

JMPMG
JURÍDICO
Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Edição Patrimônio Público • 2014
ISSN 1809-8673

Mala Direta
Postal
9912297003/2012-DR/MG
PGJ
CORREIOS



EM DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Carlos André Mariani Bittencourt
Procurador-Geral de Justiça

Luiz Antônio Sasdelli Prudente
Corregedor-Geral do Ministério Público

Ruth Lies Scholte Carvalho
Ouvidora do Ministério Público

Waldemar Antônio de Arimatéia
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Mauro Flávio Ferreira Brandão
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Geraldo Flávio Vasques
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Paulo de Tarso Morais Filho
Chefe de Gabinete

Élida de Freitas Rezende
Secretária-Geral

Simone Maria Lima Santos
Diretora-Geral

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Luciano Luz Badini Martins
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Fernando Rodrigues Martins
Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Danielle de Guimarães Germano Arlé
Assessora Especial do Procurador-Geral de Justiça junto ao CEAF

Tereza Cristina Santos Barreiro
Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento

Alessandra de Souza Santos
Diretora de Produção Editorial

FICHA TÉCNICA

Editoração: Alessandra de Souza Santos

Transcrição: Steno do Brasil

Tratamento de Transcrição: Marilda Mendes da Silva (estágio supervisionado)
Alessandra de Souza Santos

Revisão: Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
Renato Felipe de Oliveira Romano
Marilda Mendes da Silva (estágio supervisionado)

Projeto gráfico: João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Assis Meireles (estágio supervisionado)

Diagramação: João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Assis Meireles (estágio supervisionado)

Fotografias: Freeimages.com
Foto Capa : Freeimages.com

Produzido, editorado e diagramado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CEAF) em dezembro de 2014.

COLABORADORES

PALESTRANTES DO SIMPÓSIO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

DANILO FONTENELLE SAMPAIO CUNHA

Doutorando em Sociologia do Direito, em Coimbra, Portugal, e em Filosofia do Direito pela PUC São Paulo; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; MBA em Administração da Justiça pela Fundação Getúlio Vargas; especialista em Criminologia e Direito Penitenciário e em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará; em Direito Penal, Direito Processual e Direito Sanitário pela Universidade de Brasília; em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense; e especialista também em Educação Emocional e Ecologia Humana pela Universidade Estadual do Ceará.

DIONÍSIO CARVALLHÊDO BARBOSA

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará e Ciências da Computação pela Universidade Estadual do Ceará. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e Chefe do Escritório de Corregedoria da Receita Federal em Fortaleza.

EMERSON GARCIA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro; pós-doutorando e doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa; especialista em *Education Law and Policy* pela European Association for *Education Law and Policy*, em Antuérpia, na Bélgica; especialista em Ciências Políticas Internacionais pela Universidade de Lisboa; consultor jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público; integrante da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors*, em Haia, na Holanda, e diretor da revista do Ministério Público do Rio de Janeiro.

FAUSTO MARTIN DE SANCTIS

Desembargador federal do Tribunal Regional Federal da terceira região; doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo; especialista em Processo Civil pela Universidade de Brasília; membro do conselho consultivo da *American University Washington College of Law* para programa de estudo judiciais e legais no Brasil; e integrante do corpo diretivo da escola de magistrados da Justiça Federal da terceira região, biênio 2014-2016.

COLABORADORES

NOTAS JURÍDICAS DO CAO-PP

DANIELA UCHOA

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

JOÃO LUCAS TEIXEIRA BEBE

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

KATHERINE ALZIRA AVELLÁN NEVES

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

LEONARDO DUQUE BARBABELA

Promotor de Justiça. Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Minas Gerais (CAOPP).

MARINA WEHBE BUDARUICHE DE MORAES

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

APRESENTAÇÃO

LEONARDO DUQUE BARBABELA



Fonte: Prof. Jeferson Botelho

Em sentido metafórico, poderíamos comparar o patrimônio público com o ferramental indispensável utilizado pelo lavrador para preparar a terra, cultivá-la, e assegurar a produção agrícola que garanta a satisfação das necessidades materiais de sua família. Para que nunca falte nada a sua família, o ferramental do lavrador deve estar sempre em perfeito estado de conservação.

Assim como o lavrador, um Estado organizado sobre os pilares fundamentais da Democracia e da República, para realizar sua finalidade essencial de distribuição do bem comum a toda sociedade, também reclama uma “ferramenta” imprescindível absolutamente íntegra e conservada, livre de qualquer risco de dilapidação ou malbaratamento. Esta “ferramenta” é o que chamamos de “patrimônio público”, definido pela Lei da Ação Popular como o conjunto dos “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” da União, Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65).

4 • MPMG Jurídico

Devido à magnitude de sua importância, o patrimônio público deverá ser bem conservado, bem guardado e bem protegido, a fim de que possa estar permanentemente à disposição do Estado para o exercício das atividades destinadas à garantia dos interesses mais elevados da sociedade.

Com essa ideia em mente, ou seja, a compreensão exata da importância do patrimônio público como instrumento de viabilização das funções do Estado em prol da sociedade e do bem comum, publicamos esta edição especial da *MP Jurídico*, a revista do Ministério Público de Minas Gerais, totalmente dedicada à matéria do patrimônio público.

A vigente Carta Magna, ao elevar o Ministério Público ao status de Poder Constituído, cominou-lhe, entre as mais diversas e graves atribuições, a honrosa competência para atuar na tutela do patrimônio público, exatamente pela relevância que este instituto representa para a consecução dos fins do Estado.

O patrimônio público é um só, mas as formas de malversação dele são incontáveis, razão pela qual deve estar diuturnamente protegido contra os ataques daqueles, agentes públicos ou não, que confundem a coisa pública com o próprio patrimônio privado. É o flagelo da corrupção, que, como uma epidemia desenfreada, vem assolando o nosso país. Diariamente são revelados pela imprensa os mais duros atos de assalto contra o patrimônio público, que na verdade deve ser entendido por “patrimônio do povo”, pois é ao povo que ele pertence e é ao povo que ele se destina. Os reflexos negativos da corrupção atingem a sociedade em cheio, prejudicando o atendimento dos interesses e dos direitos mais elementares do cidadão, ainda que expressamente salvaguardados pela Constituição, como o direito à saúde, à educação e à segurança pública.

A corrupção que ameaça o patrimônio público não se restringe às figuras típicas previstas no Código Penal. Ela é muito mais ampla, muito mais extensa, podendo ser considerada como toda forma de desvio, de vantagem indevida, de dilapidação da coisa pública, de mau uso da máquina pública, de parcialidade nos atos da administração, de falta de publicidade dos atos da administração, de violação do princípio da legalidade, de ineficiência administrativa, de improbidade administrativa, de afronta à moralidade administrativa e à boa-fé, de qualquer ato ilícito praticado com aparência de legalidade, de favorecimento e utilização da coisa pública para satisfação do interesse particular.

Inúmeros preceitos constitucionais e normas infraconstitucionais – a exemplo da Lei da Ação Popular, da Lei da Improbidade Administrativa, da Lei da Ação Civil Pública, da Lei da Responsabilidade Fiscal, da Lei da Transparência Pública, e agora a nova Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) – integram nosso ordenamento jurídico como instrumentos à disposição dos órgãos competentes para a defesa do patrimônio público.

Obviamente, todo este acervo normativo exige esforço dos operadores do Direito, em especial daqueles que atuam no Ministério Público, para que possam ser interpretados e aplicados de modo eficiente na proteção e na manutenção da integridade do patrimônio público.

E é com o intuito de contribuir para a hermenêutica de todo aquele cipoal legislativo de proteção ao patrimônio público que publicamos esta edição especial de nossa revista *MP Jurídico*.

Neste ano de 2014, o CAOPP e o GEPP organizaram um grande “Simpósio Estadual de Combate à Corrupção”, com ênfase na nova Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/13, que entrou em vigor em janeiro de 2014.

O novo diploma normativo, mais um instrumento no combate à corrupção, trouxe inovações como os acordos de leniência, as sanções comináveis às pessoas jurídicas, a responsabilidade objetiva e a dissolução compulsória das pessoas jurídicas fornecedoras de bens e serviços para a administração quando envolvidas em fraudes, entre muitos outros novos institutos.

Para expor as primeiras considerações sobre o novo diploma normativo, o Dr. Emerson Garcia, Promotor de Justiça do Rio de Janeiro, doutrinador e professor, abriu o simpósio com a apresentação do painel “Aspectos da Nova Lei Anticorrupção –

Lei nº 12.846/13”, cuja íntegra ilustra esta edição especial de nossa revista, juntamente com outros notáveis painéis muito bem expostos por seus respectivos palestrantes naquele grande evento.

O CAOPP também contribuiu diretamente com esta edição especial, ao trazer para publicação algumas de suas “notas jurídicas”, que são teses jurídicas elaboradas de ofício ou por solicitação dos órgãos de execução, nas quais é externado o posicionamento da coordenadoria sobre temas específicos ligados ao patrimônio público.

O CAOPP já produziu dezenas de “notas jurídicas” e outras consultas solicitadas pelas curadorias do patrimônio público de todas as Comarcas, cujas íntegras se encontram em nossa página, na *intranet*¹ do Ministério Público. Dentre elas foram destacadas as que ora publicamos, devido à sua relevância e atualidade, constituindo, ao nosso sentir, um interessante material que poderá ser empregado como referência na formação de convicção por parte dos operadores do Direito, em especial dos integrantes do Ministério Público, assim como das próprias administrações públicas.

Belo Horizonte, 3 de dezembro de 2014

Leonardo Duque Barbabela
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPP

1 <https://intranet.mpmg.mp.br/intranetmpmg/atividade-fim/defesa-do-cidadao/patrimonio-publico/material-de-apoio/>

SUMÁRIO

PALESTRA	
- Aspectos da nova lei anticorrupção _____	08
Emerson Garcia	
PAINEL	
- Combate ao crime organizado no patrimônio público _____	18
Danilo Fontenelle Sampaio Cunha _____	27
Fausto Martin De Sanctis _____	
OFICINA	
- Evolução patrimonial de agentes públicos (art. 9º, VII, LIA) _____	33
Dionísio Carvallhêdo Barbosa	
NOTAS TÉCNICAS	
- Vinculação das provas ao conteúdo programático do concurso público _____	46
Katherine Alzira Avellán Neves	
Leonardo Duque Barbarela	
- Contratação de show artístico pela administração pública _____	49
João Lucas Teixeira Bebe	
Leonardo Duque Barbarela	
- Restos a pagar: restrições impostas pela lei de responsabilidade fiscal e outras considerações _____	56
Katherine Alzira Avellán Neves	
Leonardo Duque Barbabela	
- Contratação decorrente de dispensa indevida de licitação: obrigação de ressarcir lucro real ou estimado obtido pela contratada _____	62
João Lucas Teixeira Bebe	
Leonardo Duque Barbarela	
- Consórcios públicos: obrigatoriedade de licitação prévia para celebração de contratos e outros aspectos _____	66
Daniela Uchoa	
Leonardo Duque Barbarela	
- A formação de ensino superior de educação como requisito para investidura em cargo em comissão _____	68
Katherine Alzira Avellán Neves	
Leonardo Duque Barbarela	
- Representação anônima e justa causa para instauração de inquérito civil público: Requisitos _____	72
Marina Wehbe Budaruiche de Moraes	
Leonardo Duque Barbarela	

PALESTRA

ASPECTOS DA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO

EMERSON GARCIA



Fonte: Alex Lanza/MPMG

Bom dia a todos. É sempre um prazer e uma honra retornar a Minas Gerais, rever amigos e profissionais ícones da proteção ao patrimônio público brasileiro.

Vamos falar sobre a responsabilização das pessoas jurídicas e compartilhar algumas reflexões sobre a nova lei anticorrupção – a Lei 12.846/13, que entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014.

Há muitas dúvidas a respeito dessa lei e há uma percepção, ao menos minha, de uma tentativa de produção de demanda, por parte de alguns escritórios de advocacia, que propagam uma visão no mínimo distorcida da lei. Existem dezenas de microartigos, com duas, três páginas, e nenhum deles trata a lei com a devida profundidade. Até porque, quando se escreve a respeito de uma lei que acabou de ser editada, corre-se o risco do excesso ou da omissão. É preciso buscar um ponto de equilíbrio. Esta lei fará parte da nossa atuação cotidiana. Todos vamos trabalhar com ela e precisamos amadurecer as reflexões ao seu respeito.

Quando falamos em responsabilização das pessoas jurídicas, falamos de uma lei que trouxe algumas inovações para o nosso sistema jurídico – algo que não vinha sendo adotado até então. Esta lei está em vigor há pouquíssimo tempo e já surge o primeiro problema: ela pode ser aplicada? É necessário que cada ente da Federação regule essa lei? Ao menos um ente deve regulamentá-la: a União.

Para a aplicação das sanções previstas nessa lei, é necessário que sejam considerados os instrumentos internos que cada pessoa jurídica adota para tentar inviabilizar condutas lesivas à administração pública, ao patrimônio público. A administração pública se relaciona com a pessoa jurídica por meio dos agentes dessa pessoa jurídica, e esta deve zelar para que esses agentes não pratiquem ilícitos. Para tanto, adotará mecanismos de *compliance*, uma sistemática interna que busca evitar a ruptura de padrões éticos, morais, jurídicos etc. Por que esses mecanismos internos são relevantes? Porque a responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva; então, quanto mais ela se precaver, mais vai evitar condutas ilícitas. Todas as condutas que denotam a precaução da pessoa jurídica devem ser consideradas. Esses instrumentos devem ser definidos em decreto a ser editado pela Presidência da República.

Aí surge o primeiro problema: podemos ou não aplicar a lei enquanto esses instrumentos de *compliance* não estiverem regulados?

Segundo problema: há uma responsabilização administrativa; então, cada ente da Federação deve adotar uma sistemática interna para efetivá-la. É necessário que haja uma organicidade mínima das comissões internas, comissões permanentes que vão aferir os atos enquadrados nessa lei. Como constituir essas comissões? São Paulo editou um decreto; Bahia entende que não é decreto, mas, sim, lei. Eu, particularmente, entendo que essa apuração administrativa pode ser conduzida por uma comissão a partir de um ato regulamentar. Não há óbice a que o Chefe do Executivo edite um decreto constituindo a comissão e definindo parâmetros de atuação, porque o poder sancionador é outorgado a ele, autoridade máxima. Ele aplicará as respectivas sanções e não vai criar um organismo sancionador por decreto. A lei já prevê que a autoridade máxima é que sanciona, de modo que vai tão somente organizar a comissão interna. São problemas que surgem, e, como se sabe – temos experiência nisso com base na Lei de Improbidade – todo instrumento de direito sancionador vem acompanhado de uma grande resistência na aplicação das sanções. Vocês terão que enfrentar argumentos de todo tipo, como aquele de que o Ministério Público precisaria contratar advogado para propor uma ação de improbidade. Já escreveram isso e assinaram. Muitos enfrentaram isso em preliminares de ação civil pública. Absurdos vão surgir, e temos que estar preparados com argumentos para combatê-los.

A primeira inovação que destaco nessa lei é a introdução de dois sistemas de responsabilização a partir de uma unidade tipológica. A lei estabeleceu uma tipologia no seu artigo 5º: “Atos lesivos à administração pública”, e, a partir dela, estabeleceu dois sistemas de responsabilização. A pessoa jurídica que for enquadrada na tipologia do artigo 5º poderá ser responsabilizada administrativamente ou no plano cível. Essa é uma inovação na nossa ordem jurídica. Historicamente, adotamos o sistema de independência entre as instâncias; então, a partir de uma unidade factual, podemos ter uma pluralidade de instância de responsabilização. Se um funcionário público desfez um pontapé em outro, ele pode estar sujeito à responsabilização administrativa, penal, à reparação de danos etc. Enfim: um único fato, uma pluralidade de instâncias de responsabilização. Mas qual é a inovação? Na nossa ordem jurídica ainda não tínhamos uma disciplina que estruturasse uma única tipologia com dois sistemas de responsabilização na mesma lei, e esse aspecto é muito interessante.

Caso a administração diga que a pessoa não praticou o ato ilícito e o Ministério Público disser que praticou, ou vice-versa, como isso vai funcionar? Nós vamos analisar.

Outro ponto é a questão da consensualidade, o denominado acordo de leniência, um acordo prévio em que a pessoa jurídica se apresenta à administração pública e diz: *Estou praticando um ilícito e quero resolver isso, quero remediar as consequências do meu ato*. Nesse caso, ela pode ter a redução de algumas sanções e a supressão de outras. Essa medida não é nova no nosso sistema jurídico; no Direito Penal, adotamos esse tipo de acordo prévio com diversas denominações; a lavagem de dinheiro contempla isso, e temos várias aplicações para esse tipo de acordo.

Agora, esse acordo foi bem delineado na Lei 12.846? Como veremos, creio que não. Quando um acordo dessa natureza é útil? Quando a pessoa pode sofrer uma reprimenda elevada e, graças à sua conduta, amenizá-la. O problema desse acordo de leniência é que, se a pessoa jurídica se apresentar, fornecer provas e cessar a prática do ilícito, ainda assim vai sofrer reprimendas gravíssimas. É um risco que não foi devidamente calculado. No direito norte-americano, em que acordos dessa natureza são largamente utilizados, há um princípio básico que diz assim: nós faremos uma proposta que você não pode recusar, porque, se recusar, vai sofrer uma sanção dez vezes pior. Nós não observamos isso na estruturação da Lei 12.846.

O quarto ponto a que chamo atenção é o *animus*. O direito sancionador trabalha com o quê? Responsabilidade subjetiva, dolo ou culpa, medida da culpabilidade. Aqui, temos a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Já adotávamos isso no âmbito de meio ambiente e agora temos um sistema de responsabilização todo estruturado sob a ótica da responsabilidade objetiva.

A mesma lei que introduziu a responsabilidade objetiva em relação a pessoas jurídicas excepcionou terceiros que concorram para esse ato. Os terceiros, os dirigentes, serão responsabilizados na medida da sua culpabilidade. E aí também temos outro complicador. Os terceiros estarão sujeitos a essa lei ou a lei fez referência a eles por não ter coisa melhor para fazer – porque muitos estão dizendo que

a lei não se aplica a pessoas físicas. Mas por que a lei faz referência a terceiros? Para dizer que pode existir um outro sistema de responsabilização, em outra lei qualquer? Ou vamos aplicar o entendimento da Lei 8.429/1992, dizendo que a Lei de Improbidade se aplica ao particular naquilo que se ajusta às suas peculiaridades? Particular não pode perder função pública, mas pode, por exemplo, ter os direitos políticos suspensos. Esse é um problema complicado. Quem o Ministério Público vai investigar com base nessa lei? A pessoa jurídica somente ou a pessoa jurídica e eventualmente os terceiros? Porque essa lei tem uma grande peculiaridade: ela se integra à Lei 8.429/1992 no combate a uma série de ilícitos praticados contra a administração pública. O epicentro da Lei 8.429 é o agente público. Só por ele ocorre a aplicação da lei. Aqui, a figura do agente público é contingente, ela pode ou não aparecer. Temos a responsabilização da pessoa jurídica por atos praticados em detrimento da administração pública; eventualmente, podemos ter a participação de um agente público; se não tivermos, não há problema. No âmbito da improbidade, eventualmente podemos ter a participação de uma pessoa jurídica, mas, se não houver, não há problema algum. Porém, haverá situações em que teremos pessoa jurídica e agente público e, assim, duas instâncias de responsabilização a partir do mesmo fato. Isso é possível? Vamos analisar.

Sujeitos passivos e ativos

Quem pode sofrer as sanções previstas na Lei 12.846? Essa lei contempla como sujeito passivo a administração pública nacional ou estrangeira. Administração pública nacional direta, indireta, todos os níveis da Federação, todos os Poderes. Já para a administração pública estrangeira, de forma menos técnica, a lei fala em representações diplomáticas, em pessoas jurídicas vinculadas à administração pública estrangeira. Podemos simplificar essa fórmula da seguinte maneira: apliquemos analogicamente à administração pública estrangeira o nosso conceito de administração pública direta e indireta, obviamente sem rigidez conceitual, porque cada Estado de Direito tem seus institutos. Com essa concepção, vamos chegar facilmente à conclusão de que a administração pública estrangeira é aquela que pratica diretamente os atos a serviço do Estado ou mantém vínculo com a estrutura de poder que controla o Estado. Então, se o Poder Público constitui uma pessoa jurídica e a controla, teremos administração pública estrangeira, isso para simplificar a fórmula da lei, que não é muito técnica no seu artigo primeiro.

Organizações internacionais, o que são? São reuniões de sujeitos de direito internacional público que formam uma nova estrutura orgânica voltada a atingir objetivos comuns. De modo geral, as organizações internacionais podem ser subdivididas em organizações de cooperação e de integração. Nas de cooperação, que são o tipo clássico, os Estados se reúnem, Estados e sujeitos de direito internacional, sendo plenamente possível termos uma organização internacional como parte de outra. A União Postal Internacional, por exemplo, é integrada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e congrega vários Estados. É por isso que conseguimos enviar uma carta do Brasil para Portugal, de Portugal para o Brasil. O modelo clássico é o de cooperação. Os Estados se reúnem, a organização adota medidas e os Estados têm que aprová-las para vigorarem em seu território. Se a ONU

aprova a convenção de combate à violência doméstica, o Estado brasileiro tem que ratificar essa convenção para que se torne lei em nosso território, por isso é uma organização de cooperação.

Temos também as organizações de integração, e o modelo mais conhecido é o da União Europeia, em que os Estados transferem parte de seu poder soberano à organização, com autorização da sua respectiva Constituição. Os atos dessa organização têm eficácia imediata, e o Estado não precisa homologá-los. Uma organização de integração, em sua perspectiva mais avançada, talvez forme um supra Estado. A tentativa de editar uma Constituição Europeia nos demonstra essa tendência, que provavelmente ocorrerá em futuro próximo. As organizações internacionais também podem ser sujeitos passivos dos atos praticados com base nessa lei.

Quem possivelmente pode praticar os ilícitos ali previstos? Sujeitos ativos, de acordo com o art. 1º, são as sociedades empresárias e as sociedades simples. Esse é o modelo básico. A sociedade empresária pratica atos próprios do empresário e é registrada na junta comercial. A sociedade simples pratica atos não específicos de empresário e se insere no registro civil de pessoas jurídicas.

Chamo a atenção de todos para o seguinte: quando a lei fala em sociedades empresárias e sociedades simples, personificadas ou não, esse adendo é muito importante. Muitos estão escrevendo o seguinte: se a pessoa jurídica não estiver enquadrada nas categorias de sociedade empresária, sociedade simples, fundação, associação, não poderá ser responsabilizada com base na Lei 12.846, e argumentam com a figura dos partidos políticos, que não estariam enquadrados na Lei 12.846. Esse argumento é incorreto, justamente em razão da expressão “personificadas ou não”. Isso significa que qualquer pessoa jurídica que praticar atos típicos de sociedades empresárias e sociedades simples será automaticamente alcançada pela Lei 12.846, porque a lei alcança mesmo as sociedades não personificadas. Podemos ter um partido político personificado, mas ele irá atuar como sociedade simples ou sociedade empresária de maneira não personificada; sob esta condição, o partido político será responsabilizado pela Lei 12.846, por praticar atos típicos daquela sociedade. O partido político tem personalidade jurídica, mas atua como sociedade empresária não personificada ou como sociedade simples não personificada.

A lei se aplica às sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito. Por que necessitam ter filial ou representação no território brasileiro? Porque o Estado brasileiro não tem soberania para aplicar sua lei fora das lindes do seu território, então é preciso existir um vínculo qualquer entre a sociedade e o Estado. Uma sociedade estrangeira que aqui atue, praticando atos em detrimento da administração pública nacional ou estrangeira, poderá ser responsabilizada com base nessa lei.

Temos agora uma questão complexa: os entes da administração pública indireta com personalidade jurídica de direito privado podem ser sujeitos ativos? A Petrobrás pode ser sujeito ativo da Lei 12.846, de 2013? Essa pergunta não é nada fácil. Meu pensamento atual tende ao seguinte posicionamento:

apesar de os entes da administração pública indireta terem personalidade jurídica própria e, muitas vezes, plena autonomia gerencial, eles estão estritamente vinculados à administração pública direta, inclusive sob a ótica do poder de supervisão. Nesse caso, entendo que os entes da administração pública indireta somente deverão ser responsabilizados por atos praticados em detrimento da administração pública estrangeira, não da nacional. Neste ponto, há uma verdadeira confusão existencial: apesar de ter personalidade jurídica própria, o ente da administração pública indireta integra a concepção mais ampla de União, Estado, Município, Distrito Federal. Então, a administração pública indireta só deve ser responsabilizada por atos praticados à administração pública estrangeira ou a outro ente da Federação. Digamos que a Petrobras pratique um ilícito em detrimento do Estado ou do Município. Nessas situações, seria possível perquirir sua responsabilidade, mas não contra o próprio ente que a criou e que, muitas vezes, a supervisiona.

