI 201/67. CRIMES DE PECULATO DE USO. ACUSAÇÃO DE USO INDEVIDO DE LINHA TELEFÔNICA INSTALADA NA RESIDÊNCIA DO PAI DO RÉU.

Câmara dos Deputados
Fl. 7419-A
Comissões Especiais

AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DE AGIR DO RÉU. ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 386, VII DO CPP. 1- Os delitos previstos nos incisos I e II do DL 201/67 reclamam como elemento subjetivo do tipo, o dolo, cuja ausência implica a conjuração da pretensão punitiva (Precedentes). 2 - *In casu,* instalação de linhas telefônicas em comunidades rurais no Rio Grande do Sul em residências particulares para uso público era medida adotada pela Prefeitura para amenizar o problema de comunicação na região, desde 1986. 3 - Dinâmica narrada nos autos que demonstra a possibilidade de cobrança dos valores gastos individualmente de cada usuário do telefone público instalado nas residências particulares. Ausência do pagamento do telefone da residência do pai do Prefeito que, por si só, não demonstra o dolo de uso pessoal de bem público. 4 - Sob o ângulo prática, forçoso destacar que: a) O telefone instalado no Armazém do pai do Prefeito - servia também de sua residência - desde 1986 e que teve alteração de linha em 1997. b) O denunciante narra que ao telefonar para o referido número para comprovar o uso particular de bem público foi atendido com a identificação do Armazém de propriedade do pai do denunciado. 5 - O dolo de agir, in casu, consiste intenção consciente de usar o bem público para proveito particular. Ausência de provas do elemento subjetivo porquanto o telefone que havia sido instalado em 1986 teve a sua linha trocada em 1997, sendo certo que as ligações indevidas não podem ser imputadas diretamente ao réu ou algum familiar seu e com a sua ciência. 6 - A

Câmara dos Deputados
Fl. 7420
Comissões Especiais

competência *rationae personae* não invalida o processo nas hipóteses em que o juízo competente, ao assumir os autos, ainda inconclusos, ratifica todos os atos praticados (cf. HC 101-814-PE e INQ 2245/MG) 7 - Aplicação do disposto no artigo 386, VII do CPP ante a ausência de provas quanto ao dolo de agir do réu. Dúvida que deve sempre favorecer o réu. Improcedência da ação penal" (STF, AP 416, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, Acórdão Eletrônico DJe-118-15/06/2012; Data de Publicação: 18/06/2012) –grifos nossos.

"PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MP - PREFEITO - CRIME DE RESPONSABILIDADE - AUSÊNCIA DE DOLO - ARQUIVAMENTO PROPOSTO PELA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA - Ocorrência: O crime de responsabilidade exige o dolo do agente. Ausente referido elemento subjetivo, a conduta torna-se atípica. Pedido de arquivamento homologado" (TJ-SP - Procedimento Investigatório do MP 990103214013 SP, Data de Publicação: 16/09/2010)-grifos nossos.

Quanto à segunda questão, ou seja, a licitude da conduta, em razão da ocorrência de causa que exclui a antijuridicidade, recorde-se que toda ilicitude no campo penal corresponde à ausência de justificação legal para a prática de uma ação típica.

Em outras palavras: como a ilicitude é a relação de contrariedade entre um fato e o ordenamento jurídico, concebido como um todo, ela não existe

Câmara dos Deputados
Fl. 7420 - A
Comissões Especiais

quando ocorre uma causa de justificação para a ação. O artigo 23 de nosso Código Penal prevê quatro excludentes de ilicitude: a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito.

No presente caso a excludente que se destaca no sentido de tornar lícitas condutas apontadas como crimes de responsabilidade da Presidente da Republica é o estado de necessidade. Esta excludente, prevista no artigo 24 do código mencionado, possui os seguintes requisitos: a existência de um perigo atual e inevitável, justificando a ação necessária; que o perigo não haja sido provocado pelo agente e que ele não tenha o dever legal de enfrentá-lo; que não seja exigível o sacrifício do bem ameaçado; que a situação evidencie a ameaça de direito próprio ou alheio.

Nas condutas relativas à abertura de créditos suplementares, mediante decretos irregulares, incompatíveis com a obtenção da meta de resultado primário então vigente a pertinência de invocar-se este tipo de excludente é clara. Aliás, ela é expressamente declarada no texto de uma mensagem anteriormente citada. Isto ocorre ao afirmar-se:

"*De outro lado, há limitado espaço para medidas de limitação de empenho e de movimentação financeira, sem que se ocasione acentuado prejuízo à continuidade de inúmeras ações essenciais em curso, cujo sobrestamento, em uma análise de custo-benefício, implicaria maiores consequências para a sociedade*" (Mensagem ao Congresso do PLN 05, de 2015, grifos nossos).

Neste caso, como em outros semelhantes, existe a enunciação de um perigo atual e inevitável, isto é, a descontinuação de ações essenciais em curso, sendo o perigo provocado pela crise econômica que atingiu o país, e por seu

Câmara dos Deputados
Fl. 7421
Comissões Especiais

impacto nos investimentos e na arrecadação. Na oportunidade, não se revelava exigível o sobrestamento das ações mencionadas, as quais se fossem suspensas implicariam em nefastas consequências para a sociedade ou, especificamente, para terceiros.