E aí temos o segundo problema: se decidirmos pelo enquadramento do ente da administração pública indireta na Lei 12.846, que sanções iremos aplicar? Essa também é uma questão muito difícil. O Poder Público pode criar por decreto um ente da administração pública indireta? O presidente edita um decreto e diz: *Hoje eu crio uma empresa pública, uma subsidiária*. O que é preciso para se criar um ente da administração pública indireta? Lei. Se o juiz dissolve o ente criado a partir de uma lei, ele faz o que com a lei? Dissolve a lei também. Esse é um grande complicador que temos que enfrentar. Entendo que a sanção de dissolução não é compatível com a situação dos entes da administração pública indireta criados a partir de lei. O juiz não deve dissolver, pois isso vai conflitar com a separação de poderes, e não me parece adequada essa providência.

E a proibição de recebimento de recursos públicos? Se houver proibição ou interrupção do repasse e o ente não tiver autonomia financeira e sustentabilidade, certamente será fechado. Se uma autarquia for proibida de receber recursos públicos, não vai mais poder desempenhar o serviço a que se destina. Numa situação dessa natureza, não é possível proibir o recebimento de recursos públicos, pois isso conduziria à extinção do ente. Em relação aos entes que possuem autonomia existencial, se praticam atos próprios do mercado e não são contemplados com rubricas orçamentárias, acho defensável a proibição de receber recursos públicos. Nesses casos, os entes devem manter o giro financeiro a partir das operações no mercado.

Com o passar do tempo, vamos ver os efeitos práticos, as consequências da extensão ou retração na aplicação da lei. A responsabilidade da pessoa jurídica subsiste mesmo nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão e cisão societária. No caso de fusão e incorporação, a peculiaridade é que a responsabilidade fica restrita à reparação do dano e à multa até o limite do patrimônio transferido. O que significa isso? Dois entes, duas pessoas jurídicas se reúnem e surge uma terceira, há uma fusão. Essa terceira somente será responsabilizada por atos praticados pelas outras duas no limite do patrimônio transferido. E isso nem sequer depende de previsão expressa; é uma regra de bom senso, adotada desde as Ordenações Filipinas em relação ao benefício de herança – um herdeiro não pode ser responsabilizado em limite superior às forças

da herança. Isso é algo que faz parte da essência do nosso próprio direito. Em relação à incorporação, o princípio é o mesmo: a pessoa jurídica existe, incorpora outra, e a responsabilidade pelos atos praticados pela incorporada vai ficar restrita ao limite do patrimônio transferido. Também é uma regra de bom senso.

Agora, temos um grande complicador. Disse no início que a lei trabalha com conceitos de responsabilidade objetiva. Os civilistas e os processualistas que me socorram: quando falamos em simulação e fraude, precisamos perquirir o elemento subjetivo do agente ou não? Podemos dizer que alguém praticou fraude à execução, fraude a credores, sem perquirir o elemento subjetivo? Como vamos dizer que houve aquele intuito de fraude? Como vamos aplicar responsabilidade objetiva em relação a uma tipologia que contempla atos de simulação e fraude? Esse é um desafio que teremos muita dificuldade de superar, muita mesmo, porque é difícil argumentar com a existência de simulação ou fraude sem perquirir o *animus* do agente – ele praticou este ato, mas na verdade quis simular um outro. Como vamos ignorar o elemento subjetivo? A tendência é fazermos uma incursão na responsabilidade subjetiva, atrair a pessoa jurídica e falar que o seu sócio, o seu dirigente, praticou o ato com esse *animus*, inseri-lo no polo passivo da ação e seguir o processo. Se inserirmos só a pessoa jurídica, vamos ter dificuldade em demonstrar, em alguns casos, a simulação e a fraude. Isso é um complicador: como situar a simulação e a fraude no âmbito da responsabilidade objetiva? Sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, consorciadas, a responsabilidade é solidária. Eu vou falar de uma experiência de quando era responsável pelos processos do Procurador-Geral de Justiça no órgão especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Lá aportou um mandado de segurança contra ato de uma Câmara do Tribunal. O processo dizia respeito ao adquirente de um apartamento e a uma construtora. O apartamento não foi entregue, a construtora foi condenada e a pessoa queria receber. Quando o juiz foi realizar a penhora *online*, não havia um centavo na conta bancária da sociedade empresária, uma das maiores construtoras do Rio de Janeiro. Ela tinha uma designação, Sociedade X, e constituiu a Sociedade X', com os mesmos sócios, funcionando no mesmo lugar e praticando todos os atos afetos à construção. A Sociedade X assinava o contrato e transferia a construção à Sociedade X'. Não havia relação jurídica entre o adquirente e a Sociedade X', só com a Sociedade X. Esse fato foi levado ao conhecimento da Câmara, não ao conhecimento do juiz, não fazendo parte da sentença, e a Câmara determinou a penhora dos bens da Sociedade X', porque era evidente que constituíam a mesma coisa. O centro de comando era o mesmo.

Fui favorável à decisão da Câmara, mas achei ousadíssima sob a ótica da teoria do direito, porque estávamos alcançando uma sociedade que não havia feito parte da relação processual. Vejam a necessidade de o direito adaptar-se à realidade. Se a Câmara não tivesse feito isso, o adquirente teria que retornar à primeira instância, ajuizar outra ação contra aquela Sociedade X', provar o vínculo entre as sociedades empresárias, esperar dez anos até o processo acabar, aí, quando acabasse e fosse penhorar, aquela sociedade já teria sido extinta e teria surgido outra que não fez parte do processo. O que fez a Câmara?

Condenou a que não foi parte no processo. Temos que responsabilizar controladoras, controladas, coligadas no âmbito do respectivo contrato, ainda que o ato seja praticado por outra sociedade. Para isso, temos que fazer o quê? Inserir a todas no polo passivo da relação processual, porque a ousadia dessa Câmara dificilmente vai prosperar no direito sancionador.

E os terceiros, quem são? São pessoas físicas que concorrem para a prática do ato. Em relação a elas, deve ser aferido o elemento subjetivo do seu agir. Agiram com dolo ou culpa? Aí vem a pergunta que não quer calar: quando a lei dispõe, no seu art. 3º, que os terceiros serão responsabilizados na medida da sua culpabilidade, ela quer dizer que outra lei qualquer trataria dessa responsabilização e deveria considerar que os terceiros seriam responsabilizados na medida da sua culpabilidade ou quis dizer que os terceiros estavam sujeitos aos seus próprios comandos? Dentre as leituras que fiz, ninguém admitiu essa possibilidade, sendo comum afirmar-se que a lei trata apenas de pessoas jurídicas. Agora, a lei de improbidade trata de agente público, mas alcança o particular que participe do ato. Quando a lei, no art. 3º, tratou do elemento subjetivo dessas pessoas físicas, nada mais fez que excepcionar a responsabilidade objetiva, que é a regra da Lei 12.846, para admitir que os terceiros estejam sujeitos aos seus comandos. Nada mais que isso. Porém, esse ponto é extremamente complexo. Se incluirmos os terceiros no polo passivo da relação processual, vamos poder dissolver um terceiro? Isso não é admitido pela ordem jurídica brasileira; não podemos dissolver nenhuma pessoa física, só jurídica, mas o terceiro pode sofrer multa ou outra sanção qualquer, como a proibição de receber subsídios do Poder Público. Então, temos que analisar as peculiaridades da pessoa física e compatibilizar as sanções com a sua natureza jurídica.

Atos lesivos à administração pública

Mencionei alguns atos que formam a tipologia dos atos lesivos à administração pública. É uma tipologia extremamente aberta, com conceitos jurídicos indeterminados, a começar pelo de vantagem indevida, prevista no inciso I do art. 5º. Apesar disso, precisamos enquadrar o ato naquela tipologia do art. 5º, que adota a técnica da previsão em *numerus clausus*, não em *numerus apertus*, como ocorre nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, que contêm o advérbio de modo “notadamente”. Isso significa dizer que as condutas descritas nos incisos, notadamente, configuram enriquecimento ilícito, dano ao patrimônio público ou violação aos princípios regentes da atividade estatal. Aqui, o conceito é fechado, mas cada um desses incisos oferece margem valorativa bem elevada para o intérprete, daí a ideia de conceito jurídico indeterminado.

Conceito jurídico indeterminado não é aquele que nada conceitua. É aquele que permite ao intérprete o exercício de uma atividade valorativa para a densificação do seu conteúdo. A Lei de Improbidade trabalha com isso, e o direito brasileiro gravita em torno de conceitos jurídicos indeterminados. O que é moralidade administrativa? É um conceito jurídico indeterminado. O que é boa-fé? A principiologia, que tem grande destaque na metodologia contemporânea do direito,

versa sobre conceitos jurídicos indeterminados. Temos, na previsão em *numerus clausus*, basicamente cinco tipos de atos lesivos à administração pública:

- Intermediação de vantagem indevida: a pessoa jurídica permite que alguém receba uma vantagem indevida, intermediando a relação com a administração pública;
- Subvenção à prática de atos ilícitos: a pessoa jurídica custeia e estimula que alguém pratique atos ilícitos;
- Ocultação ou dissimulação de interesses ou beneficiários dos atos praticados: a figura dos “laranjas” está incluída nesse inciso III do art. 5º;
- Irregularidades em licitações e contratos administrativos: o inciso IV é o pior da lei; é repetitivo, confuso, mas, em síntese: se a pessoa jurídica praticou irregularidade na licitação e no contrato administrativo, poderá ser enquadrada nesse preceito. Como que um Promotor de Justiça com atribuição em matéria de patrimônio público deve ter cuidado? Quando se deparar com fraude em processo licitatório, deve se perguntar: *Meu foco é o agente público ou a pessoa jurídica?* Se for o agente que praticou o ilícito – e há possibilidade de a pessoa jurídica estar de boa-fé –, ele deve atrair a Lei 8.429. Se a pessoa jurídica sozinha praticou fraude na licitação, prejudicando a administração pública, deve atrair a Lei 12.846. Se os dois estavam mancomunados, promoverá a aplicação simultânea das duas leis. Pela mesma fraude na licitação, a pessoa jurídica poderá sofrer como terceiro as sanções da Lei 8.429 e, como sujeito ativo, as sanções da Lei 12.846. É preciso ter percepção do intercâmbio entre esses temas de responsabilização;
- Comprometimento de investigação ou fiscalização: a lei considera ato lesivo à administração pública a prática de qualquer conduta que importe em comprometimento de investigação ou fiscalização. Pois bem. O Ministério Público começa a investigar uma pessoa jurídica em relação à prática de uma fraude em licitação e requisita a ela todas as atas do conselho fiscal em que foi deliberada a participação na licitação para formar um juízo de valor. A pessoa jurídica responde: *Eu vou produzir prova contra mim?* E aí? Qual é o limite da requisição do Ministério Público? Ninguém é obrigado a produzir prova contra si, então, a lei não pode considerar ilícito esse tipo de comportamento. Uma coisa é a pessoa jurídica não produzir prova contra si, coisa distinta é ela concorrer para a subtração, eliminação ou deturpação de provas. Atender requisição do Ministério Público, fornecendo documentos internos que possam comprometer a, creio que ela pode negar-se a fazer. Agora, se ela sumir com os vestígios da infração, impedir que o Ministério Público ingresse em algum local a que esteja autorizado por lei ou por autorização judicial, comprometer a investigação e a fiscalização, creio que poderemos incluí-la no inciso V do art. quinto. É uma questão que vai produzir muita celeuma.

Em relação ao poder de requisição do Ministério Público, a tendência é que as pessoas jurídicas deixem de atendê-lo na íntegra, sob o argumento de que estão sendo investigadas. Podemos contra-argumentar que existem documentos de conhecimento público que não dizem respeito à economia interna da pessoa jurídica, a que temos direito de acesso. Vamos ter que analisar, caso a caso, o limite do poder de requisição, mas já antecipo que a pessoa jurídica vai negar-se a cumprir requisições, e esse talvez seja o primeiro complicador.

Unidade, tipologia e duplicidade do sistema de responsabilização

Como disse, o art. 5º prevê uma tipologia, e dessa unidade de tipologia teremos a responsabilização administrativa e judicial. O nosso direito adota, de longa data, a independência entre as instâncias de responsabilização. Temos a cível *lato sensu*, que é a responsabilização judicial com aplicação de sanções não penais; a cível *stricto sensu*, a administrativa e a política, tudo isso obviamente fora da responsabilização penal. É possível que um único fato acarrete a responsabilização nessas quatro searas? Sim. Um agente público que exige propina pode responder a processo administrativo, criminal, à ação de improbidade. Agora, podemos ter dentro da mesma instância de responsabilização mais de uma sanção aplicável? Exemplificando: no âmbito da responsabilidade cível *lato sensu*, podemos enquadrar a



Fonte: Free image.com

conduta na Lei 8.429 e na Lei 12.846? Isso é possível? Entendo que não há problema algum em relação a isso. Quando estamos falando do mesmo plano de responsabilização, só é possível a responsabilização simultânea a partir de um mesmo fato se houver uma tipologia diferente e uma objetividade jurídica diversa a ser tutelada.

Agora, se a tipologia for a mesma e a objetividade jurídica também, aí teremos *bis in idem*. Exemplo: o Código Penal descreve um crime; a Lei de Lavagem de Dinheiro descreve outro. Alguém lê e pensa: posso enquadrar a mesma conduta nos dois porque são leis diferentes. Isso é possível? Não. Havendo uma conduta, ou aplico o Código Penal ou

a Lei de lavagem de dinheiro. Para termos a aplicação de duas leis, precisamos ter objetividades jurídicas diferentes, e a tipologia não pode ser a mesma. A própria Lei 12.846 excepcionou a incidência da Lei 8.429 ao dizer: a Lei de Improbidade é aplicável. Mas vocês provavelmente irão deparar-se com o argumento de que esse preceito é inconstitucional, porque ampara o *bis in idem*, violando a dimensão substantiva do devido processo legal, e terão que apresentar contra-argumentos a esse tipo de tese.

Quanto ao elemento subjetivo, a responsabilidade das pessoas jurídicas é aferida no plano objetivo, e, a das pessoas físicas, no subjetivo. Quando o art. 3º diz que as pessoas físicas seriam responsabilizadas na medida de sua culpabilidade, nada mais fez que autorizar a aplicação da própria Lei 12.846, porque, se não fosse esse o objetivo, nem precisaria mencionar, já que a responsabilização seria definida em outra lei, não nela.

Público der ampla e irrestrita publicidade a tudo que fizer no decorrer do processo administrativo, estará aplicando essa sanção de maneira antecipada. Antes de a pessoa jurídica ser condenada, todos já saberão o que ela fez. Isso indica que a administração pública deve ter cuidado na condução do processo, porque a sanção é dar publicidade ao que a pessoa jurídica fez. Se der publicidade em momento anterior ao fim do processo, estará antecipando a sanção.

Outro aspecto interessante: a aplicação das sanções deve ser antecedida de parecer. Na realidade brasileira, muitas vezes o administrador público toma uma decisão, chama um profissional da assessoria jurídica e ordena que faça o parecer, sob pena de perder a função. A lei dispõe que as sanções devem ser antecedidas de parecer. Aí vem o problema: o parecer é vinculante ou não? A autoridade competente recebe o parecer e pode acolhê-lo ou não. Se deixar de aplicar a sanção, mesmo com o parecer dizendo para aplicar, a autoridade terá que justificar o porque de não ter aplicado a sanção. Se ela se omitir no cumprimento de um dever de ofício, será enquadrada no art. 11 da Lei de Improbidade. Vejam: uma coisa é o Ministério Público divergir da opinião da administração pública – podemos divergir, mas não responsabilizá-la; coisa diversa é a administração pública dizer assim: *Realmente, fulano praticou atos de corrupção, mas isso é o exercício regular de um direito*. Isso ela não pode dizer, porque é contrário à ordem jurídica.

Mecanismos de compliance

Na aplicação das sanções, devem ser consideradas as diretrizes do art. 7º, que estão aglutinadas em um extenso rol, e aí entra a questão dos mecanismos de *compliance*, outro complicador. Esses mecanismos são providências internas adotadas pela pessoa jurídica para evitar ou minorar as consequências de um ilícito; por exemplo, os códigos de ética e as estruturas de supervisão interna da pessoa jurídica. As medidas que constituem essas providências devem estar descritas no decreto, mas ele ainda não foi editado pela Presidenta Dilma. E aí? Podemos aplicar as sanções administrativas sem o decreto que define os mecanismos de *compliance*? Já está caracterizada a mora do Poder Executivo na edição do decreto, e é por isso que tivemos uma *vacatio legis*, um prazo de praticamente seis meses. Então, eu entendo que a lei pode ser aplicada, desde que os direitos individuais não sejam prejudicados. Qual é a forma de aplicar a lei sem violar os direitos individuais? É o juiz considerar os instrumentos de *compliance* a partir das explicações da pessoa jurídica, independentemente daquilo que venha a ser descrito no decreto. Essa situação é extremamente transitória e vai desaparecer daqui a dois, três, quatro meses, isto é, se a campanha não tomar todo o tempo da Presidenta; espero que ela consiga editar o decreto até outubro. Mas há muita divergência. A tendência é de haver resistência em aplicar a sanção administrativa só pela falta de regulamentação do inciso VIII.

O valor da multa deve ser preferencialmente destinado a um ente lesado – é que o dispõe a lei, tanto a multa administrativa como a judicial. Acho esse dispositivo meio enigmático; o advérbio de modo “preferencialmente” diz que determinado tipo de orientação pode ser desconsiderado, mas a hipótese tem que ser excepcional. Essa excepcionalidade não reflete uma discricionariedade da administração e nem do juiz.

Sanções administrativas

A administração pública pode aplicar duas sanções básicas: multa e publicação extraordinária da decisão condenatória. A multa não oferece dificuldades de compreensão. Já em relação à publicação extraordinária da decisão condenatória, qual é o seu objetivo? É o de mostrar à sociedade que aquela pessoa jurídica praticou atos ilícitos, o que pode ter consequências devastadoras: as ações da sociedade empresária podem cair, as pessoas podem não se relacionar, extinguir contratos etc. A regra é a publicidade ou o sigilo dos atos estatais? A publicidade. Porém, se o Poder

Quando destinaremos a multa ou os bens a outro ente que não o lesado? Suponhamos que seja praticado um ilícito qualquer em detrimento de uma autarquia, o INPS, por exemplo. Aí, o INPS deixou de existir e surgiu o INSS. Então, o INSS é que vai receber aquilo que era do INPS. Se o ente deixar de existir ou de estar destinado àquelas atividades que motivaram a prática do ilícito, podemos fazer o encaminhamento para ente diverso. Preferencialmente não é discricionariamente – são conceitos absolutamente distintos.

Sanções civis

Essas sanções podem ser aplicadas pelo Juiz no âmbito da responsabilidade judicial: perda de bens, valores; suspensão, interdição de atividade; dissolução compulsória; proibição de receber incentivo ou subsídio etc. Agora, vejam como o legislador brasileiro é criativo. A pessoa jurídica normalmente pratica o ilícito contra a administração pública por meio de contrato. Não é assim que elas se relacionam? E vocês veem entre as sanções a proibição de contratar com o Poder Público? Não. Podemos aplicar essa sanção com base nos demais: receber incentivo, subsídio, subvenção? Podemos até tentar, mas seria muito difícil. Então, por esse sistema não será possível proibir de contratar. A única possibilidade seria a de, além do sistema de responsabilização da Lei 12.846, haver a aplicação da sanção com base na Lei de Licitações, a Lei 8.666, de 1993, com a declaração de inidoneidade e outras. Considero uma falha grotesca não prever essa proibição, porque 90% dos ilícitos praticados por pessoas jurídicas em detrimento da administração pública surgem justamente a partir de contratos, então elas voltarão a licitar, contratar etc.

Processo administrativo de responsabilização

Esse processo é instaurado por iniciativa da autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No Poder Executivo Federal, a Controladoria Geral da União (CGU) instaura processos contra atos praticados em detrimento da administração pública estrangeira e pode avocar processos instaurados no âmbito da administração pública ou instaurar processos relacionados aos entes da administração pública direta ou indireta da União. Achei excelente essa ideia, porque a CGU se tornou um grande órgão fiscalizador da administração. Se o presidente de uma autarquia for renitente na responsabilização da pessoa jurídica, a CGU apura o caso, o que é muito bom, porque todo poder depende de fiscalização. Quando não temos fiscalização, o abuso tende a surgir. E essa lei veio para combater ilícitos praticados em detrimento da administração pública, mas ela por si só pode ser origem de atos ilícitos.

Não podemos esquecer a possibilidade de o administrador público achar a pessoa jurídica dizendo o seguinte: *Se você não fizer isso ou aquilo, vou instaurar processo de responsabilização contra você.*

Eu me lembro sempre de uma conversa: estava na casa de um tio quando um conhecido dele, que não me conhecia, começou a se vangloriar de que, depois que ingressou numa determinada empreiteira, aprendeu o que era ganhar

dinheiro. Todos ficaram curiosos, e ele explicou: *É muito simples. A administração pública nos contrata para fazer um asfaltamento com espessura estabelecida em 10 centímetros, e nós o executamos com 4. Alguém vai quebrar a estrada depois que eu fizer?* Esse tipo de fraude é praticado todo dia. Tem alguém aqui que não conhece uma estrada que não tenha ficado esburacada seis meses depois da pavimentação? Será que o Brasil não tem capacidade de manusear asfalto? Consegue construir avião, mas não sabe manusear asfalto? Essa fraude é possível porque, quando se contrata uma empreiteira, é nomeado um fiscal para acompanhar a obra e aferir o cumprimento das especificações técnicas. Porém, o fiscal é corrompido. Há muito tempo eu proponho que o Ministério Público brasileiro tenha um projeto nacional chamado “Asfalto Legal”, orientando a população a procurar a Instituição caso tenha conhecimento de alguma via que foi asfaltada e ficou esburacada em pouco tempo. O Ministério Público vai realizar uma perícia para descobrir se o asfalto contratado era de 8 centímetros e foi feito com 4.

Por que estou abrindo este parêntese? Porque essa mesma pessoa, no desenvolver da conversa, falou assim: *Estou enojado com nossa classe política. A eleição está chegando, e são todos uns ladrões!* Essa pessoa que faz do furto da coisa pública o seu ideal de vida acredita sinceramente que é honesta. Então, quando criticamos a administração pública brasileira ou as pessoas jurídicas que interagem com ela, precisamos, em primeiro lugar, ser severos críticos de nós mesmos. Será que somos honestos? Será que esperamos nossa vez na fila? Será que, se acharmos algo no chão, colocaremos no bolso ou levaremos à autoridade policial, como determina o Código Penal? Todos já ouviram o ditado “achado não é roubado, quem perdeu foi relaxado”, mas poucos sabem que isso é crime. São esses os valores sociais que serão adotados pela pessoa jurídica ao interagir com o Poder Público. Às vezes, somos levados a uma ótica maniqueísta de que somos infalíveis e os outros são desonestos. Quem não é impregnado por certos valores desonestos é porque teve uma formação familiar humanitária e religiosa extremamente rígida, porque, se dependesse da formação social comum, provavelmente os prestigiaria. Colar na prova, por exemplo, não é considerado normal no Brasil? Se você colar numa escola britânica, seus colegas deixam de falar com você, se reúnem todos e vão falar com o diretor, porque você feriu a igualdade, as regras de competição, o mérito individual. É com nossa realidade que vamos aplicar as leis. Então é preciso refletir com cuidado e pensar que, acima de tudo, a efetividade da lei não vai resultar de um arroubo individual, mas de uma mudança de consciência, de um processo educacional lento, que talvez demore cinco séculos, mas que um dia vai acontecer. O problema não é da lei, é do ser humano. Vivemos numa sociedade de seres humanamente deteriorados, com problemas morais, e também essas pessoas compõem as classes políticas e as pessoas jurídicas.

Para aplicar sanções no processo administrativo de responsabilização, é preciso constituir uma comissão processante. E aí entra o problema. Sugiro que haja uma recomendação do MP para que todos os entes públicos constituam essa comissão em seus territórios. O argumento de que vão compor a equipe quando o ilícito surgir não funciona; a estrutura precisa estar pronta quando houver

a demanda. Pode-se eventualmente aproveitar a comissão permanente de inquérito, ver quem são os servidores e se trabalham também com esse tipo de processo. Há poderes cautelares da autoridade competente a partir de provocação da comissão processante, podendo suspender o ato supostamente ilícito. As conclusões da comissão devem ser encaminhadas à autoridade instauradora e comunicadas ao MP, ainda que conclua pela ausência de ilícito.

No Brasil, temos uma peculiaridade: a autoridade máxima de cada órgão ou unidade é quem determina a instauração de processo administrativo e é ela mesma quem aplica a sanção ao servidor. Isso é um absurdo jurídico e viola o processo legal, mas eu nunca soube de alguma manifestação contundente do Supremo contra essa anomalia. É evidente que a autoridade que determina a instauração terá sua decisão influenciada. Por que o juiz não pode instaurar processo numa situação de contravenção penal, como ocorria antes de 1988? Porque o mesmo juiz determina a instauração e ele mesmo pode condenar. O ser humano, tendencialmente, acaba ficando comprometido com sua visão inicial. *Ah, mas o juiz é justo!* Pode ser, mas o ser humano, às vezes, não é. É por isso que o Ministério Público ajuíza a ação penal e o juiz a julga. Precisamos ter a separação de funções.

Desconsideração da personalidade jurídica

Essa possibilidade foi prevista no art. 14, e aí vem a observação: isso pode ocorrer em sede administrativa? Vejam: se eu admito que o terceiro pode ser responsabilizado nos termos da Lei 12.846, terei que admitir que pode responder a processo administrativo ou judicial. Se for processo administrativo, para se chegar a ele, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser necessária, mas haverá resistência.

Uma das inovações mais complexas da lei é o acordo de leniência. Ele pode ser celebrado pela pessoa jurídica com a administração pública, desde que resulte na identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito. Ele tem que ser produtivo, não é uma mera benesse da administração pública. Requisitos do acordo: a pessoa jurídica deve ser a primeira a manifestar-se sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ilícito; se houver várias pessoas jurídicas envolvidas, o acordo será celebrado com a primeira que se manifestar. A pessoa jurídica deve cessar completamente o seu envolvimento na infração, admitir a participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo. A pessoa jurídica se desnuda perante a administração pública, tudo diz. Mas a proposta de acordo formulada por ela pode não ser acolhida pela administração pública. E aí? O art. 16, § 7º, diz assim: “O acordo não importa em reconhecimento do ilícito”. Aí o Ministério Público sabe que a pessoa jurídica fez a proposta e a requisita. Aquela será sua linha de investigação; ela não importa em confissão, mas vai ajudar o Ministério Público. O mínimo que se esperava é que essa proposta fosse sigilosa e devolvida à pessoa jurídica, não se permitindo ao Ministério Público ter acesso ao documento. Este é o primeiro complicador do acordo de leniência. Ele pode ser celebrado para afastar sanções administrativas previstas na

lei de licitações e, pela lei de responsabilização de pessoas jurídicas, isentar a pessoa jurídica da proibição de receber incentivo, subsídio etc. e, ainda, reduzir em até dois terços a multa aplicável.

Vocês se lembram que entre as sanções enumeradas pela lei, que podem ser aplicadas pelo juiz, está a dissolução compulsória da pessoa jurídica? E se o ato for tão grave que justifique a dissolução compulsória? O juiz vai ler e falar assim: *Realmente, não há sanção de proibição de contratar, a multa tem que ser reduzida, mas eu entendendo que o ato é tão grave que a pessoa jurídica deve ser dissolvida.* Aí, dissolve a pessoa jurídica. Será que esse acordo de leniência vai ter muita aplicação? A pessoa jurídica se arrisca ao extremo ao formular a proposta, que é recusada; o Ministério Público utiliza elementos da proposta para subsidiar sua ação civil pública; se a proposta for aceita, a pessoa jurídica não se exime da possibilidade de sofrer uma sanção extremamente grave. Se a conduta não for tão grave para o interesse público, ela não terá interesse em apresentar acordo de leniência, porque pode ser que nem descubram o que ela fez. Agora, se a conduta for muito grave e ela propuser o acordo de leniência, pode ser simplesmente dissolvida. Já imaginaram o prejuízo de uma SA com ações na praça? Não tem como funcionar. Eu estou curioso para ver o primeiro acordo de leniência a ser celebrado no Brasil; vou querer saber dos fatos, do advogado, da pessoa jurídica, porque, aparentemente, não é interessante para a pessoa jurídica celebrar acordo de leniência.

Processo judicial

No processo judicial, são observados os balizamentos da Lei da Ação Civil Pública. Dos males, o menor. Pelo menos não houve a proposta de introdução de uma fase prévia, a exemplo do art. 17 da Lei 8.429, e espero que não venha a ser feita. Não temos fase prévia, notificação e nem paralisação da ação por um ou dois anos.

Caso a administração pública se omita na promoção da responsabilidade administrativa, o Ministério Público poderá postular a aplicação das sanções administrativas por meio da ação civil pública. Temos uma única tipologia, a do art. 5º, e dois sistemas de responsabilização: o sistema administrativo e o judicial. Se a administração se omite, o juiz pode aplicar sanções judiciais e administrativas. O que é omissão? O Promotor de Justiça recebe os autos do inquérito policial, analisa e promove o seu arquivamento. Aí, a parte interessada diz que o arquivamento está errado. Ela pode propor uma ação penal privada subsidiária da pública? E se o Ministério Público não analisar o inquérito em 30, 60, 90 dias, ela pode? Há uma diferença entre omissão e juízo valorativo diverso. Se o Ministério Público não concordar, só resta à instituição tentar desconstituir a decisão da autoridade administrativa provando a sua desconexão com os autos – porque não temos a verdadeira discricionariedade aqui – e, a partir da anulação, pleitear a aplicação. Só que terá que esperar o processo acabar para depois pleitear a aplicação da sanção administrativa pelo juiz, e isso vai demorar 20, 30 anos, o que é inviável. A ordem natural das coisas indica que a decisão da autoridade administrativa vai prevalecer.

Prescrição

Prescrição, para encerrarmos. Sistemática da lei: aparentemente excelente. Cinco anos, contados da data de ciência da infração, ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. É um prazo de acordo com a realidade. O único complicador desse prazo é que começa a correr mesmo que a autoridade administrativa esteja no poder. A autoridade competente para perquirir o ilícito da pessoa jurídica é o governador, é o prefeito; ele é quem comanda a estrutura administrativa. Sob essa ótica, a Lei de Improbidade é muito melhor, porque dispõe que, no caso de agente que ocupe função pública temporariamente, o prazo começa a partir do momento em que cessar o vínculo funcional. Então, para quem desempenha mandato eletivo e é reeleito, aí começa a prescrição, é uma sistemática muito melhor. Tem a vantagem de ilícitos desconhecidos poderem ser perquiridos, mas teremos muita dificuldade quando o ilícito praticado pela pessoa jurídica for contextualizado especificamente no contrato que passou por publicações e foi encaminhado ao Tribunal de Contas. Será que a omissão, por exemplo, do Tribunal de Contas, poderá socorrer-nos para dizermos que a infração não era conhecida? Digamos que uma pessoa jurídica pratica o ilícito; há prestação de contas ao Tribunal de Contas, este se omite, não analisa nada, não vê, o Ministério Público toma conhecimento do fato sete, oito anos depois. É deste ponto que começa a prescrição ou a partir de quando o Tribunal de Contas recebeu os autos? Trata-se de um complicador.

Causa de interrupção da prescrição: instauração de processo administrativo ou judicial e celebração de acordo de leniência. Há prescrição intercorrente? Digamos que haja interrupção da prescrição com o ajuizamento da ação civil pública; e se passarem mais de cinco anos desde o ajuizamento, há prescrição intercorrente? Como funciona a prescrição intercorrente? Ela depende de quê? De omissão de quem está no polo ativo. O Ministério Público dificilmente se omite, isso em razão da prerrogativa da intimação pessoal, a não ser que receba o processo e fique com ele no gabinete cinco anos. Aí nós teremos prescrição. Agora, se o Ministério Público requer algo e o juiz não despacha em cinco anos, não há prescrição intercorrente.

A lei ainda instituiu o Cadastro Nacional de Empresas Punidas com base na lei de responsabilização das pessoas jurídicas e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas. Ambos serão geridos pelo Poder Executivo Federal, tendo sido perdida uma boa oportunidade de instituir o Cadastro Nacional das Condenações por Improbidade. Temos os dois, pelo menos.

Agradeço pela atenção de todos. É sempre um prazer e uma honra retornar ao Ministério Público de Minas Gerais. Muito obrigado.

PAINEL

COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO PATRIMÔNIO PÚBLICO

DANILO FONTENELLE SAMPAIO CUNHA
FAUSTO MARTIN DE SANCTIS

Daniilo Fontenelle Sampaio Cunha



Fonte: Arquivo pessoal

Bom dia a todos. Eu gostaria inicialmente de agradecer pelo convite de estar aqui conversando com vocês. É um prazer dividir este painel com o colega Fausto.

Esta exposição, na verdade, é mais uma conversa do que algo propriamente pedagógico. Eu dividi esta palestra em temas e trouxe alguns casos de enfrentamento do crime organizado no Ceará, para vocês terem uma ideia de como a gente tem realidades muito comuns no Brasil todo. Inicialmente, só um esclarecimento. Eu sempre faço questão de colocar esse currículo justamente para perguntar o que significam essas questões acadêmicas ou títulos formais. O que a gente sempre fala no Ceará, na faculdade onde eu ensino, é que nada disso tem significado algum. Na verdade, são só exemplos de uma história de vida, mas não é o que interessa hoje. O que importa é se vou ser justo nas decisões que prolatar. Não interessa o que fui no passado ou os cursos que fiz, se hoje eu não tenho coragem de agir conforme minha consciência. Não me interessa nenhum ganho efetivo ou conquista relevante se hoje eu não mais preservar esse ideal. É nesse sentido que pretendo começar a conversar com vocês. Uma das questões fundamentais

para o Ministério Público e o Judiciário é a gente estar se lembrando de quem a gente é, de quem a gente quis ser e de quem a gente está se tornando, não é? A nossa formação é uma formação continuada, não só em termos acadêmicos, mas em termos de pessoa, de atuação.

Muito mais importante do que qualquer título acadêmico é o caráter, a personalidade que nos impulsiona, o desejo de concretizar o que um dia a gente prometeu quando estava estudando para o concurso, rezando para passar, querendo ser o melhor membro do Ministério Público, o melhor Juiz. Essa questão da fidelidade e a correspondência com a fé é a grande preparação que a gente tem que estar sempre renovando. E fé não é só crença; quando se diz que a pessoa tem fé é quando ela é fiel ao que acredita, ao que se propôs quando quis ser membro do Ministério Público, da magistratura. Nossa responsabilidade é muito grande, pedimos muito para ser o que somos, e o que é muito pedido é dado, e a responsabilidade é correspondente.

A preservação dos nossos sonhos deve ser uma constante, mesmo em alguma fase da carreira em que a gente tenha dúvida se vale a pena permanecer com os mesmos sonhos. Eu fui Procurador da República, e dizem que quem fez parte do Ministério Público nunca deixa de ser, nunca deixa de ter as características de intenção e desejo por uma sociedade mais justa, um mundo mais equilibrado, um desejo de que uma população tão sofrida como a nossa possa receber o que tem de direito. Nossos sonhos, ao que me parece, têm dupla perspectiva. Talvez algumas pessoas enterrem e outras plantem seus sonhos. Aparentemente, um sonho enterrado e um sonho plantado é a mesma coisa, todos estão debaixo da terra, mas há uma diferença evidente. Quando você enterra algum sonho, mesmo gostando dele, você se vai esquecendo, e do lado desse sonho enterrado tem carcaça de outros sonhos, ossos de outras esperanças, restos mortais de outros anseios... Mas o sonho plantado é diferente, apesar de também estar debaixo da terra. O sonho plantado você rega, cultiva, aduba e tem certeza de que vai frutificar. Como o povo do campo, não é? Todo mundo que tem origem no campo sabe disso: quando se planta, tem-se a esperança – na verdade a certeza – de que vai nascer; e de um grão nasce um pé de milho, com muitas espigas, em cada espiga muitos grãos. Então, de um sonho surge uma realidade bem mais produtiva do que se podia esperar. Essa é a primeira palavra que eu queria dar. Atuar no Ministério Público e no Judiciário não é fácil. Em termos salariais, todos nós sabemos que outras carreiras

têm muito mais atrativos; não têm o grau de fiscalização, cobrança, exigência, expectativa social. Isso é uma realidade temerária, porque muitos talentos podem estar sendo desviados para outras carreiras por uma questão simplesmente salarial. Apesar dessas dificuldades, nossa vocação deve ser reanimada, e um seminário como este é uma oportunidade de reanimação dos nossos ideais.

Quando se fala de corrupção, evidentemente não é um fenômeno novo, sempre existiu e sempre vai existir, na política, nos atos do governo, no mercado, na iniciativa privada. Como já foi falado, existe essa questão social de as pessoas se acharem honestas e praticarem atos desvirtuados, atos fora da virtude. E parece que essa seja uma questão a ser retomada de forma produtiva, pedagógica, efetiva. De certa forma, o Ministério Público e a Justiça devem colaborar para o retorno desses valores, dessas virtudes.

A corrupção não é um fenômeno novo. Tem suas características espalhadas pelo mundo, mas a gente ainda tem uma ideia de que só acontece no Brasil, só acontece conosco, que “somos um povinho de segunda categoria”. Evidentemente um absurdo. Quem teve oportunidade de estudar fora percebe com muita nitidez que nós somos o melhor povo do mundo, os mais inteligentes, os mais criativos, os mais acolhedores, os mais amorosos, os mais tolerantes, em todos os sentidos – religiosos, políticos e tudo. Acho que não existe nenhuma justificativa para o nosso povo sofrer tanto como sofre com atos ou desvios da administração pública. Não consigo entender essa natureza específica de atuação de um Prefeito de uma região tão sofrida como a minha, que desvia comida de gente pobre, alimentação de crianças na escola, água limpa e saneamento básico que poderia ser feito. Não acredito que corrupção seja natural; pode ser comum, mas não é da natureza. Eu acho que tudo de ruim que tem no mundo foi feito pelo homem e, se foi pelo homem, pode ser desfeito pelo homem, e não acredito que haja necessidade de gerações e gerações para se conseguir isso. Acho que nossa geração pode ainda viver esse sonho plantado. Evidentemente, com muita dedicação de todos nós. Não acredito nessa ideia de que pessoas civilizadas do primeiro mundo não sejam corrompidas, e pessoas como nós, do terceiro, sejam “um povinho menor”. O que faz diferença mesmo são as atuações dos órgãos de fiscalização, de repressão e dos que julgam esses fatos. Qualificando cada vez mais esses órgãos, tem-se uma ideia bem melhor da real natureza das entidades públicas. Tenho um amigo empresário que diz: *Não existe empresa que não seja roubada pelos próprios servidores. Existe empresa mal auditada.* Empresa, não é nem serviço público. Pode-se fazer auditoria em qualquer empresa privada, que vai ter um desvio ou outro. Até na nossa casa pode ter um desvio ou outro. E não falo da empregada doméstica, não; é dos filhos mesmo. Faça uma auditoria bem feita do que ele recebe de mesada, o que ele diz que gasta, aonde ele diz que vai, e você vai encontrar sempre uma coisinha. Então, maior fiscalização, sem dúvida, recupera um pouco dessa perspectiva de não ocorrência da corrupção. Educação, como já tinha dito, e fiscalização também. Corrupção existe em vários aspectos, e a corrupção administrativa e política já foi tratada neste simpósio com muita propriedade e com muita profundidade.

Quando se fala de corrupção, não é só aquela que envolve dinheiro, que é a mais evidente, mas também a da ausência da prática do dever. Então, quando um Juiz é desidioso, é corrupto, sim. Quando o Ministério Público é preguiçoso, também é corrupto. O primeiro traço comum de todo comportamento corrupto ou desviante é essa traição do dever. Se a corrupção fosse encarada como crime hediondo, talvez houvesse uma repercussão maior, mas de vez em quando a gente tem essa leniência social, essa tolerância de pequenos atos.

Outra característica clara é a deslealdade. A pessoa foi eleita pelo povo e trai o povo; é servidora pública e deve servir ao público, mas se serve da administração; a pessoa tem aparentemente dupla personalidade. Eu falo isso porque me lembro de casos que já julguei, em que, nas escutas telefônicas, certos servidores diziam claramente que o salário que ele ganhava era da família, e o que ganhava por fora era para diversões extraconjugais ou o que seja. Ou é dupla personalidade ou é cara-de-pau mesmo, vamos falar claramente.

Outra característica é essa expectativa de obter benefícios. Pode ser promoção na carreira, candidatura a Deputado ou Vereador, a pessoa favorece superintendentes, autarquias, políticos e amigos de políticos, e assim vai conseguindo proximidade com pessoas do poder, e vocês sabem que tem pessoas que gostam de ter ou dizer que têm amigos importantes. Não sei exatamente que satisfação traz isso, mas na corrupção sempre há expectativa de ganho, minimamente.

Outra característica é o segredo. O corrupto não divulga, num primeiro momento, mas há investigações que começaram pela própria verborragia de servidores que, ao beber, ficavam contando vantagem de que fizeram isso e aquilo, e os chefes começaram a desconfiar de como é que tinham condições financeiras para isso. As modalidades mais comuns, como todo mundo sabe, são a prevaricação, o tráfico de influência, a malversação das verbas públicas, ações ilegais e fraudes em licitações, com que todo dia eu me deparo na 11ª Vara do Ceará. Se a gente sabe as características, é claro que as soluções também estão ligadas, e a primeira é a transparência total dos atos públicos; quanto mais públicos, mais é possível fazer auditorias, e o risco de corrupção diminui.

Eu estava conversando com o Dr. Luciano Luiz Moreira a respeito de uma inovação sensacional aqui em Minas, que é o acompanhamento das obras em tempo real, com georreferenciamento. O cidadão pode acessar e verificar todos os dados, como as obras estão caminhando, perspectivas, avaliação. Essa inovação dá uma força tremenda à cidadania e deve ser divulgada a todos os estados. A transparência não pode ser só antes do ato administrativo ou do contrato, mas também durante e depois.

O que muito se tem visto é que essa transparência ocorre apenas muitos anos depois da execução da obra; certamente essa é a realidade de vocês quando se preparam para denúncias de ações civis e de improbidade, analisando ex-Prefeitos, que colocam a culpa nos posteriores. O sujeito fala assim: *Entreguei a obra perfeita, mas o outro veio e tirou a cerca, veio o outro e tirou os canos*. A defesa dele é temporal e impossível. Vamos dizer assim: é uma prova impossível de ser feita, mas ele lança a dúvida, os tribunais acabam acatando essa dúvida e fica por aí mesmo.

Num caso recente, o construtor estava sendo processado e ele teve um cuidado muito grande: fotografou tudo quando entregou a obra – um aterro sanitário no interior do Ceará. Fotografou e filmou a solenidade de entrega da obra à Prefeitura, com as cercas, com guaritas, tratores, tudo. O processo remonta há cinco anos, agora o aterro desapareceu, e ele falou: *Entreguei tudo certo; o Prefeito ou outra pessoa se apropriou*. Talvez seja o correto. Quanto mais transparência, mais segurança.

Os mecanismos de acesso e denúncia para todos facilitam muito, porque o Ministério Público tem muito a fazer e não pode virar também fiscal de obra; tem que ter a população para mostrar a denúncia ao Ministério Público. Os olhos da população têm que colaborar para que os prejuízos sejam evitados ou minorados. Para isso, a gente precisa de uma divulgação constante dos mecanismos de acesso.

A solução que me parece mais desejável partiria do retorno ao cultivo das virtudes, da participação dos servidores públicos. A grande maioria dos servidores é honesta, mesmo em órgãos comumente envolvidos em atos de corrupção por seus dirigentes, e não concordam com os atos da direção, da superintendência, mas se veem numa hierarquia em que não podem falar nada. Esses servidores também são os olhos da sociedade, muito próximos das obras em andamento, dos desmandos, e deveriam ser valorizados por essa colaboração com o esclarecimento da verdade.

Há uma rápida penalização dos culpados, nossas leis processuais continuam com a facilidade tremenda de passagem do tempo. No Ceará, existem escritórios notoriamente conhecidos por protelar o andamento de processos de forma nitidamente antiética. Infelizmente, a OAB não toma nenhuma providência. Já cansei de remeter ofícios, e não acontece nada. Uma das coisas mais simples que pode acontecer é o sujeito ter advogado constituído; o advogado é intimado para a apresentação da defesa preliminar e não apresenta. Passa o prazo, temos que intimar o acusado de que o advogado dele não cumpriu o prazo e dar mais um prazo para ele constituir novo advogado, isso não vai para a Defensoria Pública; aí, quando o processo vai para a Defensoria, o advogado aparece e apresenta. Da mesma forma, as razões de recurso. Ainda persiste aquela regra de que o sujeito só apela e pede para apresentar as razões no tribunal. Imagine um processo com 40 réus e 10 deles não apresentam as razões. Chega ao tribunal todo esse volume de anexos, vai automaticamente para o Ministério Público, que verifica que dez não apresentaram suas razões e o devolve. O Desembargador intima o advogado, mas ele não apresenta as razões, e o processo vai para a Defensoria Pública; às vezes, o desembargador faz uma carta de ordem para que a

gente intime o réu a constituir novo advogado. E aí se perdem uns seis meses de instrução, só por conta dessa manobrinha processual. Não consigo entender como profissionais desse tipo se consideram grandes advogados. Acho que a solução continua sendo a união de todas as instituições. Vou mostrar alguns casos onde essa concretização ocorreu de forma muito efetiva e a colaboração de todos os órgãos envolvidos se deu de forma muito concreta.

A imprensa tem papel efetivo e essencial. Quase todo mundo concorda que sai uma reportagem no Fantástico com a investigação já quase pronta, e no outro dia está todo mundo se mexendo para dar uma resposta imediata. A imprensa tem esse fator muito positivo. Já com relação a comportamento social, há uma leniência negativa. Pessoas notoriamente corruptas, corruptoras, criminosas, continuam se agraciando da excessiva tolerância social. São prestigiadas, citadas em jantares, eventos e colunas sociais como se nada tivesse acontecido.

A sensação é de impunidade, que todos nós vivenciamos e pela qual somos cobrados, seja pela não condenação do culpado, pelo não cumprimento da pena ou pela sensação de que uns poucos são julgados, enquanto os mais ricos ficam impunes. Devemos fazer uma crítica a nós mesmos sobre a lentidão excessiva do julgamento, que oferece essa aparência de impunidade. Falta entre nós uma comunicação social mais efetiva. O Ministério Público ainda tem, comunica-se muito bem. Mas o Judiciário quase não fala com a sociedade, e isso é um equívoco institucional, porque, se nosso trabalho não é divulgado – e não é para se vangloriar, é só para divulgar mesmo, para dizer que o dinheiro que está sendo aplicado nos nossos salários e garantias constitucionais vale a pena e tem significativo impacto social. Se isso não for feito, acontece o que está acontecendo nos últimos oito anos: nossos salários cada vez mais defasados, no aspecto federal bem mais do que no estadual, porque ninguém sabe o que a gente faz e o efeito de um julgamento.

Às vezes, falta comunicação também no aspecto de que uma liberdade temporariamente deferida não significa impunidade; as pessoas confundem muito quando alguém responde em liberdade, acham que foi absolvido e ficam falando que não deu em nada. Então, quando der alguma coisa, tem que ser divulgado. Esse conteúdo não é positivo só institucionalmente, também tem conteúdo pedagógico para crianças, jovens e até para quem pense em fazer alguma coisa errada. Se a pessoa não se convence moralmente, pelo menos se convence pelas possíveis consequências.

O crime organizado junto à administração pública tem diversas modalidades. Vou falar das mais comuns. Assim como a corrupção, o crime organizado também não é recente. Crimes em larga escala são antigos, desde os piratas, a máfia, o cangaço. A propósito, para quem se interessar por cangaço, a obra “Guerreiros do Sol”, de Frederico Pernambucano de Mello, faz uma análise muito profunda desse fenômeno do crime. Acho que o cangaço é uma das primeiras demonstrações de crime organizado no Brasil e de lavagem de dinheiro também. Os chamados coiteiros eram as pessoas que davam guarida ao bando de cangaceiros no interior do Nordeste. Não eram meros simpatizantes do cangaço; eram fazendeiros que recebiam dos cangaceiros e em nome

deles compravam gado, terras; eram os “laranjas” daquela época. Havia vários atrativos, da mesma forma que o crime organizado tem hoje: insubordinação às autoridades, uma certa arrogância, o caráter aventureiro e épico, notoriedade, dinheiro fácil. O cangaço não tem nada de heroico. Quem é do Nordeste sabe que essa figura de Lampião e seu bando como algo folclórico não é verdade. Eles eram criminosos de muita crueldade, não tem nada de positivo nisso. Nós temos um fenômeno no Nordeste, acredito que aqui tenha a sua repercussão, que nós chamamos de cartãozeiros, pessoas que fraudam cartões de todo tipo. Já julguei quadrilhas desse tipo, e a feição delas é muito semelhante à do cangaço, desde a não percepção do próprio desvirtuamento até uma desconexão da realidade. São pessoas de 30 anos, em média, também com muito dinheiro fácil, também com muita arrogância, a ponto de, numa audiência com oito cartãozeiros famosos na região, ser preciso barrar 20 moças querendo acompanhar a audiência, tientes, digamos assim, com quem eles tinham relacionamento. Estavam ali idolatrando aqueles criminosos. Os cartãozeiros também têm a característica de guerrilha, de pequenos ataques e fuga, que o cangaço tinha; atuam em determinado banco ou segmento e depois desaparecem. Assim como no cangaço, também há entre eles a presença de estrangeiros, lavadores, serviçais e laranjas, armas e tecnologia. Segundo Frederico Pernambucano, o cangaço começou a ser debelado quando o Estado se equipou com tecnologia e informação. A tecnologia daquela época foi a metralhadora e a informação foram as estradas. Nos anos 1920-1930, o interior do Nordeste não tinha muitas estradas por onde pudessem passar veículos da Polícia. Então os cangaceiros penetravam na caatinga e não havia quem pegasse, a não ser a pé. Aí, começaram as estradas e a Polícia começou a chegar mais rápido às cidades sitiadas. O cangaço fechava e saqueava toda a cidade e depois ia embora. Fazendo um paralelo com o crime organizado dos cartãozeiros, a tecnologia e a informação são os fatores que os bancos se dedicam sempre a estar aprimorando. Esse programa de renascimento, *Rebirth Program*, também já era utilizado no cangaço. Quando a pessoa entrava no bando, mudava de nome, e sua identidade verdadeira jamais era conhecida. Aconteceu em Fortaleza um caso muito interessante: um americano que há oito anos estava sendo procurado pelo FBI no mundo inteiro estava em Fortaleza, com nome e documentação falsa. No interrogatório, ele revelou que tinha conseguido esse programa de renascimento de identidade por 50 mil dólares, quantia bem razoável para esse tipo de coisa, através da República de Montenegro. Ele fazia fraudes bancárias em Fortaleza, mandava para o Panamá e de lá para outros países, e recebia, por isso, também via cartão de crédito, sacando em caixa rápido. Parece coisa de filme, mas aconteceu no Ceará.