Também neste caso não temos precedentes jurisprudenciais que invoquem o estado de necessidade em crimes de responsabilidade de Presidente da República. Visando uma aproximação da questão é possível ver o uso do conceito em outros crimes, como o citado abaixo, ou em crimes de apropriação de contribuição previdenciária. Note-se, entretanto, que nestes últimos crimes, em sua maioria, os julgadores têm preferido invocar em vez do estado de necessidade a situação de necessidade, que exclui a culpabilidade por inexibilidade de outra conduta do agente, nas circunstâncias dadas.

> "PROCESSO CRIME. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PREFEITO MUNICIPAL. ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DE MANDATO (ART. 359-C DO CP). PRETENSO ACOLHIMENTO DE TESE PRELIMINAR LEVANTADA APENAS NA SUSTENTAÇÃO ORAL EM PLENÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. MATÉRIA NÃO ARTICULADA ANTERIORMENTE. PRECEDENTES DESTA CORTE. NÃO CONHECIMENTO. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS. DECRETAÇÃO DE SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA POR CATÁSTROFES OCORRIDAS POR FORÇA DA NATUREZA. NECESSIDADE IMEDIATA DE CONCESSÃO DE SUBSÍDIOS À POPULAÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE E

Câmara dos Deputados
Fl. 7921-A
Comissões Especiais

ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE IMPERATIVA. ABSOLVIÇÃO. EXEGESE DO ART. 386, VI, DO CPP C/C ARTS. 23, I E III E 24, CAPUT, AMBOS DO CP. DENÚNCIA JULGADA IMPROCEDENTE. Inviável a condenação do acusado no delito previsto no art. 359-C do CP quando em benefício da coletividade, afetada por uma catástrofe da natureza, causa prejuízos as finanças públicas, pois ainda que haja tipicidade na conduta do agente, vê-se que agiu em busca do interesse público, comportamento imprescindível para aquele que exerce o cargo de chefe da administração pública municipal. Exclusão de responsabilidade: Alerta Misabel Abreu Machado Derzi, tratando da norma limitadora da contratação de obrigação nos últimos quadrimestres do mandato (art. 42, LRF), que o dispositivo, não obstante, não atinge as novas despesas contraídas no primeiro quadrimestre do último ano do mandato, ainda que de duração continuada superior ao exercício financeiro. Também não deverá alcançar outras despesas contraídas no final do exercício para socorrer calamidade pública ou extraordinárias para atender a urgências necessárias (Comentários à lei de responsabilidade fiscal, p. 310). É preciso acrescentar, ainda, ser possível aplicar ao contexto dos crimes previstos neste capítulo as regras gerais de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. **Assim, pode ocorrer hipótese de estado de necessidade ou mesmo de inexigibilidade de conduta diversa, a justificar gasto realizado ao arrepio da Lei de**

Câmara dos Deputados
Fl. 7422
Comissão Especiais

> **Responsabilidade Fiscal.** A situação, embora típica, não será considerada penalmente ilícita ou culpável, conforme o caso (NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1192)" (TJ-SC - PC: 62351 SC 2009.006235-1, Relator: Marli Mosimann Vargas, Data de Julgamento: 20/10/2009, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo Crime n. , de Catanduvas).

Pelas razões expostas, concluímos que a base legal do pedido de *impeachment* da Presidente, analisado à luz de nossa doutrina e jurisprudência penais, não tem consistência.

Câmara dos Deputados
Fl. 7423
Comissões Especiais

CÂMARA DOS DEPUTADOS

COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A DAR PARECER SOBRE A DENÚNCIA CONTRA A SENHORA PRESIDENTE DA REPÚBLICA POR CRIME DE RESPONSABILIDADE, OFERECIDA PELOS SENHORES HÉLIO PEREIRA BICUDO, MIGUEL REALE JÚNIOR E JANAÍNA CONCEIÇÃO PASCHOAL

DENÚNCIA POR CRIME DE RESPONSABILIDADE N. 1/2015

Volume 20

TERMO DE ENCERRAMENTO DE VOLUME

Aos oito dias do mês de abril do ano de dois mil e dezesseis, em Brasília, Distrito Federal, na Secretaria das Comissões Especiais da Câmara dos Deputados, certifico, para os devidos fins, que este volume de número **20 (vinte)**, com folhas numeradas de 6899 a 7423, pertencente à **Denúncia por Crime de Responsabilidade n. 1/2015**, apresentada por Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaína Conceição Paschoal, em desfavor da Excelentíssima Senhora Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, tem seguimento no volume 21 (vinte e um). E, para constar, eu, ..., Claudia Maria Borges Matias, Secretária-Executiva da Comissão Especial, lavro e subscrevo a presente autuação.

Neste volume constam as páginas 7286-A, 7287-A, 7288-A, 7289-A, 7290-A, 7291-A, 7292-A, 7293-A, 7294-A, 7295-A, 7296-A, 7297-A, 7298-A, 7299-A, 7300-A, 7301-A, 7302-A, 7303-A, 7304-A, 7305-A, 7306-A, 7307-A, 7308-A, 7309-A, 7310-A, 7311-A, 7312-A, 7313-V, 7313-A, 7313-A-V, 7314-V, 7314-A, 7314-A-V, 7315-A, 7316-A, 7317-A, 7318-A, 7319-A, 7320-A, 7329-A, 7330-A, 7331-A, 7332-A, 7333-A, 7334-A, 7335-A, 7336-A, 7337-A, 7338-A, 7339-A, 7340-A, 7341-A, 7342-A, 7343-A, 7344-A, 7345-A, 7346-A, 7347-A, 7348-A, 7349-A, 7413-A, 7414-A, 7415-A, 7416-A, 7417-A, 7418-A, 7419-A, 7420-A e 7421-A.