A atividade criminosa organizada supera qualquer criminalidade antiga em nível de organização, técnica de expansão e lucratividade. Essas associações permanentes têm um novo grau de hierarquia, não mais aquele modelo piramidal. Eu vou mostrar um gráfico com as hierarquias em rede ou em teia, em que as pessoas guardam proximidade, mas nem todas conhecem umas às outras. Os advogados que servem ao crime organizado também não são advogados muito simples; não são advogados que tiveram a formação ética comum; são muito ousados, abusados, inclusive em audiência, peitam o Ministério Público, tentam intimidar

o Juiz, não só durante a audiência – eles fazem ali uma encenação para o cliente ver, batem na mesa, alteram a voz e coisa parecida –, mas também em termos de recurso e representação a órgãos correccionais, tentam toda forma de intimidação.

A superação do crime de associação à quadrilha, esse investimento lucrativo, de baixo custo e recuperável em curto prazo, é outra característica do crime organizado, que se infiltra no Estado de diversas formas. Apesar dessa expressão infeliz, é verdade que, infelizmente, existe proximidade do crime organizado com membros do Ministério Público, da Polícia, do Judiciário, e que tem que ser retirada do nosso convívio imediatamente. Em alguns casos, caracteriza-se pela ausência de vítimas individuais. Aconteceram casos lá em Fortaleza em que toda uma categoria de aposentados era afetada com fraude bancária. Assim, a pessoa não vê a vítima, pega uma categoria de vítimas ou clientes de determinado banco. Foi noticiado recentemente como novidade algo que já aconteceu no Ceará há dez anos – a fraude de código de barras dos boletos. A quadrilha entrou no site de um banco, conseguiu uma lista completa, por exemplo, de clientes de determinado provedor de internet; como havia boletos para as pessoas pagarem, eles imprimiam e enviavam aos clientes pelo correio, só que trocavam o código de barras para a conta deles. O boleto era idêntico ao verdadeiro, o cliente pagava, e o dinheiro ia para a conta deles. Depois de uns três meses, a pessoa jurídica cobrava e o cliente dizia: *Já paguei, está aqui o comprovante*.

Por essa ausência de vítimas identificadas é que, nos interrogatórios, parece que eles não se veem como grandes criminosos, porque não veem o corpo, sangue, não veem o prejuízo que causaram. Eles acham é que são inteligentes, figuras assim diferentes. E são bandidos como quaisquer outros! Causam prejuízo a muitas vítimas, por um considerável período, e nem se acham tanto assim. Apesar de existir uma certa hierarquia operacional, tática e estratégica, os membros têm outra formação em termos de contato, mas o ponto comum é esse, nas quadrilhas que já verificamos: é uma dedicação exclusiva ao crime. Não fazem outra coisa a não ser praticar crimes. Esse pessoal cartãozeiro fica literalmente 24 horas por dia nessa função. As interceptações demonstravam a obtenção de trilha, confecções de cartões, saques em caixas, tudo isso com operacionalidade rápida demais. Para vocês terem uma ideia, em alguns tipos de fraude, entre a fraude ser cometida e o banco detectá-la, o intervalo era de cinco segundos; então, o sujeito ficava no telefone com o comparsa e ele dizia: *É agora!* Aí, o sujeito colocava o cartão para retirar o dinheiro todo da conta, o outro operava o computador de um canto remoto e dizia: *Você tem cinco segundos para sacar antes que o banco bloqueie*. Eles faziam isso constantemente, por isso é que tinham equipamento de última geração, e é claro que contam com a corrupção de membros das empresas que fazem cartões, máquinas, manutenção; a pessoa não conseguiria descobrir como burlar um sistema desse sem contar com informações prévias de alguém de dentro do próprio banco.

Em termos de visualização da estrutura das organizações criminosas, posso dizer que na verdade, a figura que mais se aproxima é de uma teia, ou seja, as pessoas tinham suas teias de colaboradores e só alguns conheciam uns aos outros, de

forma que, se um desses mais de ponta fosse preso, jamais conseguiria identificar o resto da quadrilha, simplesmente porque ele não sabe, mesmo que queira colaborar. São redes ou teias, com capacidade de se adaptar rapidamente a novas tecnologias. Precisamos ter isso em mente em todas as formas de combate ao crime organizado. É por isso que nem o Ministério Público e nem a Polícia podem ser entidades de expediente. O crime organizado não é de 8h às 12h, de 12h às 18h, é o tempo inteiro.

Parece que as duas pilastras básicas do crime organizado são corrupção e lavagem de dinheiro; se faltar uma, o crime organizado não consegue se estruturar de forma mais efetiva. Tem que ter a corrupção de alguém do serviço público, ou mesmo de empresa privada, além da lavagem de dinheiro, senão a vantagem não vai ser auferida de forma realmente atrativa. Combatendo essas duas vertentes, me parece que o crime organizado sofre um grande abalo.

Não temos direito de ser ingênuos, temos que fazer uma autocrítica e crítica diária de todas as instituições; nós não escapamos dessa crítica, e só assim é que vamos conseguir fazer uma sociedade melhor. Acho que devemos sempre rever e renovar nossa própria atuação. E um seminário como este é uma oportunidade excelente para se reciclar e se remotivar. Se as práticas do crime organizado continuam crescendo e se renovando, cabe a nós também inovar na percepção e nos julgamentos, não é?

A participação da sociedade é muito importante nesse aspecto. Os valores positivos é que são a base de uma sociedade equilibrada e mais justa e devem ser retomados. Não se pode ficar só combatendo, combatendo; há necessidade de uma formação para que o crime organizado não consiga mais adeptos. Todo mundo sabe que a tentação bate à nossa porta todo dia, a tentação da corrupção nesses vários aspectos, dinheiro, influências, carreirismos. É claro que tem carreirismo, é claro que existem colegas muito simpáticos com determinados membros da sociedade – membros políticos –, colegas do Judiciário, do Ministério Público, da Polícia, de todo canto, que desejam proximidade, desejam ser lembrados – e isso é uma autocrítica que se tem que fazer. Mas não se pode continuar valorizando corruptos, pedófilos, pessoas que se valem de prostituição, contrabando, nem se deve comprar bolsa falsificada – que me permitam as colegas. Não se pode se esconder dessa realidade, achar que isso está muito longe da gente; pode ser que estejam na nossa casa vários tipos pequenos de corrupção, mas que de qualquer forma vão formando nosso caráter, e não se pode ter essa indiferença.

Vou falar da experiência de Fortaleza. Fortaleza, para quem não conhece, é a segunda mais bela cidade do Brasil, só perde para Belo Horizonte. É uma cidade de um potencial turístico muito grande, infelizmente pouco aproveitado. Mas é muito bonita e tem uma administração que está tentando fazer alguma coisa positiva. O tráfico de drogas no Ceará aumentou demais, devido aos voos internacionais. Fortaleza tem voo direto para Lisboa, de sete horas, bem mais atrativo do que ir para São Paulo primeiro; tem também um voo para Cabo Verde, que vai depois para Portugal. Em certa ocasião, tivemos um encontro com representantes de Cabo Verde, e eles demonstraram as dificuldades muito grandes que eles têm. Como se sabe, até pouco tempo, Cabo Verde

ainda era colônia de Portugal. É um conjunto de ilhas muito humildes. E eles não tinham nem raio-X, nem cachorros, absolutamente nada para o controle de drogas. O transporte se chama Transporte Aéreo de Cabo Verde.

Em quase todo voo que saía de Fortaleza tinha apreensão de drogas. E os perfis são os mais diversos – pode-se dizer que não existe um único perfil: brancos, negros, pobres, ricos, mulheres. Numa certa época, de vez em quando tem isso, eram muitos espanhóis, depois holandeses, depois mulheres espanholas – algumas grávidas. Nesse aspecto, o crime organizado de tráfico de drogas é o mais degenerado possível; usam mesmo as pessoas e descartam posteriormente. Eu me recordo até da proposta de um Deputado – ainda bem que não passou –, era aquela ingenuidade da qual falamos que não pode nos contaminar. O Deputado tinha até boa intenção. Ele quis acrescentar um item que, se o traficante de drogas fosse deficiente físico ou depois de certa idade, teria a pena diminuída. É de uma ingenuidade evidente! O que vocês acham que iria acontecer no dia seguinte? O crime organizado iria recrutar todo paraplégico para diminuir o que pagariam por pessoa, alegando o seguinte: *Você vai receber pena menor, então vou pagar menos!*

Temos muitos casos em que os traficantes tentam ocultar a droga nos mais diversos moldes, como em motores, vasilhames de cosméticos e até mesmo ingerindo, que é o caso mais degradante.

Assim, popularmente chama-se a “ingestão de dedos”, porque cada pedaço é do tamanho de um dedo. Quando presa, a pessoa é levada ao IML, onde passa por raio-X e depois toma laxante para expelir as cápsulas. Às vezes elas são envoltas em preservativos. E tem o dado que mais degenera a pessoa: para engolir uma cápsula dessa, ela tem que treinar. E ela treina com uma banana ou com um pedaço de cenoura, para se acostumar e não expelir. Tem que ser feito um cálculo entre a hora que o voo sai e a hora em que começa a engolir; às vezes, leva seis a oito horas engolindo – engole e põe pra fora, até conseguir engolir tudo. Não pode comer nada, porque senão ativa a digestão e pode dissolver a proteção, causando morte imediata. Se a pessoa engolir 90 cápsulas, tem que entregar as 90; se entregar 89, você ficou com uma, e os traficantes não perdoam. Uma vez, uma moça contou no interrogatório que não era a primeira vez que ela participava do tráfico. Numa das viagens, ela passou mal, foi ao banheiro do avião e expeliu três cápsulas. E como ela iria ficar com três cápsulas de cocaína na mão? Qual era a solução? Engolir de novo, porque ela tinha que entregar todas as cápsulas.

Tráfico de pessoas

Quanto a tráfico de pessoas, recomendo o livro “O ano que trafiquei mulheres”, do jornalista espanhol Antonio Salas. Durante um ano, ele se infiltrou numa rede de tráfico de pessoas. Esse livro foi utilizado numa sentença minha, porque dizia o mesmo que eu ouvia das testemunhas cearenses que foram traficadas, então eu citava em nota de rodapé para comprovar que o que elas estavam dizendo era verdade, que saíam daqui iludidas, de boa-fé. É muito comum o método de seleção entre pessoas de baixa renda, sem perspectiva de vida ou de emprego, às vezes convencidas à prostituição, às vezes não. Falam para a pessoa que o trabalho é para

ser arrumadeira, trabalhar em hotel, ser manicure, e ela recebe um período de engorda e embelezamento, por mais absurdo que seja. Os dentes são tratados, a pele, o cabelo, a menina é melhor alimentada, realmente tratada como gado e vendida para esses exploradores. A pessoa já chega lá devendo cinco ou dez mil euros e é submetida a essa exploração. O livro conta e as vítimas também relataram o real e machista mercado da prostituição, voltando à questão da ausência de valores e de autocritica por parte dos homens, especificamente nestes casos. Segundo as vítimas e o livro, esse mercado de prostituição vive da novidade. A novidade são as novas moças; depois de três, quatro meses, elas são exploradas num prostíbulo, atendendo quantos clientes e por quanto tempo a casa determinar. Cada encontro dura 40 minutos; se passar para 45, ela paga uma multa e o cliente não paga nada. Quando essa moça já não é mais novidade naquele antro, é levada para outras cidades. Então, ela sai de uma cidade espanhola, vai para uma italiana, depois para o interior da França, e por aí vai. Esse rodízio é uma realidade que conta com a corrupção dos órgãos de fiscalização de entrada, permanência e saída desses países e com a rede de lavagem de dinheiro também.

Agora, a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013) traz inovações e imperfeições. Para organização criminosa, a primeira característica é que independe do número de pessoas se for transnacional; as organizações terroristas e as infrações penais que o Brasil se comprometeu a combater também são atingidas por essa lei. A pena é razoável, três a oito anos para quem promover, constituir e financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposto, a pessoa de organização criminosa. Uma dúvida: pessoa jurídica pode integrar organização criminosa? A lei ambiental fala que a pessoa jurídica constituída ou utilizada de forma preponderante para a prática daqueles crimes pode ter seu patrimônio considerado instrumento do crime e sua liquidação forçada. Acho que se poderia prever a mesma coisa para pessoas jurídicas que integram, financiam ou facilitam o crime organizado. Aqui fala: “Promover, constituir, financiar ou integrar pessoalmente ou por interposto a pessoa”. A esposa de um criminoso que dá suporte às ações do seu esposo participa também? Toda mulher sabe quanto o marido ganha. Ou não é verdade? Se for funcionário público, com o salário que ganha pode ou não pode ter aquele carro, aquela casa de praia, viagem internacional. Então, acho que deveriam investigar as esposas também, e até que ponto participam e dão suporte a esse tipo. Outra dúvida que a lei traz: “Na mesma pena incorre quem impede ou de qualquer forma embarace a investigação”. A pergunta é: lavagem é forma de embaracar a investigação, ou fica com curso formal, ou a princípio da especialidade mesmo, ou são dois crimes? Quem embaraca e quem lava dinheiro está escondendo os bens, está dificultando? Os advogados podem embaracar a investigação? Até que ponto é razoável a atuação do advogado de quem é notoriamente criminoso? Será que aquela história de arrolar testemunha inexistente, ou com endereço inexistente, ou entrar com *habeas corpus* sem fundamento, com recurso protelatório, pode ser tido como embaraco? Isso é permitido legalmente? Eticamente, é aceitável?

Como a gente tinha falado, toda instituição tem que ser autocrítica, os advogados, a OAB, porque não é possível que defenda espertezas como teses de defesa, não é? Não acredito nisso.

Algumas imperfeições, com relação a funcionário público ligado ao crime organizado, diz a lei: “Se houver indício oficiante de que funcionário público integra a organização criminosa, poderá o Juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração”, mas não fala do mandato eletivo, se o funcionário pode ser afastado. Ele pode perder o cargo no final, mas não pode ser afastado cautelarmente, pelo menos aqui a lei não fala; nem fala em interdição de mandato eletivo. Diz assim: “A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda de cargo, função ou emprego ou mandato eletivo, e a interdição para o exercício de função ao cargo público pelo prazo de oito anos”, mas não fala da interdição de mandato eletivo por oito anos também, fala do cargo. Então, o sujeito pode perder o cargo, o mandato eletivo, mas pode se candidatar.

Outra imprecisão evidente está no § 7º da Lei 12.850/13: “Se houver indício de participação de policial no crime de que trata essa lei, a Corregedoria instaurará inquérito e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito”. Isso não quer dizer que o Ministério Público não possa instaurar inquérito ou determinar uma instauração; evidentemente, seria uma diminuição de suas prerrogativas. Crime organizado e práticas eleitorais, acho que deve ser revista também essa matriz. Muitas vezes, os candidatos tentam uma aproximação com bandidos. Os casos mais simples de verificação, no Rio de Janeiro, com aquele pessoal antigo do jogo do bicho, das escolas de samba e seus Deputados, seus Vereadores, aquela relação muito promíscua evidenciava que o poder político atrai as pessoas do crime organizado e tem suas recompensas.

Dos meios de investigação que essa lei traz, a colaboração premiada e a cooperação entre as instituições me parecem ser as duas formas mais inovadoras de investigação. A delação premiada deve ser incentivada e ter seus mecanismos cada vez mais aplicados para facilitar a investigação.

Eu quero falar rapidamente sobre o assalto ao Banco Central, porque fui eu que julguei e faço questão de esclarecer como foi, porque o filme foi um desastre! Um desastre para todo mundo, um desastre completo. O filme é realmente filme, totalmente obra de ficção. De real só tem o buraco. O resto é imaginação do diretor.



Fonte: <https://www.bcb.gov.br/Pre/ImagensBC>

Imaginem acordar com essa notícia em Fortaleza! O crime ocorreu de 5 para 6 de agosto de 2005, de sexta para sábado, e a manchete saiu na segunda-feira. Foi o maior ou o segundo maior assalto do mundo, feito através de um túnel de cerca de 70 metros, 3,5 toneladas em notas de R\$ 50,00, somando R\$ 164 milhões furtados em uma noite, na época em torno de 83 milhões de dólares. O crime foi em agosto; a primeira denúncia já foi em 15 de setembro. A Polícia Federal e o Ministério Público atuaram muito rápido. Vou explicar como foi feita essa atuação.

Foram designados exclusivamente para o caso um Delegado da Polícia Federal, Dr. Antônio Celso, e um membro do Ministério Público Federal de Fortaleza, Dra. Rita, hoje aposentados. A primeira sentença saiu dois anos depois, quando foram ouvidas 36 testemunhas de acusação, 46 de defesa; foram feitos os interrogatórios, respondemos a 24 *habeas corpus*, nenhum foi provido.

O caixa-forte do Banco Central talvez fosse duas ou três salas desta em que estamos, com largura em dobro, e talvez uns oito metros de altura. Muito grande mesmo. O dinheiro era armazenado em *pallets*. Os *pallets* são estruturas cúbicas, metálicas, cheias de dinheiro, de forma que a empilhadeira os movimentava com facilidade. A porta do caixa-forte dava para o interior do banco, e eles entraram e saíram pelo final. Só que eles percorreram toda a lateral do caixa-forte por trás dos *pallets*, para pegar dinheiro usado no primeiro *pallet*. Assim que eles saíram do buraco, do lado tinha dinheiro novo, só que eles sabiam disso, que essas notas eram sequenciais. Então, não pegaram dinheiro novo. Vieram pegar o dinheiro velho. Como é que eles sabiam disso? Evidentemente, corrupção de pessoas de dentro. Foi feita investigação muito detalhada em todos os servidores do Banco Central e não se identificou a participação de nenhum deles. Foram funcionários terceirizados – o pessoal de segurança e o pessoal que fazia manutenção no Banco Central é que estava envolvido.

Eu percorri pessoalmente o mesmo itinerário para entender como eles fizeram. O espaço entre o *pallet* e a parede era muito pequeno, havia muitas colunas, e você tinha que passar de lado. Imagine uma sala três vezes maior do que essa, no escuro, sem ar-condicionado, de madrugada, você recolhendo três toneladas e meia de notas. É um trabalho físico muito grande. Tinha que passar de mão em mão para chegar no buraco, onde tinha um tambor cortado ao meio, feito uma balsazinha. Colocavam o dinheiro lá e puxavam pela corda, por 70 metros, até a casa onde outra equipe pegava o dinheiro. Eles alugaram essa casa em Fortaleza e fizeram uma empresa de fachada, de grama sintética, para justificar a terra que saía.

Segundo os interrogatórios, eles levaram três meses para fazer o túnel. Ele passa por baixo de uma das principais avenidas de Fortaleza, que é muito movimentada. O risco de ceder era muito grande. As quatro faces do túnel são revestidas de madeira. No interior havia ventilador, cabos para iluminação e tubos para refrigeração, que eles acoplaram ao ar-condicionado da casa para tentar injetar dentro do túnel, porque é muito quente.

Por que eu fiz questão de percorrer esse trajeto? Porque eram vários acusados, e a gente tinha que perceber – e foi

percebido depois – que só pessoas franzinas conseguiriam percorrer o túnel. Alguns eram bem altos e fortes, e eles mesmos diziam: *Ou eu só puxava a terra ou só puxava o dinheiro*. Realmente, estes não tinham condições físicas de entrar. Existia também uma manta plástica no interior do túnel usada para deslizar melhor os tambores de terra e de dinheiro. Na mesma época em que estava sendo investigado o túnel, estavam sendo investigadas também duas outras tentativas: uma em Maceió e outra em Porto Alegre, cujos integrantes faziam parte da quadrilha. Em Maceió eles abandonaram e continuaram em Porto Alegre. Com o sucesso em Fortaleza, eles conseguiram implementar a obra em Porto Alegre, mas foram presos.

Quero comentar rapidamente a questão de Porto Alegre. Em março de 2006, já com o dinheiro do furto, compraram um prédio em Porto Alegre por R\$ 1 milhão. Com a justificativa de reformar o prédio, eles estavam fazendo um túnel que iria



Fonte: freemage.com /iStockphoto/ Tratamento: Rafael Meireles

alcançar, ao mesmo tempo, o Banrisul e a Caixa Econômica Federal. Com as escutas em Fortaleza, a nova tentativa foi descoberta e a Polícia prendeu todos. Todos foram julgados e condenados por tentativa de furto. No filme, o Barão é esse ator, e o Alemão verdadeiro é esse outro; ele assumia vários tipos físicos, cabelo grande, barba e tudo. O Delegado Celso utilizou todas as tecnologias disponíveis na época pela Polícia Federal. A mobilidade era muito grande, ele viajava para Fortaleza, Maceió, Porto Alegre e várias outras cidades onde tinham lavadores, em jatos da Polícia Federal; ele contou com todas as perícias possíveis. Falo isso porque dá muita raiva ver no filme o Lima Duarte, que é o Delegado, com um caderninho anotando. Uma investigação dessas e o cara anotando! Um absurdo.

A Polícia Federal e o Ministério Público concordaram em fazer uma sequência de investigações partindo do núcleo financiador e executor do furto, e daí foi ampliando esse círculo e pegando os lavadores e lavadores de lavadores. Ao todo, foram 133 denunciados em 26 ações penais, e o resultado é este: 94 condenados; 16 absolvidos, sendo 10 no TRF; 2 morreram; 1 teve a ação trancada por *habeas corpus*; 2 a gente achou que era incompetência da Justiça Federal, porque eram documentos falsos. Restam ainda 2 ações penais, e tem 26 réus.

As práticas utilizadas em toda essa experiência, a confiança adquirida nas autoridades, isso foi sendo feito durante a investigação. Eu não conhecia o Delegado Celso nem ele me conhecia. Ele nunca solicitou qualquer atividade – busca e apreensão, ou escuta ou o que seja – sem ter muita fundamentação. Ele apresentava verdadeiros dossiês de cada pessoa investigada. A gente tinha necessidade de

rapidez nas decisões e nos expedientes da Vara, para não perder a linha investigativa. Tínhamos total disponibilidade – tanto eu como da Dra. Rita éramos contatados pelo Delegado Celso 24 horas por dia, porque os novos fatos, as novas linhas de investigação surgiam 24 horas por dia. A gente tinha que contar com a rapidez dos servidores também, porque o Delegado Celso me mandava solicitações por e-mail, com cópia para a Dra. Rita, que já preparava o parecer e o enviava para mim também por e-mail, e eu decidia – isso em casa, de madrugada. Eu entrava em contato com os servidores para expedição dos mandatos e os retransmitia, por fax ou digitalizados, para o Dr. Celso também. Isso é para terem uma ideia da necessidade de rapidez no combate ao crime organizado e de adaptação às tecnologias.

Um caso curioso aconteceu em uma das interceptações, em que o sujeito ligou para a namorada em Fortaleza e disse para ela comprar um quilo de elástico. O agente que estava escutando estranhou. Para que um quilo de elástico? Evidentemente é para o dinheiro. Ele disse: *Você compra e leva em tal endereço*. Quem estava sendo interceptado era ele, mas com o número dela conseguiu-se identificar onde ela morava e foi feita uma campana. Tudo isso em tempo real. A moça foi a uma papelaria e depois seguiu para onde iria entregar esse elástico. Foram recuperados R\$ 12 milhões, que estavam guardados lá. Isso é só uma ideia da necessidade de contato real entre as autoridades, da mesma forma que os criminosos se contatam.

Então, é isso. Trabalho integrado do Ministério Público, Polícia e Justiça, informação em tempo real, equipe de servidores estava sempre muito bem informada do que acontecia. Todos se motivavam, porque viam o resultado de suas dedicações, mesmo de madrugada, mesmo fora do expediente. A decisão e as sentenças eram imediatamente divulgadas para toda a equipe. Foi uma experiência muito interessante.

O Delegado Celso tinha um grande receio de confronto armado, porque o pessoal estava com muito dinheiro. Mas, em todos esses processos e investigações, não foi trocado um tiro sequer; isso foi fruto da informação, da investigação profunda, de forma que, quando chegava, a Polícia sabia quem estava lá, com que tipo de armamento, e não tinha nenhuma possibilidade de as pessoas reagirem. Como existia também muito receio de vazamento de informação, o trato era direto comigo e com a Dra. Rita. Apenas uma servidora tinha contato direto para formulação dos expedientes; às vezes os outros faziam alguns atos, mas não sabiam exatamente o que estavam fazendo, porque era tudo em compartimentos. Como eu estava dizendo, o Delegado Celso fez dossiês de cada indivíduo, com todas as investigações, as casas, imóveis, carros, lanchas, tudo que cada um comprou, de forma que, no processo, ficou muito fácil o Ministério Público denunciar e a gente julgar.

Acho que a gente não tem mais direito de ser ingênuo. Estamos enfrentando uma sociedade diferente, com práticas e valores diferentes. Falsos profissionais existem em todos os cantos. Acho também que a polícia de expediente não pode continuar sendo assim; não pode ser de 8 às 12h, de 12 às 18h; não é essa a realidade do crime organizado. Acho que Ministério Público preguiçoso, advogados espertos, Juízes bonzinhos, sociedade indiferente... não



Fonte: Free image.com

tem mais como suportar esse tipo de coisa. A gente tem que enfrentar isso de forma muito direta e muito sincera. Algumas experiências de educação e amparo social, justiça restaurativa e pequenas práticas na Vara, por exemplo, a assinatura do termo de liberdade provisória do beneficiado com o Juiz, e não com o sujeito na secretaria; uma conversa do Juiz com quem está recebendo a liberdade provisória é mais impactante do que um ato meramente formal em secretaria.

Finalizando, é um sonho possível fazer uma sociedade melhor, uma sociedade mais justa, um povo mais respeitado. É pelo impossível que as coisas são feitas, que as realidades são mudadas; a gente se superando e sempre indo em frente, apesar de tudo, de todos os temores, tentativas de intimidação, limitações ou aparentes limitações. Para os colegas mais novos, acho que no Ministério Público, acho que na Justiça, realmente, tem um bando de loucos; só quem acredita nessa mudança e não se conforma com a realidade, quem não se limita à razão, só quem realmente enlouquece por uma causa é que tem vez no Ministério Público e na Justiça. Acho que Minas Gerais é um estado de loucos, um estado de gente que ousa cantar o amor, ousa construir um novo mundo, pregar uma pedagogia da compaixão, a caridade, a compreensão e a tolerância. Se pensamos em um mundo novo, vemos que este estado já deu e continua dando inúmeros exemplos disso. A gente pode fazer a diferença em cada prática, em cada processo, a cada dia. Tenho toda a certeza disso.

A vida é muito simples; a gente deve cultivar a simplicidade e se lembrar de que não somos melhores que os outros, mas apenas que Deus nos deu mais oportunidades de melhor servir. Quero terminar lendo o trecho de um livro, principalmente para quem é novo na carreira jurídica:

Me parece que o que de mais importante o Direito proporciona é você se aproximar de outras realidades que desconhece e refazer seus pontos de vista, agora mais críticos e sensíveis. O que as carreiras jurídicas ensinam é a possibilidade de você falar por quem não tem voz, de lutar por quem não é capaz, de combater as iniquidades por quem as sofrem, de dar alento aos desenganados e esclarecimento aos descrentes. São os diversos modos de agir profissionalmente que permitem você exigir a cidadania negada aos mais carentes, defender quem não mais confia, preservar as prerrogativas democráticas e

características republicanas de igualdade e fraternidade, lembrar deveres públicos esquecidos e responsabilidades governamentais olvidadas, combater o mal por quem foi vítima dele, assumir a dor de quem não mais a suporta, guerrilhar pela dignidade dos famintos de comida e sedentos de esperança e ombrear-se com todos os necessitados de justiça, respeito e paz. Em suma, ao final do curso de Direito e no exercício das profissões jurídicas, não importa muito quanto você ganha, mas quem você se torna. Ser uma pessoa melhor em um mundo mais justo é a maior recompensa que se pode ter e o maior legado que se pode deixar.

Só sonhando e agindo é que a gente consegue mudar o mundo. É isso. Obrigado.

Fausto Martin De Sanctis



Fonte: Arquivo pessoal

Boa tarde a todos. Eu gostaria de agradecer ao CEAF pelo convite. É um prazer estar aqui com vocês, com o Danilo, com quem tenho amizade e por quem tenho admiração em termos profissionais. Vou falar aqui sobre o que eu penso e sobre a necessidade de se refletir o momento.

Estamos no mundo da tecnologia, no mundo que faz com que as pessoas desejem para ontem o resultado de algumas ações. Isso vale no âmbito individual, no âmbito institucional. Esta procura por respostas rápidas é também uma procura da nossa sociedade com relação às nossas instituições. Vimos aqui o exemplo que o Dr. Danilo trouxe, o caso do Banco Central, em que houve um empenho de dar a resposta, não digo rápida, não vou falar mais em rapidez, mas a resposta própria que se poderia esperar num processo da complexidade e envergadura como esse do Banco Central. E isso só foi possível com a união de diversas autoridades, o que possibilitou essa entrega de maneira eficaz, pelo menos em primeira instância, porque depois a coisa fica mais difícil mesmo, diante do nosso sistema, diante do que o Dr. Danilo falou, da chicana que é realizada, da má vontade de alguns profissionais, Juiz, Promotor, Delegado, advogado etc.

O planejamento é muito importante. Eu vejo isso no meu gabinete, no tribunal. O que é planejar senão antecipar-se aos fatos? O tempo não é o tempo social, não é aquele que é o esperado; ele não pode ser excessivamente longo; tem que ser um tempo adequado às necessidades do feito e à eficiência desse resultado. O processo e o procedimento dependem do tempo, que é inafastável de qualquer atuação institucional. Mas o nosso problema hoje é o tempo excessivo que leva à sensação de impunidade, ou então, à prescrição da pretensão punitiva, da pretensão executória, ou à odiosa pretensão intercorrente. A gente fala no tempo e no procedimento desde que haja ação. O problema existe quando a ação não é feita. Havendo paralisação estatal – quer pela corrupção do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, corrupção que

não se resume a ganho de valores, mas também por inércia, comodismo, carreirismo –, isso acaba fazendo com que o crime organizado vença, como está vencendo no país. Não podemos dizer que aquilo que vimos na TV durante a Copa é a nossa realidade; aquilo foi um momento festivo atípico, que não corresponde com o que vemos nas ruas e convivemos. Nossa sociedade é, sim, violenta, e a sociedade que tenta mudar essa situação precisa de mecanismos rápidos, tempo próprio e apoio das instituições.

Vocês sabem que liberdade deve ser conquistada. Mas a segurança também. A segurança tem que ser conquistada. Não há que se falar em liberdade sem a conquista da segurança institucional, instituições fortes. Quando se fala em corrupção num país desenvolvido, se fala no uso inadequado das instituições. Quando estamos no campo da nossa realidade, não se fala mais de uso inadequado das instituições, mas em fraqueza, ou total cegueira deliberada, como diz o Dr. Danilo, citando doutrina americana para outros fins. Existe um fechar de olhos institucional que, muitas vezes, é concebido propositalmente dessa forma.

Eu estive nos Estados Unidos, no ano passado, fazendo um curso sobre corrupção. Numa das primeiras aulas, o que me deixou feliz foi saber que existe esse planejamento de que eu falei e que o combate à corrupção começa na elaboração da lei; como são elaboradas; como constar na lei de forma a não conter brechas. O palestrante, um professor americano, falou sobre um artigo alterado recentemente e explicou por que mudou, o que há por trás da mudança.

E nós vivemos um momento assim. O Dr. Danilo é de uma Vara especializada em lavagem de dinheiro, a qual pertence por muitos anos e, à medida que essa Vara foi dando a resposta no tempo próprio, o Estado, por meio de suas raízes, Legislativo, Executivo e Judiciário, foi alterando as leis, de forma a acomodar e criar um campo fértil para que a criminalidade organizada, principalmente na área da corrupção, se perpetue e não seja mais arranhada pelos independentes – Promotores e Juízes. Infelizmente, a Polícia não tem a garantia da independência, que acho que deveria ter. Quem tem independência tem que agir independentemente. Nós temos a toga externa, o Judiciário, para se mostrar imparcial, moderado, independente. Mas o problema surge quando há uma toga interna, aquela toga que faz com que a gente use da erudição jurídica – não a erudição no sentido de saber profundo – mas da erudição para demonstrar a incapacidade ou para demonstrar a capacidade de deturpar os fatos ou destruir o que foi realizado anteriormente. Esse é um grande risco. E isso é uma realidade que pode existir em qualquer país, mas parece que aqui a coisa toma uma dimensão maior.

Vou falar de um fato recente. Fui convidado para a inauguração de um megatemplo. O convite era sedutor: um pergaminho escrito com tinta em ouro. Uma coisa que você fala: *Que isso!* Aquilo me fez refletir. Eu pensei *Não. Esse evento não é pra mim.* Ministros do Supremo, do STJ, Desembargadores do meu tribunal, pessoas famosas e políticos estiveram presentes. E o principal criador desse local já respondeu a diversos processos e continua respondendo a processo, com denúncia recebida numa Vara especializada, que está sendo objeto das chicanas, porque o processo não chega a lugar nenhum. Não é nada contra esta

ou aquela Igreja, nada sobre religião. O que é a religião senão promover o amor? Estou falando é da minha surpresa em ver as pessoas simplesmente ignorarem que por trás daquela obra maravilhosa existe muito do crime organizado. E todo mundo fecha os olhos para isso. Que sociedade é essa?

O Dr. Danilo citou a inteligência como a primeira característica do criminoso econômico. Não, primeiro é a avidez; louco por lucro, louco para embolsar valores que não lhe pertencem. A segunda é a inteligência. A terceira é a reiteração criminosa. E o pior: eles se consideram bons. Pascal fala que existem – e a gente vê muito isso em Vara especializada – honestos que se consideram pecadores; mas existem pecadores que se consideram honestos e tentam se demonstrar honestos. O criminoso econômico compensa suas ações egocêntricas com boas ações, com caridade. Então tem que se tomar muito cuidado. Aqui estamos entre colegas, estamos todos lutando pelo fim comum. Não estou falando para me vangloriar, mas quando eu determinei valores, a delação premiada, toda e qualquer delação premiada realizada na 6ª Vara tinha que ter compensação financeira imediata, indenização à sociedade e destinada a entidades sociais com critérios objetivos que estabeleci. Eu não queria ninguém que fosse do meu relacionamento, nada.

Bom, como fazer para acompanhar as obras que seriam feitas? Foram valores estratosféricos. Teve uma entidade que foi construir um teatro, aliás, uma entidade que ficava numa periferia que na época era pobre, desprestigiada e abandonada, em Itaquera. Hoje, com o estádio do Corinthians, isso mudou. Mas a entidade ficava ali, constituída por um casal de alemães. A história é linda. Da Alemanha, a mulher teve uma visão desse local no Brasil. Aí ela e o marido vieram e criaram a entidade, um lugar gigantesco. O casal morreu, e assumiu o atual presidente, que foi um dos assistidos. O terreno contempla quadras, atende adolescentes infratores etc, e não tem como se manter. Essa mulher visionária construiu a primeira estrutura, que seria um teatro. Quando isso chegou ao meu conhecimento, fui ver *in loco*; muito interessante isso: quando o Juiz vai *in loco*, as pessoas falam: *Ah, ele é parcial*. É duro isso, é uma coisa absurda. O presidente da entidade me falou: *Não sei mais o que fazer. A entidade presta um serviço importantíssimo e está quase fechando as portas*. Não sei se vocês conhecem São Paulo, Itaquera fica muito longe, não tem uma entidade cultural, não tem nada, a não ser pobreza. Eu respondi: *A sua solução é o teatro. Aluga para empresas da região, para festa. E outra: acaba com esse muro. A comunidade vai ter que abraçar isso de alguma forma*. Bom, foram destinados recursos altíssimos, acho que R\$ 2,4 milhões, e o teatro foi concluído.

Não foi só esse caso do teatro. Eu vi isso no Pacaembu, em São Paulo, o estado mais rico do país, uma entidade beneficente cuidando de pessoas com alto grau de paralisia, embaixo de uma ponte. Absolutamente insalubre. Algumas dessas pessoas nem podiam comer a não ser com alguém pondo a colher na boca deles. Isso em São Paulo, o estado mais rico do país. É aquela história: se eu, como Estado, agora que eu tenho a caneta, não vou agir, quem vai agir? Eu não dependo mais da União, do Executivo... Chegou um momento em que eu não acreditava mais, porque eu tinha um processo, em que a União foi solicitada, e eu vi que a União não trabalhava a contento, estava trabalhando só

pro forma. Enfim, era preciso construir uma nova unidade. Chamei a Prefeitura, que cedeu o terreno. Foi destinada uma verba grande, porque cada acordo de delação era de dois, três milhões. Nunca eram cifras pequenas.

Esses doleiros agora estão querendo acabar com seus crimes aprovando o fim do crime de evasão de divisas, que estava no novo projeto de Código Penal e depois foi colocado novamente, de maneira mais específica; e agora tem uma nova comissão, formada, óbvio, por advogados. E infelizmente um colega nosso diz: *Evasão de divisas tem que ser tirada do sistema punitivo brasileiro*. Não é possível assim!

Bom, aquele dinheiro inicial permitiu construir parte da entidade, com luz, piscina etc. E o que aconteceu? As empresas se interessaram. O Consulado do Japão deu equipamentos; há vários equipamentos atrás das camas dessas pessoas, que têm problemas respiratórios, entre outros. São equipamentos caríssimos. E uma empresa foi chamando outra, e a entidade está lá funcionando. Então, temos que partir para a ação. Qualquer um de nós tem que estar ali, arregaçando as mangas.

O que é importante falar sobre corrupção é: eu vejo a corrupção como um ônibus; ou você entra e se vale desse coletivo maravilhoso, ou fica do lado do ônibus, numa cegueira deliberada, fecha os olhos e o ônibus passa, ou então você fica na frente do ônibus. Ficando na frente, você vai ter problemas. Alguém de vocês me contou de um Prefeito que está preso no interior. Com certeza, você enfrentou um ônibus para conseguir isso. Se um enfrentar o ônibus, pode morrer; dois enfrentando, podem morrer. Mas uma hora esse ônibus vai parar ou diminuir a velocidade. Então, temos que partir para isso com coragem, apesar das consequências, porque quem se baseia nos princípios permanentes do direito e da vida, não há como ser destruído. E se for destruído, é porque aquele lugar não é seu. Foi isso que eu pensei muitas vezes quando fui ameaçado, recebi até telefonemas do CNJ. Não quero reviver isso porque não quero viver do passado, só quero mostrar minha motivação. Eu falei: *Se fiz alguma coisa errada, que me mostrem!* Eu estou baseado em princípios. Se é para eu sair da carreira, vou sair. Se não tenho apoio institucional, não posso ficar nesse ambiente, não vou me corromper. Em outras palavras: não vou ceder.

Falando das mudanças legislativas, que são perigosas, nosso país é contraditório: ao mesmo tempo em que beneficia criminosos, surge essa lei anticorrupção. As normas internacionais já falavam: *Cadê a responsabilização da pessoa jurídica?* O Brasil não tinha responsabilização da pessoa jurídica de maneira eficiente. Tinha essa lei de meio ambiente, que não basta para os objetivos de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. Aí veio a lei e instituiu tudo isso que foi falado anteriormente, sendo contestada por muitos advogados, mas está institucionalizando a investigação privada. Ou seja, sem Ministério Público, sem Polícia, sem ninguém, isso é muito interessante. Por que eu estou falando isso? A própria lei de lavagem já fazia isso. A Comunicação de Operações Suspeitas (COS), ou *Suspicious Activity Reports*, é feita hoje por pessoas privadas, instituições financeiras e não financeiras, advogados que não querem fazer e não fazem mesmo, porque estão acima da lei, não querem fazer mesmo quando não estão atuando na defesa

jurídica de algum cliente. E o Judiciário brasileiro mantém esse *status quo*, em que se pode mentir para o Judiciário, deturpar fatos e xingar o Juiz. Um Juiz de São Paulo foi chamado de justiceiro em um tráfico internacional. Ele se sentiu ofendido. Claro, chegou ao Supremo, e o Ministro Celso de Mello falou que está dentro da linha de defesa chamar de justiceiro. Agora, chame de justiceiro o Juiz do Supremo! Que falta de respeito!

Eu estava falando da iniciativa privada de Comunicação de Operações Suspeitas. A base do sistema de repressão à lavagem é não ter brechas. E não ter brechas é não permitir que setores fiquem livres para não cumprir essa obrigação de comunicar algo suspeito. É como as lâmpadas de Natal: se falha uma, falha o sistema. Mas querem criar o sistema com a lâmpada apagada. Bom, o particular tem o dever de colaborar e até, de certa forma, investigar. Eu estive no Bradesco para ver. Eles recebem milhões de informações diárias e têm que selecionar, e essa seleção é uma certa investigação particular para se chegar ao Coaf ou ao Bacen e então ao Ministério Público.

Até a existência dessas leis – o Emerson Garcia falou do conceito de *compliance*, mas eu adoto outro conceito –, que começaram em 1970, com a lei anticorrupção americana (FCPA), o conceito de *compliance* era “conformidade com o objeto social da empresa”. Existia *compliance* na empresa para saber se ela estava cumprindo com os critérios que ela própria estabeleceu. Mas isso mudou totalmente, porque, com as novas exigências do governo dos Estados Unidos e dos países que aderiram a elas, *compliance* passou a ser, como definição, “cumprimento das normas legais e normativas, dentre elas o objeto social da empresa”. Temos hoje o *compliance* como o setor *core* da instituição, que antes era mal visto e considerado chato. Agora não. Por quê? Porque ele é fator decisivo no alcance da punição. Se a empresa tem um eficiente *compliance*, a pena é reduzida no Brasil. Nos Estados Unidos, ela pode ser até totalmente descartada; lá eles criaram um sistema que se chama FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), em que as instituições financeiras no exterior que mantiverem contas de americanos são obrigadas a informar anualmente à Receita Federal americana sobre a sua movimentação bancária; então, vejam a legislação americana incidindo no país no exterior. Aí eu pergunto: como fica o país que fala que a quebra de sigilo bancário só pode ser dada mediante autorização judicial, como é o nosso? Mas aí, o que faz o americano? Não cumpriu com aquilo que estabeleceram? Não tem problema nenhum. 30% dos bens que tiverem aplicado nos Estados Unidos pertencentes a essa instituição financeira, serão objeto confisco! Qual é a saída? A nossa lei dá, a Lei Complementar 105, de 2001. Eu estou saindo um pouco do tema para falar do movimento atual. A lei fala: quando houver expressa abertura de mão do sigilo, esse sigilo não depende de autorização judicial. Simplesmente, a instituição bancária no Brasil tem que mandar para o cliente assinar um documento falando que abre mão do sigilo bancário, ou então, ela não faz nada e cumpre a legislação americana. Esse novo regramento americano foi criado em 2010 para vigorar em 2014 e agora passou para 2015.

Vejam como o direito é dinâmico e vai mudando aos poucos. Que bom seria se pudéssemos manter os princípios constitucionais e a lei como foram criados, andando lado

a lado. Mas não dá para se desvincular da evolução e do dinamismo da sociedade. Assim é entendido inclusive pelos ministros da Corte americana; um dos mais conhecidos, Louis Brandeis, já falava que a Constituição é um documento vivo, não hermético ou particular, e evolui conforme as necessidades da sociedade. As decisões americanas contra o trabalho escravo provam isso. No início, era legítima, depois disseram que não era bem assim, e no final era totalmente inadequada a aceitação da escravidão.

Tirando um pouco essa questão da evolução do sistema internacional, vejam o que está sendo feito: a cooperação internacional, tão necessária e festejada, está de certa forma sendo burlada, porque a instituição financeira agora presta informações diretamente ao governo dos Estados Unidos. Não tem mais pedido de cooperação: *Vamos pedir informação via nossa autoridade central?* Esquece a carta rogatória. Isso já é coisa do passado. Autoridade central pedindo para autoridade americana, nem isso existe mais! Até isso está mudando. A gente é desafiado, e os princípios têm que ser revistos. Tudo para quê? Para combater o crime, a sonegação tributária, que nos Estados Unidos é considerada crime absolutamente grave, ao contrário do nosso país. O que é sonegação tributária senão corrupção? Ambas são mesma coisa! A única diferença é: se o dinheiro ainda está com o particular, é sonegação; se está com o Estado, é corrupção. O argumento de que, no Brasil, temos um sistema rígido que justifica a sonegação é bastante sedutor.

Mesmo no que tange à corrupção, existe uma linha liberal que fala que, nos Estados estritamente rígidos em termos regulatórios, a corrupção pode se constituir numa eficiente estratégia para sobrepor os custos impostos injustamente pelo Estado. Isso eu retirei de um documento do Banco Mundial. Estávamos lá, num grupo que fez um trabalho escrito sobre corrupção, e uma das conclusões foi essa; não é a conclusão do grupo, são teorias sobre a corrupção.

Fui dar uma palestra na ABA (*American Bar Association*), a ordem dos advogados americana, e o tema era a coisa mais difícil que poderia ter para um brasileiro: “Como uma empresa americana num país – não falaram no Brasil – faz para exercer suas atividades e não ceder à corrupção?” Abri a palestra falando da analogia com o ônibus, de se juntar aos poucos os que tentam ficar na frente do ônibus. Como? Denunciando, não aceitando! É difícil, mas depois vai ter um grande ganho. Várias empresas afundam quando são descobertas em fraudes. Um dos pontos que achei interessante nesse estudo é a questão dos cargos de confiança. No Poder Executivo brasileiro, os cargos de confiança são absolutamente elevados e injustificados, ocupados e repartidos pelos partidos da base de sustentação, porque muitos deles são ocupados em setores de licitação. As pessoas que estão lá como gestores desses setores estratégicos são chefes daqueles funcionários de carreira, esses, sim, mercedores de ocupar o cargo, já que o controle institucional sobre eles é muito maior do que um cargo de confiança. Que controle se faz sobre uma pessoa que detém cargo de confiança? Nenhum. É um amigo que indica a pessoa e ponto.

Quero passar para outro ponto: por que alguns indivíduos cedem à corrupção e outros não? Isso o estudo tentou demonstrar, mas é difícil. Primeiro, é a avidez, vontade de ganhar dinheiro a qualquer custo. Eu tive um caso em São

Paulo, de um professor da USP intermediando corrupção sem qualquer justificativa plausível. O que leva essa pessoa a isso, a não ser simplesmente a avidez e a vontade de ter tudo a qualquer custo? É muito importante o papel do deduro (*whistle-blower*), a existência do acordo de leniência, devido à falência do Estado em investigar. Então é necessário o acordo de leniência, o estímulo, a motivação para a pessoa denunciar. A delação premiada, ou colaboração premiada, como diz a nova lei de organização criminosa, é importantíssima. Mas há o risco de nos acomodarmos. *Ah, esse caso tem leniência, tem a delação premiada, aqui tá fácil de investigar...* Porque é fácil investigar quando há uma delação premiada. Pra mim não justifica tantos anos por um processo de corrupção em que a pessoa fala tudo o que aconteceu, todo mundo dando apoio institucional para a investigação.

E os casos em que não há acordo e são absolutamente bombásticos? Como no caso de grandes traficantes que não vão querer falar a realidade. Aí vem a nova lei de organização criminosa, fala de delação – e ainda bem que não vinculou o Juiz, porque isso era uma tendência terrível. Que me perdoe o Ministério Público, mas Juiz ficar vinculado a acordo do MP com a parte... Então o MP passa a ser Poder Judiciário? É ele que vai dizer o direito? Aí, o acordo acaba, não há recurso, e o que é que acontece? O MP acaba decidindo a pena da pessoa; retirou do Poder que tem todas as garantias de recurso para uma pessoa individualmente. E como existem pessoas erradas no Judiciário, existem pessoas erradas também no MP. Eu fico imaginando uma cidade do interior: dá todo o poder a um membro e a um advogado, o MP faz um acordo e pronto. E o Juiz é obrigado a aceitar. Inconcebível!

Na época das discussões desse instituto aqui no Brasil, na regulamentação da lei, fui o primeiro a ser contra. É aquela história: *O Juiz é arbitrário, o Juiz quer ser parte, quer isso...* Não é nada disso! Quem tem que falar se aquilo é adequado é o Juiz. Agora, as delações premiadas não tinham regulamentação nenhuma. Eu estabeleci um critério. Qual era o critério? Vem o Ministério Público, vem a parte fazer delação, colocam a proposta no papel. Designo uma audiência para as partes conversarem. Às vezes chegam a um acordo, às vezes não. Uma vez, o réu chegou para mim, para o MP, e falou que não tinha recurso algum e não poderia contribuir com a indenização. Eu sempre falo: tem que indenizar a sociedade e ponto. É tão angustiante a demora do processo, que eu falo o seguinte: *quero uma resposta agora; me demonstre o arrependimento já, pagando já.* Não tem que depender de mais nada, e vai diretamente para a sociedade. Bom, aí eu fui ao meu gabinete e vi pelo imposto de renda que ele possuía uma casa, uns quadros, visualizei pela internet que o prédio não era de classe alta, mas não era baixa, e tem os quadros. Voltei para a audiência e perguntei: *Que quadros o senhor tem?* Tinha cinco quadros. Aí eu tomei uma decisão. A minha decisão na audiência de delação é: o Judiciário homologa esse acordo para os fins esperados, e o processo gerará um resultado que possibilitará o recurso em caso de discordância de parte a parte. É só uma homologação para falar: *está iniciado o processo de delação.* No termo fica consignado: ficam liberados para fazer o que quiserem, para conversar entre si etc. Então, liguei para os museus. O MASP se interessou por três dos cinco quadros, e eu intimei o advogado a entregá-los. Dois foram para o MASP em doação definitiva, e um foi para a Secretaria de Estado de Cultura de

São Paulo como doação definitiva da Justiça Federal, num processo que não acabou. Naquele processo, obviamente acabei acatando o interesse das partes. Como Juiz eu não vou dizer *Não faça isso, não faça aquilo.* O Juiz apenas pode falar *Isso não dá! Não aceito.* Por exemplo, perdão judicial, para mim, é difícil aceitar!

Enfim, o fato é que temos que usar a caneta de forma inteligente e com cautela. Obviamente, esse critério que eu estabeleci é bem parecido com o da lei. Muitos vieram conversar comigo, perguntando como eu fazia a audiência de delação. E o que me fez mudar de postura? Eu chamei o Ministério Público Federal e falei: *Basta! Não aguento mais! Não quero mais a Justiça Federal sendo manipulada! Vamos fazer isso eficiente!* Parece aquela conversa de conluio, de Juiz integrado com o MP. Mas nunca existiu conluio, porque em muitos aspectos eu me opus ao MP, e em muitos outros o MP se opôs a mim, recorreu, e eu não fiquei triste nem bravo. Acho legal que o Tribunal aprecie, até para eu saber se o que estou fazendo está certo.

Só para dar um exemplo, saindo um pouco do tema: eu estou num gabinete que tinha 13.500 processos e agora reduzi para 7.700, tudo para reduzir a quantidade de feitos. Fiz uma pesquisa e descobri que o TST e o Tribunal da 4ª Região instituíram o *home office*, ou trabalho remoto em casa. Cada um fez seu ato normativo para instituir essa modalidade de trabalho. Só me interessava o que estava institucionalizado, publicado no Diário Oficial. Eu não poderia instituir nada disso sem estar normatizado oficialmente. Então fiz a norma do trabalho remoto¹, que pode ser feito em casa, a pessoa tem que ficar constantemente em contato, permanentemente localizada; há uma série de regramentos e direitos. Atingindo as metas, a pessoa pode usufruir benefícios. É claro que devem ser metas possíveis, porque tem Desembargador que estabelece meta que ninguém nunca vai atingir, e isso desmotiva ao invés de motivar.

Voltando à questão da corrupção, devemos ter o cuidado de observar bem a legislação sendo feita. Vimos aí menção de afastamento de funcionário público como medida cautelar. Olha como o sistema reage às Varas especializadas: criaram medidas alternativas à prisão. Quem lê essas medidas sabe que prisão preventiva é para pobres, prostitutas e afrodescentes. E isso foi institucionalizado. Uma das medidas que me surpreendeu é o afastamento de funcionário público; ou seja, afastado, ele não tem prisão preventiva! Eu falei isso lá no exterior e eles disseram: *O que é isso?!* Toda a doutrina internacional fala hoje que corrupção tem que ter prisão. Não há um autor de renome que não fale que a prisão é necessária. *Ah, você fala isso, mas olhe o estado das prisões.* E daí? O que não pode é a corrupção ser tratada da maneira condescendente. É necessário rigor, e a prisão tem que ocorrer. Por quê? Porque nós somos paradigmas. Os professores são paradigmas. Os políticos também são paradigmas para muita gente. Se não houver o exemplo, não vai ter a contrarreação no sentido positivo.

Vou encerrar com isto – o ser humano é marcado pela imitação; somos imitadores uns dos outros. Mesmo quando não queremos, estamos imitando nossos antepassados. Estamos imitando hábitos e procedimentos. *Ah, mas a*

1 Ordem de Serviço: <http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Imprensa/Visualizar/812>

sociedade evolui. Evolui, mas não deixa de ser imitadora. Na medida da proximidade e da intimidade, imitamos cada vez mais. E nós, que somos paradigmas – Juízes, Promotores, reis, rainhas, políticos –, somos vistos como parâmetros de procedimentos. As classes mais desfavorecidas acompanham isso como se fosse uma novela; a sociedade acompanha. Que me perdoem aqueles que acham do Direito Penal mínimo simbólico, que é lindo, é maravilhoso – e deve ser assim –, mas em determinados casos, isso não pode significar desproteção sistêmica; é preciso ter punição exemplar, porque estamos chegando num ponto em que ninguém está nem aí com a prisão.

Nesta semana, fui buscar meu filho no clube, e o professor dele falou: *Meu carro foi roubado, e quem roubou mora perto da minha casa. Eu não posso denunciar, não tenho coragem, não tenho proteção institucional, e onde eu moro é perigoso, e ele vai se unir e me matar. O que eu faço, doutor? O que você faz? Estamos protegendo testemunhas como deveríamos? Estamos apreendendo os bens de corruptos como deveríamos? Estamos condenando como deveríamos, proporcionalmente à grandeza da roubalheira que aí está? Estamos fazendo cumprir as penas ou estamos simplesmente passando a mão na cabeça e falando, Ah, a lei existe para alguns, e não para outros? Muito obrigado. É isso o que eu queria dizer.*

OFICINA

EVOLUÇÃO PATRIMONIAL DE AGENTES PÚBLICOS (ART.9º, VII, LIA)

DIONÍSIO CARVALLHÊDO BARBOSA



Fonte: Arquivo pessoal

Vou fazer só uma pequena apresentação da minha trajetória como servidor para que vocês entendam minha experiência com a matéria. Sou Auditor Fiscal da Receita Federal, tendo trabalhado por quatro anos na Corregedoria da Receita Federal. Por volta de 2005, nós acordamos para uma situação de inação, diante da legislação, diante da Lei de Improbidade, inação não só da Receita, mas de todo o serviço público federal. Eu não posso falar pelos outros entes federativos, mas acredito que isso ocorresse também neles naquela época.

É que a Lei de Improbidade, no seu art. 9º, inciso VII, prevê enquadramento por improbidade administrativa de agentes públicos que enriqueçam ilicitamente, mais especificamente pela desproporção entre aquisição de bens e rendimentos. A Receita Federal tem um banco de dados abrangente sobre o montante de movimentações bancárias das pessoas, sobre operações imobiliárias, a própria declaração de Imposto de Renda. Sabíamos pelos corredores de alguns colegas – a grande minoria, é verdade – que tinham um padrão de vida incompatível com os rendimentos que ganhavam. E não se fazia nada. Nada, que eu digo, é: se você não sabia do ato específico que ele tinha praticado, não se conseguia puni-lo.

Então, em 2005, a Corregedoria da Receita resolveu montar um grupo para fazer uma espécie de auditoria patrimonial de seus servidores. E foi daí que veio o meu interesse e afinidade com o tema. Depois, fui cedido à Controladoria-

Geral da União (CGU), que começou a fazer isso para todo o serviço público federal.

No serviço público federal do Poder Executivo, a coisa começou a deslanchar com a criação da figura da sindicância patrimonial. O Decreto que a criou é o 5.483, de 2005. Trata-se de um procedimento meramente investigativo, destinado a apurar improbidade administrativa e enriquecimento ilícito praticados por agente público. O que acontece? Quando recebe-se algum tipo de denúncia fundamentada na CGU, sobre incompatibilidade entre patrimônio e renda de servidor, instaura-se uma sindicância patrimonial. Com isso, é possível transferir o sigilo fiscal do servidor, pedindo dados à Receita Federal para a comissão de sindicância patrimonial. Se, ao final da sindicância, o servidor tiver conseguido se explicar ou a comissão tiver encontrado razões para o crescimento patrimonial dele, se encerra a sindicância. Senão, instaura-se um processo administrativo disciplinar em que será concedida ampla defesa ao servidor.

Nesse Processo Administrativo Disciplinar (PAD), uma eventual demissão dos servidores públicos federais é baseada em quê? O art. 132 da Lei 8.112 diz que a demissão será aplicável nos seguintes casos: o inciso IV traz, *lato sensu*, “improbidade administrativa”. A Lei 8.112 é de 1990, anterior à Lei de Improbidade, mas já falava em improbidade. Então, o entendimento corrente é que, com o advento da Lei de Improbidade, tudo que está ali que se enquadre em improbidade administrativa, inclusive o art. 9º, inciso VII, pode ser causa de demissão do servidor.

Eu procurei pela internet para verificar qual enquadramento legal está previsto na legislação de Minas Gerais e vi que o regime jurídico, no que tange ao aspecto disciplinar, é falho, datando da década de 1950, com algumas alterações. Agora, eu quero que vocês me esclareçam, porque nem nas alterações eu vi a possibilidade de demissão por improbidade. O que é que se faz quando se encontra um servidor com essa situação? Não se consegue demiti-lo?

Ouvinte: *Que eu saiba, não.*

Não, né? Estou dizendo que, como sou leigo quanto ao regime disciplinar dos servidores de Minas Gerais podia ser que eu não tivesse encontrado e houvesse algum outro diploma legal. O que é que diz o art. 9º da Lei de Improbidade? O que nos interessa mais é o inciso VII, que é “adquirir para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou

função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”.

Agora, eu pergunto de novo a vocês, complementando: em relação aos agentes políticos, há casos aqui, em Minas Gerais, de ações de improbidade baseados somente no art. 9º, inciso VII?

Ouvinte: *Sim; tem investigação de evolução patrimonial com base no inciso VII, O ato já foi investigado e prossegue em outro procedimento a investigação da evolução patrimonial, com objeto específico.*

Está certo. Isso é só para alertar, quando ele fala em bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional, o que é que, no serviço público federal, nós entendemos por desproporcional, até por uma questão de lógica e de bom senso, mas também pegando gancho na convenção interamericana e na convenção da ONU contra corrupção, já aprovadas pelo Congresso Nacional. Quando falam do aumento do patrimônio de um funcionário público, usam o termo “significativo”, que “exceda de modo significativo sua renda legítima”. É a mesma coisa que há na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção: “[...] qualificar como delito quando cometido intencionalmente o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele”. Esse é exatamente o entendimento que a CGU tem sobre o assunto, de que não há necessidade de demonstrar o ato que levou àquele enriquecimento.

Ouvinte: *O que é “significativo”?*

Na época em que participava da auditoria patrimonial na Receita, tomávamos o maior cuidado de só levar adiante casos em que essa desproporção fosse significativa. Um fiscal da Receita ganha em torno de R\$ 20 mil por mês. Juntando com o 13º e tirando os descontos, dá um rendimento líquido médio de R\$ 150 a R\$ 180 mil por ano, dependendo do estágio em que o servidor está na carreira. Só levávamos adiante casos em que houvesse uma avaliação patrimonial a descoberto anual vultosa; em geral, casos com menos de R\$ 150 mil de variação patrimonial a descoberto não se levava adiante até porque, o principal receio é que como era uma ação inovadora, no caso de eventual contestação no Judiciário, teríamos que levar fatos realmente consistentes, e não íamos quebrar a cara logo de início, levando um caso que gerasse dúvida para as cortes. Então, a ideia era só levar adiante casos realmente significativos. Eu acho que o bom senso manda isso, até porque, mesmo que o servidor, o agente político seja corrupto, se a diferença é pequena, ele consegue meios fáceis de colocar uma dúvida no julgador ou no processo. Por exemplo, “eu recebi 40 mil de fulano”. Você consulta a declaração de fulano, tem lá os 40 mil de doação declarados e com lastro. Como é que você vai ficar? Não vai conseguir provar. Ou então o sujeito diz assim: *Eu dava aulas particulares de inglês*. Claro que é totalmente irrazoável ele dizer que ganhava R\$ 1 milhão por ano dando aulas particulares de inglês, mas R\$ 50 mil, R\$ 60 mil, tem sua razoabilidade. Esse também é um dos motivos, além de evitar possíveis injustiças, explicações corriqueiras que as pessoas poderiam dar e, às vezes, verdadeiras, e que as

próprias pessoas não tinham como provar, mas poderiam colocar uma dúvida na comissão de processo ou no próprio Judiciário, podendo macular todo o processo.

Antes de vir para cá, fiz uma pesquisa jurisprudencial no “site” do STJ, e não encontrei anulação de demissão com base no enriquecimento ilícito. Vou até mostrar uma decisão. Como é do Órgão Colegiado, é até mais interessante, para vermos o posicionamento do STJ sobre o assunto. Não sei se respondi a sua pergunta, mas vai de caso a caso, não tem jeito. Eu desaconselho fortemente levar o caso adiante se a diferença for pequena.

Ouvinte: *Vamos imaginar que essas aulas de inglês tivessem quantias significativas. Você chegaria a ponto de pedir uma relação dos alunos e procurar confirmar isso?*

É bom. Eu acho bom. Eu citei a aula de inglês não foi à toa. Houve um caso famoso na Receita, foi chamado de “propinoduto”, ocorreu na década passada, que ficou mais conhecido até para os fiscais estaduais do Rio de Janeiro do que para os da Receita Federal. Tinha um fiscal da Receita Estadual, inclusive o chefe da fiscalização estadual, que mandava milhões de dólares para a Suíça. Só que, como tinha um agente em comum, no caso era um doleiro, foram descobertos também vários fiscais da Receita Federal envolvidos. Não que atuassem em conjunto com os fiscais do Estado, mas, como usavam o mesmo doleiro, foi descoberto no mesmo bojo, porque a Suíça informou à Justiça, ao Ministério Público brasileiro sobre esses depósitos, e havia quatro ou cinco fiscais da Receita Federal do Rio de Janeiro. Eram servidores da fiscalização externa. Foram instaurados processos e eles foram demitidos porque não conseguiram justificar a origem do acréscimo patrimonial. Um deles disse que ganhou milhões de dólares dando aula de inglês. Eu não sei os detalhes do processo, como a comissão agiu, mas seria de bom senso, sim, pedir: *Traga a lista dos alunos para provar de quem você recebeu esse dinheiro*. Claro que ele não conseguiu provar, isso é completamente inverídico.

Ouvinte: *Inicialmente, você disse que as verificações feitas pela Corregedoria eram a partir de solicitações da Receita Federal do patrimônio do servidor.*

Da Controladoria-Geral da União. É porque a Controladoria-Geral da União, por sua vez, tem dentro dela a Corregedoria-Geral da União.

Ouvinte: *Então a Controladoria fazia essas solicitações à Receita sem autorização judicial?*

Sem autorização judicial. A gente vai ver por quê.

Ouvinte: *A referência que vocês tinham era só dos bens declarados pelos agentes? E aqueles que são colocados no nome de terceiros? Se não fosse um escândalo, como o “propinoduto”, como vocês alcançariam esse acréscimo patrimonial?*

No caso do propinoduto, das contas na Suíça, não houve essa preocupação porque as contas eram em nome deles. No caso de estar em nome de laranja, de um filho, do pai, da mãe, e estarmos investigando por meio de sindicância patrimonial ou de PAD a evolução patrimonial de um servidor,

nós não conseguimos afastar o sigilo fiscal por meio da mera instauração do PAD ou da sindicância patrimonial, porque a Lei Complementar, que é o Código Tributário, não permite. Ela é bem específica e só permite se é para investigar aquele agente específico. Então, só por meio judicial. Não tem jeito. Estou falando do afastamento em relação a terceiros.

Ouvinte: *E em relação a ele, você tem acesso?*

Sim.

Ouvinte: *Se ele declarar, né? Se estiver na declaração fiscal dele...*

Nós vamos ver mais adiante que as comissões de processo, quando pedem essa transferência do sigilo fiscal para a Receita, não têm acesso somente à Declaração de Imposto de Renda; elas têm acesso aos dados fiscais que a Receita detém.

Ouvinte: *Vocês acessam também bancos de dados de veículos, de imóveis etc.?*

Sim, acessamos, desde que não sejam dados protegidos por algum outro tipo de sigilo.

A CGU apresentou um projeto, ainda ao Presidente Lula, que encaminhou ao Congresso em 2005, sobre a tipificação do crime de enriquecimento ilícito. Hoje só há possibilidade por ação de improbidade, mas, por meio das convenções interamericana e da ONU, o Brasil se obrigou também a tipificar como crime. Esse projeto está no Congresso, não sei qual é a redação atual. Esta redação que eu estou dando é a que saiu da CGU, que o presidente encaminhou, que é: “Possuir, manter ou adquirir, para si ou para outrem, o funcionário público, injustificadamente, bens ou valores de qualquer natureza incompatíveis com sua renda ou com a evolução do seu patrimônio. Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa”. E no parágrafo único: “Incorre nas mesmas penas o funcionário público que, embora não figurando como proprietário ou possuidor dos bens ou valores nos registros próprios, deles faça uso, injustificadamente, de modo tal que permita atribuir-lhe sua efetiva posse ou propriedade”. Para efeitos de demissão, mesmo não havendo essa previsão específica na Lei de Improbidade, a gente entende perfeitamente que, comprovado o vínculo, que aquele bem era do servidor, só não estava no nome dele, demite-se da mesma forma. Como a tipologia penal é muito mais restrita, resolveu-se colocar no próprio projeto.

Então, qual é a lógica, por que é que houve enriquecimento ilícito? Enriquecimento ilícito é a hipótese de improbidade administrativa, pelo art. 9º, inciso VII; por sua vez, há hipótese de demissão, com base no art. 132, IV, Do Regime Jurídico do Servidor Público Federal¹. Portanto, a possibilidade de punição do servidor é pelo resultado – isso aqui que é importante – é pelo resultado do ato ilícito. Porque sempre houve esse debate jurídico. Eu vou mostrar para vocês uma decisão do STJ em que esse debate jurídico ainda está presente. Achei que já tivesse sido superado, mas, olhando a decisão ontem, vejo que não está, pelo menos no Judiciário. Tem duas teses principais: a de que

¹ Lei 8.112/1990, também conhecida como Estatuto do servidor público federal.

é necessária a comprovação do ato ilícito praticado pelo agente público que deu origem à mencionada desproporção, o chamado fato antecedente; ou a tese de que basta que a Administração prove o descompasso entre a renda disponível e o patrimônio, sendo assegurado ao servidor o direito de explicar o acréscimo patrimonial.

A CGU sempre esposou a segunda tese, mas isso também não era consenso na Administração. Alguns setores da Advocacia-Geral da União (AGU) achavam que tinha que se provar o fato antecedente. Mas nunca tivemos dúvida disso, porque, se fosse necessário provar o fato antecedente, as outras hipóteses previstas na Lei de Improbidade excluiriam a necessidade de ter esse dispositivo específico, o art. 9º, inciso VII. Até pelas convenções que nós vimos, não faz sentido falar em fato antecedente. O entendimento da CGU acabou confirmado pela AGU. Então, no Poder Executivo Federal aplica-se a demissão pela comprovação da desproporção, sem necessidade de comprovação do fato antecedente.

Eu vou ler para vocês uma decisão do STJ sobre esse debate. Foi a Receita Federal quem primeiro demitiu servidores por enriquecimento ilícito. Tem o caso de um servidor do Rio de Janeiro, que teve a aposentadoria cassada, caracterizada pela evolução patrimonial a descoberto de 2001 a 2005. No Acórdão é mencionado que a variação patrimonial equivalia a R\$ 165 mil num ano; no outro era de R\$ 97 mil; no outro, R\$ 78 mil; no outro era de R\$ 126 mil, e no outro era de R\$ 158 mil, ou seja, não é um ano só; são cinco anos. Ele não conseguiu demonstrar, isto é, depois de ter tido ampla defesa, ter sido perguntado como cresceu o patrimônio. E vamos ver mais adiante que isso está longe de ser a variação patrimonial a descoberto real da pessoa, porque não se consegue pegar todos os dispêndios que a pessoa faz no dia a dia, principalmente quando se trata de propina em dinheiro vivo. Então, a variação patrimonial a descoberto deve ter sido muito maior, porque, na declaração de Imposto de Renda, o contribuinte declara poucas despesas; despesa médica, pensão, instrução. Os mais diligentes colocam o que pagou para advogado, arquiteto etc, porque para o profissional liberal tem que colocar, senão, cabe multa de 20% sobre o valor omitido, mas pouca gente se lembra de declarar até aluguel, informação relativa a terceiros, quando não há possibilidade de dedução.

Destaquei esta parte porque foi uma das teses levantadas pela defesa no STJ: “O PAD tem como fundamento a mesma presunção da prática do tipo descrito no art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429, não apontando ato doloso ou culposo no exercício de suas funções”. Ele estava abraçando aquela primeira tese, de que precisa comprovar fato antecedente. Agora um trecho do julgado recorrido do TRF:

Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à administração comprovar o incremento patrimonial significativo incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial, constatado pela administração, sob pena de configuração de improbidade por enriquecimento ilícito.

O TRF encampou plenamente a tese de que não precisa comprovar o fato antecedente. Curioso o que agente público

alegou durante o processo administrativo disciplinar para querer justificar a origem dos recursos, como no seguinte trecho da decisão: “O indiciado não demonstrou que os recursos questionados recebidos de pessoas físicas e do exterior advieram de aluguéis e da prestação de serviços como *ghost writer*”.

É, a gente vê as explicações mais estapafúrdias!

Neste, agora, inclusive o relator foi vencido. O voto que abraça a tese de que é preciso comprovar o fato antecedente é exatamente o do relator no STJ.

É ilegal o ato administrativo de cassação de aposentadoria por prática de ato de improbidade, na hipótese em que a administração não estabeleceu correspondência entre o acréscimo patrimonial a descoberto e qualquer desvio funcional praticado por servidor público, não lhe tendo sido imputada especificamente uma conduta improba ou comprovado o dolo específico de lesão aos cofres públicos no cunho de obter vantagem indevida. Isso porque as sanções administrativas, quantificadas com a cassação da aposentadoria, a mais drástica prevista no sistema administrativo punitivo, somente podem ser juridicamente impostas pela administração quando devidamente comprovada a infração em todos os seus elementos constitutivos, eliminando-se qualquer dúvida sensata ou razoável.

Houve outro voto vencido, mas com outra justificativa: a de que “não é possível a administração pública cassar a aposentadoria por ato de improbidade quando já houve o trânsito em julgado de decisão de improcedência de ação civil pública por improbidade”, ou seja, o Ministério Público Federal deve ter entrado com uma ação de improbidade, não teve sucesso, e a defesa alegou que uma instância interferiria na outra, mas isso também foi vencido. Como são instâncias independentes, a administrativa e a cível, o STJ manteve a cassação da aposentadoria.

Houve também uma decisão que escolhi porque diz respeito a um agente político e tem uma outra tese interessante. Os acusados costumam levantar, em sede disciplinar também, na Administração Pública Federal, a questão dos créditos em conta corrente bancária. É uma alegação que parece maluca, mas continua a ser usada, inclusive perante o Poder Judiciário. “Alega o agravante que os créditos em conta corrente bancária são movimentação financeira e não acréscimo patrimonial”. Quer dizer, enquanto ele não transformar aquilo em bem, isso não é acréscimo patrimonial! Esse é um ex-Deputado Estadual do Rio de Janeiro que assumiu cargos públicos também.

Afirmativa sentenciada: havia o Ministério Público sustentado e aprovado que o recorrente declarou à Receita Federal, de 2000 a 2003, quando exercia cargo público, um montante de R\$ 60 mil como sendo os rendimentos dele. No mesmo período, sua movimentação financeira alcançou patamares infinitamente superiores, restando comprovada a existência de depósitos bancários de origem não comprovada no valor de R\$ 1.026.618, mais de 10 vezes superior aos rendimentos. O agravante não negou os fatos narrados na inicial, que restaram, assim, incontroversos.

Então ele tentou uma tese jurídica, descabida, ao dizer: *Olha, aquilo ali não é acréscimo patrimonial*. “Não poderiam ser considerados acréscimos de patrimônio, o que só ocorreria no caso de utilização desses recursos em aplicações financeiras e em aquisições de bens e imóveis”.

Não sou especialista em Direito Eleitoral, mas acho que ele confessou um crime eleitoral aqui:

Sustentou por fim o réu não haver a comprovação da licitude dos recursos, que seriam provenientes do pagamento de clientes do posto Morata, do qual é procurador, sustentando que, por exercer atividade parlamentar, aproveitava-se da atividade de procurador dessa pessoa jurídica para conceder créditos de gasolina aos clientes eleitores.

Agora, a decisão:

Não trouxe o réu aos autos qualquer prova ou sequer indício de suas singelas alegações, que restaram solteiras nos autos. Vale dizer, assim, que o réu encerrou seu mandato eletivo e passou a exercer o cargo de presidente dessa Empresa Estadual de Obras Públicas, a afastar sua singela alegação de que nesse período estaria afastado o interesse processual do autor e sua movimentação financeira. Independente de comprovação de dano ao erário, já se constitui delito de improbidade, o que só pode ser elidido quando comprovada de forma cabal a licitude dos recursos movimentados, o que não ocorreu no caso dos autos. (Recurso Especial 1396122)

Ouvinte: *Se uma pessoa com movimentação financeira maior do que o declarado teve desfazimento de bens nesse período, isso é considerado?*

É claro, claro que sim.

Ouvinte: *Mesmo que o valor não seja exatamente igual, apenas seja aproximado?*

Sem dúvida! Se a movimentação financeira incompatível é fruto da venda de um bem, por exemplo, mesmo que o valor não seja exatamente igual, isso é considerado. Inclusive, quando se está fazendo a análise, nem se deve deixar isso virar um PAD, um processo. Por quê? Porque se dos próprios dados fiscais que vierem da Receita, o analista recebe uma DOI, que é a Declaração de Operações Imobiliárias, informando que ele vendeu um imóvel que constava na declaração dele, e que no mesmo mês, há um registro da DOI pelo cartório, com valores muito parecidos, não adianta ir adiante que muito provavelmente será fruto daquela venda.

É preciso considerar que há dois momentos diferentes no aspecto disciplinar. Se a comissão já está concedendo a ampla defesa, fazendo as intimações ao servidor, diga para ele comprovar exatamente o que foi. Mas, se for numa fase de garimpagem, de seleção, tendo 10 outros casos aguardando por você, é o típico caso para não se levar adiante. É o mais razoável.

Ouvinte: *Eu não entendi bem essa cassação de aposentadoria. Um indivíduo contribuiu e se aposentou porque preencheu os requisitos.*

Eu não sei se essa previsão existe no regime jurídico dos servidores de Minas Gerais, mas no dos federais existe. O servidor cometeu atos que gerariam demissão enquanto estava na ativa; ele se aposentou, só foi descoberto depois, e ainda não houve a prescrição. Ele não pode ser demitido porque não está mais na ativa, então é cassada a aposentadoria dele. Aquele ministro do STJ disse uma coisa certa: é uma punição violentíssima. Há essa questão patrimonial, porque de fato ele contribuiu. Eu já tive notícias de servidores demitidos que recorreram ao Poder Judiciário e conseguiram se aposentar pelo INSS, tendo em vista o período de contribuição como servidor.

Os instrumentos para apuração de enriquecimento ilícito são o acesso a dados fiscais entregues pelo servidor e por terceiros à Receita Federal e outros órgãos de administração tributária, como as Receitas Estaduais e Municipais. Quando eu digo “entregues por terceiros”, são os cartórios, por exemplo, que entregam à Receita Federal a Declaração de Operações Imobiliárias. Quando o sigilo fiscal do servidor, do agente político é transferido pela Receita, são encaminhados esses dados também.

Ouvinte: *Como o acesso ao banco de dados é dinâmico, cada vez a gente consegue mais informações. Enfim, facilita até a quebra do sigilo. A gente pede o que quer, e o dossiê integrado vem com informação que a gente não imagina. Tem sido feita essa orientação dos Promotores na hora de pedir as quebras.*

Outro instrumento é a declaração ao setor de pessoal, detalhando os bens do servidor e entregue ao seu órgão de origem. O marco temporal que a gente usa no serviço público federal para análise de evolução patrimonial geralmente são os últimos cinco anos. Se for possível dispor das declarações, se retroage ainda mais, porque pode ser que a explicação esteja lá atrás e seja verídica. A pessoa recebeu uma herança 10 anos atrás, está no serviço público há 20 anos e hoje é milionária. Quem faz a análise vê a pessoa com um patrimônio de R\$ 5 milhões, R\$ 10 milhões e toma um susto, mas tem explicação. Então, até para benefício do próprio servidor, é bom investigar o máximo possível.

Ouvinte: *Já conversei com o pessoal da CGU e, às vezes, é feito um diagnóstico, não de evolução, mas de momento. Vê o valor do salário atual e do patrimônio declarado. Se houver alguma incompatibilidade grande, vai para anos anteriores. É isso mesmo ou não?*

Essa é a questão da garimpagem, se o patrimônio é grande ou pequeno. Mas isso não diz muito também, porque é só o patrimônio declarado. A declaração, por si só, não quer dizer tudo isso que a gente imagina que ela diz, até porque tem um tempo de maturação para esse dinheiro, uma fase da lavagem para esse dinheiro aparecer na declaração do servidor comum. Ele não aparece do dia pra noite. Ele vai arrumando formas mais seguras ao longo do tempo, e o dinheiro vai aparecendo aos poucos. A partir das explicações adiante, vai ficar mais claro.

O art. 13 da Lei 8.429 diz que “a posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço pessoal competente”. Muito importante o § 2º, que diz que “a declaração de bens

será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo ou emprego ou função”. Até uns oito anos atrás, na Administração Pública Federal, isso era ficção completa. Só quem tinha cargo comissionado é que acabava entregando a declaração, porque era inútil, ninguém olhava. Em muitos lugares da federação ainda é assim, acredito. É uma mera obrigação formal, porque a lei não disse quem iria verificar, falou só na obrigação de entregar. E o que acontecia no serviço público federal? Os servidores entregavam suas declarações, o setor de pessoal guardava aquilo numa gaveta, ficavam empilhadas, não servia para absolutamente nada. Acredito que, em muitos entes federativos, a realidade seja ainda pior, não devem nem entregar. Aí vem outra questão: se a lei obriga a entregar, não faz sentido não haver gente para olhar. Alguém tem que poder olhar. A CGU já faz isso. Aí eu passo a bola para vocês. Não sei se o Ministério Público já tentou fazer isso em relação aos Prefeitos, por exemplo. Não há nenhuma experiência nesse sentido, de que sejam obrigados a entregar a declaração deles. O que a gente vê é no site do TSE. Quando tem eleição, ele declara. No meu entender ele tem que disponibilizar essa declaração ano a ano, para exame, não é mera formalidade. *Ah, tá guardado, é sigilo fiscal.* É sigilo entre aspas, transferido para os órgãos de controle, óbvio, senão não estaria na lei. Eu dei uma olhada, antes de vir para cá, no site do TSE, de alguns candidatos às eleições de Minas Gerais. Em casos específicos, de Deputado Estadual, há situações bem interessantes. Se for examinar, percebe-se uma inconsistência forte nas declarações de alguns.

Eu estou lendo este livro, é de um jornalista que faz uma análise das evoluções patrimoniais de vários políticos, Prefeitos, Deputados Estaduais e Federais. As declarações mostradas são de uma inconsistência aberrante. Grande parte dos políticos constantes do livro não diz ter conta bancária, porque ele não declara, não está lá na declaração de bens ao TSE. Sem falar da evolução patrimonial. Geralmente, nos casos mostrados, a pessoa entra com R\$ 200 mil, como Prefeito, e quando sai, após a reeleição, está com um patrimônio de R\$ 6 milhões! E, sempre, ele montou uma empresa, colocou recursos em nome de laranja, que depois voltam para ele, enfim.

Acesso a dados fiscais

O Código Tributário Nacional sofreu uma alteração em 2001, por meio da Lei Complementar 104, permitindo exatamente que as comissões disciplinares de qualquer ente federativo tivessem acesso a dados fiscais sem necessidade de quebra de sigilo. “Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação [...]”, ou seja, o *caput*, diz o que é sigiloso, mas o parágrafo 1º fala das exceções; o inciso I fala da autoridade judiciária. O inciso II, “solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere à informação, por prática de infração administrativa”. É com base nisso que as comissões de processo disciplinar podem ter acesso. Atentem para a questão do laranja, como só se pode ter acesso administrativo às informações do agente público, não se consegue dados fiscais do laranja sem a quebra judicial.

Os dados fiscais não se restringem somente às Declarações de Imposto de Renda, podendo abranger, no âmbito federal, por exemplo, a Dimof, Declaração de Informações sobre a Movimentação Financeira, que traz mês a mês o montante de créditos e débitos nas contas daquele contribuinte. Toda conta que ele tiver vai aparecer ali, porque os bancos têm a obrigação de informar para a Receita.

Ouvinte: *Essa Dimof mês a mês vem no dossiê integrado? Eu já peguei uns que tinham e outros que não tinham.*

Geralmente vem, sim. A Receita manda. Trata-se de dados fiscais, porque não vem os lançamentos bancários, só o agregado. Pode ser porque a pessoa não tinha conta. É raro, mas pode acontecer.

As informações fiscais podem ser requeridas também a estados e municípios, informações como valor de avaliação do imóvel para fins de ITBI e IPTU e qualquer outra que esteja disponível e seja dado fiscal dos estados e municípios.

Mudando um pouco o enfoque, vamos entrar na análise patrimonial propriamente dita. Algumas coisas já falamos ao longo da exposição. Bases de dados de interesse fiscal:

- Dirf, que é a Declaração de Imposto Retido na Fonte de servidores assalariados, agentes públicos. É claro que eles têm a retenção na fonte, têm Dirf, a não ser que ganhem muito pouco. O mesmo vale para aplicações financeiras. Tudo que incidir Imposto de Renda retido na fonte terá uma Dirf vinculada. Então se pedir os dados fiscais do servidor, do agente político, virão dados da Dirf relativos a ele;

- Dimof, que acabamos de falar;
- DOI, que é a Declaração de Operações Imobiliárias, de obrigação dos cartórios, quando é registrada uma transação imobiliária; os cartórios não transmitem isso de forma automática; creio que seja anualmente, por meio eletrônico, todas as declarações de operações imobiliárias realizadas no ano;

- Decred – Declaração de Operações com Cartões de Crédito. É uma declaração das administradoras de cartão de crédito. Elas são obrigadas também a informar para a Receita Federal, a partir de um certo volume, não de gastos, mas de pagamentos dos contribuintes para as administradoras de cartão de crédito. Não é um volume muito grande, não. É relativamente baixo para um servidor que ganhe bem. Se não me engano, R\$ 5.000; acima disso, aparece na Decred e é considerado dado fiscal. Não é a descrição do lançamento, *Pagou tanto, na loja tal*. Não. Só vem o montante pago;

- CNPJ é para saber se o agente público tem alguma empresa vinculada ao nome, ao CPF dele. Quando o servidor tem alguma empresa vinculada a ele, vem a lista de CNPJs vinculados a ele;

- Dimob, que é prima da DOI; é a Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias, mas é entregue pelas construtoras, incorporadoras e imobiliárias; até rendimentos de aluguéis vêm aqui, assim como o prédio na planta que alguém compra, pagamentos que a pessoa faz mês a mês. Então, tudo a gente pode encontrar, o Renavan, o Infoseg, Secretaria de Fazenda dos estados e dos municípios, para verificar os veículos que estão no nome daquele agente;

- Cartórios também são outra fonte de informação, até para localizar procurações, porque, muitas vezes, os imóveis não aparecem no nome do agente público, porque são transferidos por meio de procuração;

- Capitania dos portos, para casos mais específicos;

- Internet, onde pode-se encontrar muita coisa interessante, desde as relações mais próximas aos vínculos empresariais. “Dar um Google” é essencial quando está se fazendo a investigação.

Passando a falar da Declaração de Ajuste Anual, todos sabem que é aquela que nós entregamos no começo do ano à Receita Federal, com vencimento no último dia útil de abril, para fazer ajuste do Imposto de Renda pago no ano anterior. É basicamente para saber se você pagou Imposto de Renda a mais ou a menos no ano anterior. Se tiver pago a mais, vai receber restituição. Se tiver pago a menos, vai ter que pagar mais ainda, além do que foi retido na fonte.

Natureza dos rendimentos

Os rendimentos podem ser tributáveis, sujeitos ao ajuste anual na declaração. É o caso clássico do trabalho assalariado. Você é tributado na fonte, mas mesmo assim eles têm que ser relatados na declaração de ajuste para compor a base de cálculo. Os elementos tributáveis exclusivamente na fonte são, por exemplo, as aplicações financeiras. O contribuinte só coloca aquele rendimento para informação na declaração. Os rendimentos tributáveis exclusivamente na fonte não têm influência para cálculo do imposto a ser pago quando da entrega da declaração de ajuste, mas são interessantes para nós, que fazemos análise patrimonial, porque servem como origem de recursos.

Os tributáveis de forma definitiva são aqueles em que o contribuinte preenche um Darf e paga à Receita Federal o imposto. Também só vem para a declaração como mera informação. É o caso, por exemplo, de um ganho de capital na venda de um imóvel. Você tem até o último dia útil do mês seguinte para pagar. O próprio contribuinte apura e faz o pagamento.

Os rendimentos isentos e não tributáveis, o próprio nome já elucida tudo. São diárias, ajudas de custo...

Dentre os rendimentos tributáveis sujeitos a ajuste anual, temos os recebidos de pessoas jurídicas, de pessoa física, do exterior, da atividade rural. Aqui, o que demanda mais atenção, na análise patrimonial são aqueles recebidos de pessoas físicas, por um motivo muito simples: porque na declaração não há campo para você informar de quem você recebe aquele dinheiro, só o montante, mês a mês. É o caso das aulas de inglês. Aquele rapaz de que eu falei, que tinha recebido mais de um milhão de dólares de aulas de inglês, fez uma retificadora das últimas cinco declarações, pagou o imposto, e foi, assim, uma bolada. Coisa de centenas de milhares de reais. Ele pagou o imposto, até porque se livrava do crime tributário também, porque o pagamento impede o prosseguimento da ação penal. Ele fez esse pagamento e, nesse quadro “valores recebidos de pessoa física”, ele colocou esses valores todos.

Ouvinte: *Em caso de retificação, vocês trabalham com a original como subsídio para entender o que aconteceu? A retificação é levada em consideração como um indício?*

Tudo depende da plausibilidade. No Direito Tributário, vale um jargão latino, *pecunia non olet*. O dinheiro não tem cheiro. O que se quer é receber o imposto; mas, no processo disciplinar, se busca a verdade real. Então, se a retificadora for verdadeira e houver a comprovação de que a pessoa havia errado na declaração, a gente aceita. Isso acontece. Se não, apesar da retificadora estar valendo para a Receita Federal, até porque a pessoa pagou o tributo, para a comissão de processo disciplinar não vale nada. Não é porque ele retificou que aquilo passou a ser a verdade, não. O que vale é a prova dos fatos. Existe sempre um cuidado de quem está analisando de ver se tem declaração retificadora, porque é obrigatório que o analista faça essa comparação para ver se foi algo que mudou substancialmente o patrimônio da pessoa.

Outra coisa interessante é essa questão do resultado tributável da atividade rural. Até mais do que o recebido de pessoa física, esse tipo de rendimento pode servir de meio para que o agente público lave dinheiro, torne dinheiro ilícito em lícito. Isso porque ele tem tributação favorecida, e é óbvio que nada impede que um servidor público tenha fazenda. Eu encontrei alguns casos nas análises que fazíamos de servidor que morava no Rio, tinha uma fazenda em Rondônia, outra no Mato Grosso. Fazendas de milhares de hectares. Como ele tomava conta? Eu não sei, mas é bastante estranho. Também encontrei casos de servidor que forjou totalmente a declaração da atividade rural dele. Acredito até que tenha sido demitido. Ele nem tinha fazenda, declarou que plantava café numa serra no Ceará, mas não conseguiu apresentar comprovação.

Rendimentos recebidos de pessoas físicas

Pode ser de prestação de serviços, como as aulas de inglês, de pensões alimentícias, de aluguéis. Se ele diz que recebeu rendimentos de aluguéis, nada mais fácil do que olhar para a declaração de bens dele, para verificar se há imóveis que realmente pode alugar.

Ouvinte: *Esse rendimento de atividades rurais é muito superficial, não é? Não discrimina as operações que foram feitas, só valor, e acabou. É que tem que ser profunda a análise.*

O que há é um livro-caixa da atividade rural, em que o contribuinte faz esses lançamentos. Requisitamos esses livros em sede de fiscalização e também se nos depararmos com um servidor público que tenha esse tipo de rendimento e esteja com acréscimo patrimonial suspeito. Aí, deve-se pedir a escrituração do livro-caixa da atividade rural, com receitas e despesas.

E o que facilita para mentes mal-intencionadas essa lavagem de dinheiro? É a possibilidade de arbitramento do lucro sobre o valor da receita. Não precisa ser o lucro contábil; pode ser 20% da receita; “20% da minha receita foi lucro”. E também a compensação de prejuízos. Vamos ver os exemplos aqui.

O contribuinte teve uma receita bruta de R\$ 72.000, com despesas de R\$ 19.000. Ele teve um resultado contábil de R\$ 53.000 de lucro na atividade rural. Só que ele tinha um prejuízo, nos exercícios anteriores, de R\$ 119.000, que levaram ao resultado de R\$ 66.000 negativos. O próprio programa em que o contribuinte faz a declaração de atividade rural já faz essa escolha por ele, entre a opção do arbitramento e do resultado. O menor é que será o resultado tributável, o negativo. Aquilo que eu falei sobre a opção pelo arbitramento, R\$ 14.400,00 é exatamente 20% de R\$ 72.000,00. Então, mesmo que ele tenha tido lucro de 70%, pode ser tributado só em 20%.

Ouvinte: *E de tempos em tempos, em determinado exercício, ele declara prejuízo para ir abatendo no seguinte.*

Pode ser. E tem outra coisa: a fiscalização é extremamente complicada, afinal de contas, boi não tem CPF! Pode-se forjar completamente uma atividade rural. Não vou citar nomes, mas vocês vão se lembrar de casos que apareceram na televisão, de agentes políticos que justificaram rendimentos com venda de gado. E tem um certo padrão de pessoas que compra até as vacinas, porque, como é para lavar dinheiro, se a pessoa lava 80% do dinheiro, para ela é interessante. A pessoa forja toda uma atividade rural.

Nesse exemplo, que é real, ele teve receita bruta de R\$ 88.000,00 despesas de R\$ 21.300,00 lucro contábil de R\$ 66.700,00 mas estava com prejuízo de R\$ 66.000,00. Então o resultado foi só de R\$ 700,00, enquanto que, se ele arbitrasse 20%, daria R\$ 17.600,00, mas ele optou pelo contábil e não pelo arbitrado, e o resultado tributável foi de R\$ 700,00. Isso significa que R\$ 66.700,00 menos R\$ 700,00, num total de R\$ 66.000,00 entraram como rendimentos isentos. Se isso foi forjado, ele conseguiu lavar grande parte do dinheiro.

No exemplo 3, agora já sem prejuízo, a receita bruta total é de R\$ 138.000,00, com despesas de R\$ 20.000,00. Com esse resultado, só plantando maconha, porque numa atividade rural decente ele não consegue um lucro desse nunca. Mas, como era forjado, ele punha o valor que ele estava precisando para justificar o acréscimo patrimonial que estava a descoberto. Ele teve lucro contábil de R\$ 118.000,00 só que a opção pelo arbitramento dá possibilidade de tributar apenas R\$ 27.600,00, então, todo o resto entra como rendimento isento, sendo que os R\$ 118.000,00 integralmente servem para justificar o acréscimo patrimonial. Se ele disser que comprou um imóvel por R\$ 110.000,00, do ponto de vista das aparências, estaria justificado. A diferença é que só parte dele foi tributável. Seria um grande negócio para ele.

A gente vê na prática, que atividade rural tem muita negociação com dinheiro em espécie. O dinheiro, por ser do campo, transita com mais facilidade, são questões da própria atividade mesmo.

Quando você tem que tributar impostos de extratos bancários, do contribuinte ou do agente público, dá para saber se tem procedência a informação de onde veio o dinheiro. Se foi para pagar uma empresa de fertilizante, se foi venda de gado, são esses tipos de depósitos e saídas da conta relacionados à atividade rural. Porém, se você não está na fase processual, mas na fase de garimpagem de informação, você vê que ele tem essa atividade rural e confere

mês a mês os lançamentos de receita, da atividade rural, dá para ver mais ou menos se bate com a movimentação financeira, porque muita coisa trafega pela conta. O que eu quis ressaltar quanto ao dinheiro em espécie na atividade rural é que pode perfeitamente ser verdade, dada a natureza às vezes informal da atividade, claro desde que as quantias não sejam tão altas.

Rendimentos tributáveis provenientes da fonte

Temos aqui só os exemplos principais: 13º salário, rendimentos de aplicação financeira, loterias, concursos e sorteios. Eu coloquei loterias, concursos e sorteios para vocês se lembrarem do João Alves: *Deus me ajudou, eu ganhei muito na loteria*. Ele dizia ter ganho mais de 200 vezes! Era um Deputado que foi envolvido no caso dos anões do orçamento, na década de 1990, já falecido. Este tipo de fraude ocorre geralmente por meio da compra, com ágio, de bilhetes premiados, com auxílio de informantes nas casas lotéricas que avisam quando alguém ganha.

Eu trouxe um exemplo de modelo de aplicação de Dirf, que mostra os meses em que o contribuinte teve rendimento e a quantidade de imposto que foi retido.

A Dirf serve para comparar se os valores informados com rendimentos de aplicações financeiras têm procedência. Se for verdade, ele tem que ter Dirfs correspondentes. De acordo com as taxas de retorno do investimento. Não dá para ter certeza de quanto foi, mas dá para fazer uma estimativa. Essa informação coletada no site do banco diz que a aplicação financeira média de fundo de renda fixa foi de 0,5% ao mês naquele ano. Então, você calcula e faz uma estimativa de quanto ele tinha aplicado na época, só para saber se a história tem cheiro de verdade.

Rendimentos tributáveis de forma definitiva

Eu já havia mencionado ganhos de capitais na alienação de bens ou direitos. Há também os ganhos líquidos em renda variável, cuja forma de declaração não é tão simples assim. Não é simples nem para o contribuinte, porque ele tem que apurar os ganhos líquidos em renda variável constantemente, para ver se deu prejuízo ou lucro. Se tiver dado lucro, ele tem que fazer o pagamento até o último dia útil do mês seguinte. Também não é fácil desconstituir isso, porque ele pode alegar que ganhou muito dinheiro na bolsa, por exemplo, como justificativa para ele esquentar um patrimônio. É claro que há formas de pedir quebra de sigilo bancário, dados da corretora, saber quanto que ele tinha aplicado. Mas em fase de análise inicial não dá para se ter uma ideia se é verdade ou não. Só dá para fazer estimativa porque existe uma alíquota bem pequena, de 0,005% sobre os valores das alienações em renda variável, exatamente para servir de alerta à fiscalização. Se ele teve, por exemplo, R\$ 1 mil de imposto retido sobre ganhos líquidos em renda variável na fonte, pela corretora, é porque ele tem um valor muito alto de aplicação em renda variável. Isso pode servir de indicativo de quanto o contribuinte tinha aplicado em bolsa num determinado período, para saber se a história que ele está contando tem um fundo de verdade ou não.

Rendimentos isentos não tributáveis

Ressalto o último exemplo da lista: lucros e dividendos recebidos. Não sei se todos sabem, mas lucros e dividendos recebidos de pessoa jurídica são rendimentos isentos. Exatamente por terem essa natureza, pode haver lavagem de dinheiro. O servidor entra como sócio não administrador de uma empresa, diz que está recebendo lucros e dividendos altíssimos, e aquilo justifica um acréscimo patrimonial dele.

Há casos de servidores que montam uma empresa de consultoria, porque o resultado de uma consultoria não é algo palpável. Ele pode dizer que recebeu R\$ 100 mil, R\$ 200 mil por uma consultoria. Ele é sócio-cotista de uma empresa da qual recebeu lucros e dividendos. Então, cuidado com essa questão de lucros e dividendos recebidos! Só analisando a contabilidade da pessoa jurídica é que a gente pode saber se é verdade ou não; é quando se percebe que a distribuição de lucros foi completamente forjada. Quando se verifica a declaração da pessoa jurídica, nem mesmo o faturamento chega perto do valor dos lucros e dividendos distribuídos. Não bate coisa com coisa.

Dos exemplos de rendimentos isentos não tributáveis, eu alerto mais para o penúltimo, que é o caso de doações, heranças, meações e dissolução de sociedade conjugal ou da unidade familiar, porque também pode estar escamoteando algum tipo de fraude. O servidor ou o agente público está precisando esquentar o acréscimo patrimonial e diz que recebeu doação de uma tia, do pai, do avô... Nesses casos, a primeira providência é verificar a declaração do doador para ver se havia lastro ou não.

Eis o exemplo de uma análise campo a campo de declaração envolvendo pessoa física fictícia. Têm algumas coisas bem prosaicas. Não é tão estranho um servidor com renda alta, com patrimônio de R\$ 2 milhões, estando perto de se aposentar; mas servidor de 25, 26 anos de idade, com patrimônio de R\$ 4 milhões, não é fácil de ver. É sempre bom checar a idade, o endereço. Estou citando endereço porque já houve casos em que o servidor morava em determinado lugar e o endereço era outro, porque o domicílio tributário pode ser escolhido no domicílio de eleição; a pessoa pode escolher o escritório comercial, não tem problema nenhum. Mas, nos casos em que vimos essas inconsistências, ficou comprovado que a pessoa escondia o endereço onde morava, porque morava, por exemplo, em Ipanema, na avenida Vieira Souto, no Rio, de frente para a praia. Muitas vezes, a gente ignora a questão de endereço, mas há endereços que são incompatíveis com os ganhos exclusivos da vida de servidor público. Eu vi casos de servidores morando na Barra da Tijuca, em prédios luxuosíssimos! Hoje em dia, com *Google Maps, Street View*, você acha tranquilamente os endereços e vê onde a pessoa mora. O CPF do cônjuge é um campo interessante também, porque muitas vezes o acréscimo patrimonial fica mais claro a partir das informações sobre o cônjuge.

Já as deduções permitidas são de interesse para o cálculo da variação patrimonial. Para calcular se o contribuinte tem variação patrimonial a descoberto ou não, deve-se também levar em consideração o que ele pagou de previdência social, previdência privada, despesas médicas, despesas com instrução...

Em relação à base de cálculo, imposto devido e imposto retido na fonte; base de cálculo é o que incide na tabela de alíquotas do tributo, que pode ser de, 27,5%, ou de 15%. Serve para calcular o imposto devido, comparar com o imposto pago ao longo do ano, e não só o retido na fonte, porque pode ter havido aquele imposto pago no carnê Leão, por exemplo. Quem é profissional liberal tem que fazer mês a mês o pagamento dos rendimentos vindos de pessoa física. A pessoa apura, faz o livro-caixa com despesas e receitas, no caso de lucro, tem que levar a tributação, e o próprio contribuinte faz o pagamento. O que ele pagou ao longo do ano ele compensa na declaração também; aqueles mesmos rendimentos que teve e já tributou, também leva para ser tributado na declaração. Leva tanto os rendimentos quanto o imposto que pagou.

Imposto pago no exterior são aqueles casos para evitar bitributação. A pessoa comprova que pagou o imposto no exterior e entrega isso para deduzir na declaração do imposto a ser pago aqui.

O último eu já mencionei, que é o Imposto de Renda retido na fonte de operações em bolsa. O próximo item é só para alertar para a questão dos anexos à declaração, porque, quando o contribuinte desempenha atividade rural, é obrigado a preencher um anexo da atividade rural. Se ele tiver na declaração dele rendimentos tributáveis da atividade rural ou rendimentos isentos da atividade rural, e não tiver o anexo junto, fiquem certos de que deve ter. É porque não houve encaminhamento. Então, deve-se pedir, porque no anexo é que constará a discriminação de como foi obtido aquele resultado.

Ouvinte: *Eu peguei um caso em que tinha uns bens também no anexo. Eles entram como custo de produção? Não havia valor declarado, nem nada...*

É que muita gente preenche de forma errada ou incompleta o anexo. Mas os bens da atividade rural têm algumas peculiaridades. Deve constar o valor de custo deles também. O acréscimo patrimonial também tem que ser considerado, porque, se ele já teve acréscimo patrimonial nos bens da atividade rural, aquele lucro não serve para compensar tanto o acréscimo dos bens da atividade rural como o do patrimônio declarado na declaração propriamente dita, ao mesmo tempo. Teoricamente, aquele dinheiro já foi contabilizado no acréscimo do patrimônio da atividade rural. Enfim, se o agente público tiver rendimentos tributáveis declarados da atividade rural, é importantíssimo que se analise o anexo.

O mesmo vale para imposto sobre ganho de capital. Quando se vende um imóvel com lucro, obrigatoriamente tem que se preencher o anexo do ganho de capital.

Quanto ao espólio, aconteceu comigo algumas vezes de começar a análise de determinado servidor e, mais à frente, perceber que o servidor havia morrido. Como é um campo no final da declaração, é bom analisar logo no começo, para você não trabalhar à toa e ficar analisando algo que não irá prosperar...

Para fechar, a gente vai para o cálculo da Variação Patrimonial a Descoberto, ver como se calcula se o servidor, agente público tinha condições de ter aquele acréscimo patrimonial ou não. Chama-se isso de VPD, que é igual à diferença entre as aplicações de recursos do contribuinte e as origens de recurso do contribuinte. Uma detalhe: se qualquer contribuinte, indistintamente, tiver variação patrimonial a descoberto, isso é tributável e é motivo de

autuação pela Receita Federal. Isso tem a sua lógica. Se ele teve acréscimo patrimonial a descoberto, presume-se que omitiu receita, e aquela receita omitida é tributável. Se a VPD é de R\$ 900.000,00 isso vai entrar como rendimento tributável em lançamento de ofício, um auto de infração da Receita Federal. Não é o nosso interesse aqui; nosso interesse é o interesse disciplinar, e em relação às ações de improbidade.

Somente haverá VPD se o valor das aplicações for maior do que o das origens. E o que pode servir de origem para justificar patrimônio? Todos os rendimentos tributáveis que ele declarou: recebidos de pessoa jurídica, de pessoa física, do exterior, os tributáveis exclusivamente na fonte, os tributáveis em definitivo, todos os que já vimos antes. É claro que os rendimentos podem ter sido forjados, principalmente os recebidos de pessoa física. Nesse caso, já na fase processual deverá haver uma desconstituição daqueles valores que ele simulou ter recebido.

O principal alerta é sobre os rendimentos lícitos omitidos. Não é porque o servidor é sonegador que ele é corrupto, que cometeu improbidade administrativa relacionada à sua atividade. Ele pode, na verdade, estar omitido rendimentos por razões fiscais. Pode ser que ele tenha 10 imóveis e os alugue, mas não declare os rendimentos de aluguel. Você pede a Dimob com os dados fiscais do servidor, percebe todos aqueles rendimentos de aluguel declarados por ele, mas não haverá repercussão disciplinar ou de ação de improbidade, porque é preciso levar em consideração como origem também os rendimentos lícitos omitidos. Nesse caso, restará a infração tributária. Não é o caso, por exemplo, das aulas de inglês, quando o servidor omitiu os rendimentos e depois fez a retificadora, mas não havia plausibilidade naqueles rendimentos.

São também origens: os rendimentos isentos e não tributáveis; e a alienação de bens e direitos. Se eu tenho uma casa declarada em R\$ 300.000,00 e vendi por R\$ 700.000,00 vou pagar o Imposto de Renda sobre o ganho de capital, se não estiver submetido a alguma isenção, mas aqueles R\$ 400.000,00 de diferença vão servir para uma origem, para eu ter um acréscimo patrimonial. Digamos, assim, hipoteticamente: meu único bem é essa casa de R\$ 300.000,00. Eu ganho R\$ 100.000,00 anuais e passei a ter outro único bem no ano seguinte, o valor em conta corrente ou aplicação financeira de R\$ 700.000,00 porque vendi a casa por esse valor. Os R\$ 400.000,00 de acréscimo patrimonial teriam justificativa: alienação do bem. Os empréstimos contraídos no período também servem como origem. Atentar para situações onde aquela dívida nunca é paga ou desaparece misteriosamente da declaração do servidor. Também acontecem casos de o servidor esquentar o patrimônio dizendo que recebeu um dinheiro da empresa da qual é sócio. Um empréstimo.

Também se considera como origem o saldo de aplicação financeira no início do período. A gente vai ver mais à frente que se considera como aplicação o saldo de aplicações financeiras e de conta corrente no final do período, ou seja, diminui um do outro. Se no início do ano era menor do que no final do ano, é porque houve acréscimo patrimonial.

Os rendimentos líquidos do cônjuge também entram como origem. Há um quadro na declaração de Imposto de Renda que nem todo mundo preenche, porque não tem fins tributários, mas tem um fim principalmente para quem faz a análise patrimonial, porque pode ser que o cônjuge tenha rendimentos suficientes para justificar o acréscimo patrimonial do outro. Às vezes, os bens estão só numa declaração e não estão na outra. Então tem que fazer a análise em conjunto e prestar atenção ao quadro de rendimentos líquidos do cônjuge. Sem a declaração do cônjuge para ver com detalhes, você vai ficar sempre na dúvida. É bom ter a declaração também do cônjuge para saber se aquelas informações do outro são verdadeiras.

No caso das aplicações de recursos, há os pagamentos e doações. Os pagamentos que aparecem na declaração e a que geralmente temos acesso são despesas com saúde, médico, aluguel e profissionais liberais, geralmente advogados, porque o contribuinte pode abater do recebimento de alguma causa o valor pago ao advogado. Geralmente é o que acessamos, a não ser quando temos também a Decred, que é a declaração das administradoras de cartão de crédito, em que você vai poder computar aquele dispêndio. Se uma informação da Decred diz que o contribuinte pagou R\$ 50 mil, no ano, de cartão de crédito, você pode fazer o cômputo como aplicação, com o seguinte cuidado: é pouco provável, mas pode ser que ele tenha feito o pagamento do colégio do filho, ou de qualquer outra despesa, com cartão de crédito. Se você não tiver esse cuidado de perguntar a ele, você pode estar levando em consideração duas vezes o mesmo pagamento.

Todos os impostos e taxas pagas, quitações de dívidas, aquisição de bens e de direitos, custos de reforma e construção de imóveis também são aplicações a serem subtraídas das origens de recursos.

Nesse livro que eu mostrei para vocês, há o caso de um Deputado, que na declaração dele aparece de repente um parque de vaquejadas, declarado em R\$ 30.000,00 com fotos de festas imensas realizadas lá. O agente político, ou o servidor, vai fazendo muitas reformas, transformando um imóvel rural ou urbano em algo extremamente luxuoso, e não vai computando; ele coloca só o valor de custo. Só podemos fazer estimativa, nunca vamos ter o valor real gasto, por exemplo, no piso. A gente só pode estimar – geralmente por custos do Sinduscon, Sindicato das Empresas de Construção Civil, e, de preferência, sendo conservador na análise. Se, mesmo pegando o valor mais baixo na estimativa ainda estourar muito a variação patrimonial a descoberto, é tocar para frente o procedimento.

Saldo de aplicações financeiras no final do período também são aplicações. O saldo de conta corrente também é levado em consideração no cálculo, no início e no final. Já a análise dos lançamentos tributários é feita mês a mês, para ver se tem lastro ou não para aquela movimentação financeira. Para isso, é importante ter os extratos bancários do contribuinte, não só o resumo. A Receita usa a Dimof unicamente como instrumento de seleção do contribuinte, e ele não pode ser autuado sem que você tenha os extratos bancários, porque pode ter transferência para a conta do cônjuge pode ter estorno na conta. No próprio extrato bancário pode ter uma explicação para aquilo tudo.

Esta parte é só para fazer uma distinção do que é interesse fiscal e o que é interesse disciplinar e de ação de improbidade. Algumas situações têm interesse meramente fiscal, com objetivo somente de não pagamento do imposto, como é o caso de deduções fictícias. Se o contribuinte diz que pagou R\$ 50.000,00 de despesas médicas, mas só pagou R\$ 10.000,00, ele só fez complicar a situação dele, quanto ao aspecto disciplinar. Agora, se ele disser *Olha, eu menti para a Receita, eu só paguei 10, eu não paguei 50*, a gente tem que levar em consideração os 10, desde que ele comprove, claro, porque o intuito não foi para esquentar o patrimônio, foi para pagar menos imposto. Nesse caso, o interesse é exclusivamente fiscal. É a mesma situação de rendimentos lícitos omitidos, como o caso de aluguel que eu citei. Aqueles rendimentos lícitos que ele omitiu e conseguiu comprovar para a comissão de processo disciplinar, ou em ação do Ministério Público, têm que ser levados em consideração no cálculo da variação patrimonial.

O interesse disciplinar ou por ação de improbidade existe no caso de variação patrimonial a descoberto ou de movimentação financeira incompatível.

Situações que levam a indícios de enriquecimento ilícito

Ressaltem bem esse vocábulo: “indícios”.

Caso de imóveis rurais: quando a pessoa tem imóvel rural, tem dispêndio com manutenção daquele imóvel. Mas pode ser também caso de lavagem de dinheiro, por causa dos rendimentos isentos da atividade rural. Nunca se esqueçam de analisar o demonstrativo da atividade rural, porque ele pode esquentar o dinheiro tanto superfaturando receitas quanto subfaturando despesas. Num dos casos que analisei, buscamos dados até na Embrapa² sobre os lucros esperados de certas atividades rurais em determinados lugares. Se não me engano, a universidade Esalq³, no interior de São Paulo, também tem dados da margem de lucro esperada em cada lugar, para você ter uma base quando estiver já no curso do processo. Por exemplo, o proprietário é obrigado a vacinar todo o gado contra febre aftosa. Então ele tem que ter o registro daquelas vacinas. Existe também a obrigação de notas fiscais de produtor rural quando ele vende o rebanho. Veja também se ele tem origens dos recursos para manutenção da atividade rural. Tem que ver essa questão da migração dos recursos dele como servidor e como produtor rural, uma atividade servindo para esquentar o acréscimo patrimonial da outra. Tem que levar em consideração o quadro de bens como contribuinte e os bens da atividade rural.

Movimentação financeira: deve-se verificar a coincidência de dados em relação a eventos que possam justificar ganho de movimentação financeira; comparar com DOI, com Dimob; ver se aquela grande movimentação financeira naquele mês específico foi atípica, se tem justificativa nessa diferença de patrimônio em determinado período, como aplicações financeiras, compra e venda de imóveis, e atentar para contas bancárias não declaradas; comparar o que vem da Dimof com o que ele informa na declaração de bens; ver se todas as contas que estão numa estão na outra. O autor desse livro

2 Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária.

3 Escola Superior de Agricultura Luiz Queiroz.

cita que é extremamente comum, nas declarações que ele analisou, políticos não terem contas bancárias informadas na declaração que vai para o TSE, o que é estranho, porque há obrigação de declarar.

A questão do cálculo do patrimônio líquido. Aqui eu falo em valores absolutos, não da variação patrimonial a descoberto. Tem que examinar a razoabilidade do montante comparado com o salário, a posição funcional, os cargos que ocupou ao longo da vida. Mais do que isso, é importante a desproporcionalidade de crescimento. O sujeito vem com R\$ 150 mil de patrimônio e, de repente, no outro ano, está com R\$ 600 mil, e no outro já está com R\$ 1,3 milhão. Há vários exemplos nesse livro, exatamente assim: o político assume o mandato, está com R\$ 100.000,00 de patrimônio, termina com R\$ 500.000,00 e, ao sair da reeleição, tem R\$ 3 milhões. Deve-se sempre buscar a origem do aumento patrimonial e fazer análise qualitativa e quantitativa.

Temos falado muito da análise quantitativa, mas a qualitativa é imprescindível. Digo isso principalmente por causa do subfaturamento de imóveis. O servidor não quer deixar de registrar o imóvel na declaração, mas coloca valor nitidamente inferior. O livro traz o caso de um Vereador de São Paulo envolvido num escândalo, na CPI do IPTU, em que ele era um negociante imobiliário fantástico. Ele comprava os imóveis, registrava por R\$ 100.000,00 e vendia por R\$ 600.000 um ano depois. Estava na cara que ele subfaturou. Mesmo pagando imposto, ele fica satisfeito, não é? Conseguiu lavar o dinheiro com sucesso. Então, análise qualitativa é essencial.

Também já falamos que o servidor pode estar escamoteando o acréscimo patrimonial por meio de heranças fictícias ou de doações que não existiram.

Sempre tem que prestar atenção à efetividade do recebimento. Se o servidor consegue comprovar que realmente recebeu aquele recurso, se há lastro na declaração do outro interveniente, se passou por contas bancárias, se há sinais exteriores de riqueza, bens com gastos elevados em manutenção – aviões, barcos, lanchas, cavalos e haras, obras de arte... Para barco e avião, por exemplo, tem que pagar estacionamento, hangar, mecânico...

Obras de arte e antiguidades são itens muito propícios à lavagem de dinheiro, porque tem valor subjetivo, só calculado por estimativa. São itens que exigem investigação mais profunda. O agente público pode dizer que tem uma obra de arte de R\$ 300.000,00 que na verdade vale R\$ 15.000,00 e dizer que vendeu por R\$ 400.000,00 para justificar o acréscimo patrimonial de um apartamento, por exemplo.

Eu trouxe um caso bem interessante. Esse senhor do slide foi Ministro do Interior da França e afirmou ter revendido dois quadros de um pintor flamengo por 500 mil euros. Um jornal foi atrás dos maiores especialistas em arte flamenga na França e eles disseram que o valor típico dos quadros era de 15 mil euros. O Ministro disse que tinha vendido o quadro para um advogado da Malásia, amigo dele. A reportagem foi atrás e descobriu que qualquer quadro acima de 150 mil euros precisa de um certificado do Ministério da Cultura para sair da França. Assim, ele mentiu duplamente e ainda não arrumou a mentira de forma correta. O maior valor de venda

desse pintor tinha sido de 168 mil euros, por um quadro três vezes maior. Valor que não chegava nem perto daquele que ele falou que havia vendido.

O mesmo cuidado a gente tem que ter para analisar todas as circunstâncias de como apareceu o dinheiro em espécie na declaração, buscar a origem de como o dinheiro foi evoluindo na declaração da pessoa, se apareceu do nada ou se teve uma constância, e, claro, o valor. Saiu num jornal a notícia de um candidato a Deputado que diz que tem R\$ 4 milhões. É, R\$ 4 milhões em espécie é muito dinheiro. Chegamos a encontrar declarações em que o servidor dizia ter 800 mil dólares em casa. Mas esses não são o principal problema; o principal problema são aqueles que não dizem e têm, porque a corrupção é feita muito no dinheiro em espécie mesmo, como a gente tem visto nas operações da Polícia Federal. O dinheiro não transita por conta bancária, por vezes é guardado em casa, enquanto não tiver passado por um processo de lavagem.

Sobre a DOI, já falamos, é verificar se os imóveis constantes nela estão na DIRPF, comparar com a Dimof, e atentar para o subfaturamento, o conluio entre vendedor e adquirente. O vendedor quer pagar menos imposto, e para ele é interessante dizer que vendeu por valor menor. E o adquirente, se aquele dinheiro é fruto de atividade ilícita, não vai ter como justificar o valor total do imóvel, então ele vai querer colocar um valor menor também, como aquisição, e de novo entra a questão da análise qualitativa. Na DOI, há um campo interessante, que é o valor do ITBI. Geralmente, nos cartórios em cidades maiores, o fiscal da Prefeitura não deixa ser lavrado registro com valor muito inferior ao do imóvel. Então, examine na DOI se o valor é muito abaixo do valor do ITBI. Vem no contrato registrados R\$ 60.000,00 e o valor da base de cálculo do ITBI foi R\$ 300.000,00. Gera um indício sério de subfaturamento, isso sem comparar com o valor de mercado. Quando a DOI é preenchida corretamente, nos dados do imóvel aparece a área, que também é um bom indício para se calcular o valor real do imóvel.

Transportes de bens é quando os valores dos bens declarados em um ano são transportados para a declaração do ano seguinte com um valor maior. Ocorre quando o agente público não conseguiu justificar um acréscimo patrimonial de determinado ano e não colocou os bens com valor real, e vai ajustando aos documentos o valor daqueles bens na própria declaração. Quero que vocês mentalizem graficamente a Declaração do Imposto de Renda. A declaração de bens tem duas colunas: quanto valia o bem no ano de 2011 e quanto valia no ano de 2012. Quando ele entregar em 2014 a declaração referente a 2013, vai ter as colunas de 2012 e 2013. A coluna de 2012, na declaração que ele entregou em 2013, tem que ter o mesmo valor da coluna de 2012, na declaração de 2014. Se isso não acontece, é porque ocorreu transporte de bens, o que nem sempre é feito de forma ilícita, para tentar esconder alguma coisa. Às vezes, é por erro do contribuinte, que declarou de forma equivocada. Um bem não pode aumentar de valor por ajuste ao valor de mercado. Um bem só pode aumentar de valor se o contribuinte estiver pagando prestação do imóvel, por exemplo, e a forma correta de declarar é o valor que ele despense naquele ano. Se ele deu R\$ 300.000,00 de entrada e pagou duas prestações de R\$ 100.000,00 o valor do custo naquele ano é de R\$ 500.000,00. Se pagou

mais três prestações de R\$ 100.000,00 no ano seguinte vai valer R\$ 800.000,00 e ele muda de R\$ 500.000,00 para R\$ 800.000,00. Se o contribuinte faz uma benfeitoria no imóvel, é obrigado a crescer ao valor do bem aquela reforma. Se valia R\$ 800.000,00 ele já acabou de pagar, mas fez uma reforma de R\$ 150.000,00 o bem tem que passar a valer R\$ 950.000,00. Quanto a questão da dívida, verificar se há coerência entre os rendimentos declarados e as taxas praticadas no mercado financeiro.

Este outro exemplo eu tirei de um exercício, vou tentar explicar para vocês qual é a lógica disso para a gente calcular variação patrimonial a descoberto. Nessa declaração de Imposto de Renda de pessoa física, o contribuinte dizia ter recebido um empréstimo para justificar aumento patrimonial; só que na declaração do outro não havia recursos suficientes para a operação. No cálculo, o analista tinha que fazer a desconsideração do empréstimo como origem para acréscimo patrimonial – vocês se lembram: origem e aplicação. E também dizia que não há Dirf de aplicações financeiras para o servidor. É porque ele declarava o rendimento de aplicação financeira que era fictício, senão teria que haver uma Dirf. Na hora do cálculo, quem está fazendo a análise teria que desconsiderar aqueles rendimentos de aplicações financeiras. O contribuinte trouxe como rendimento tributável de pessoa jurídica R\$ 80.000,00, rendimentos isentos de R\$ 70.000,00, tributáveis exclusivamente na fonte R\$ 37.000,00: total das origens de R\$ 187.000,00. Uma coisa bem simplificada. Previdência oficial, que sempre vem nas declarações dos servidores públicos, é desembolso que se desconta, no caso dez mil reais. Ele também pagava pensão alimentícia de R\$ 10.000,00, registrava as despesas médicas de 15 mil, teve um Imposto de Renda retido na fonte de R\$ 13.000,00 ao longo do ano de 2014, total das aplicações: R\$ 48.000,00; origem menos aplicações: 187 menos 48 dá R\$ 139.000,00. Só que ele havia tido um acréscimo patrimonial de R\$ 260.000,00. Ou seja, VPD de R\$ 121.000,00. No exercício, o analista já tinha que fazer a desconsideração do rendimento de aplicação financeira de 60 mil e também do empréstimo de 75 mil, pois se levasse em consideração para o cálculo o rendimento de aplicação financeira e o empréstimo não comprovados, a declaração fecharia.

Chegamos ao fim e gostaria de agradecer o convite e a acolhida do Ministério Público de Minas Gerais. Muito obrigado!

NOTAS TÉCNICAS

VINCULAÇÃO DAS PROVAS AO CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DO CONCURSO PÚBLICO

Katherine Alzira Avellán Neves
Leonardo Duque Barbabela

EMENTA: Edital. Concurso público. Conteúdo programático. Obrigatoriedade. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Desnecessidade de constar referências bibliográficas.

1. Introdução

Aportou neste Centro de Apoio solicitação de posicionamento do CAOPP sobre a obrigatoriedade de constar em edital de concurso público referência bibliográfica, bem como sobre a relação de matérias a serem exigidas no certame.

2. Fundamentação

O edital do concurso público é a “lei interna” do respectivo procedimento, vinculando tanto a Administração Pública como os candidatos, razão pela qual deve conter disposições claras e objetivas que assegurem a compreensão de seus termos, garantindo aos participantes a isonomia, a livre concorrência, a impessoalidade, dentre outros princípios aplicáveis ao resguardo da lisura do certame.

Embora seja recomendável em razão dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, segurança jurídica e moralidade administrativa, não há obrigatoriedade de constar referências bibliográficas no edital do concurso público.

A respeito do tema, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 252/2003, de autoria do então Senador Jorge Bornhausen, que visa disciplinar as normas gerais relativas a concursos públicos, cujo último andamento até a data de redação desta nota foi em 11/10/2013¹.

Oportuno mencionar o seguinte dispositivo do referido projeto em sua redação originária:

Art. 5º O edital é vinculante da administração pública e de cumprimento obrigatório, devendo ser redigido de forma clara e objetiva, de maneira a possibilitar a perfeita compreensão de seu conteúdo pelo pretendente ao cargo ou cargos oferecidos.

[...]

§ 4º Caso o edital indique a bibliografia de que se valerá a banca, ficará esta vinculada àquelas obras, cujo conteúdo admitido será o da edição mais recente.

5º A não indicação de bibliografia, ou sua indicação apenas sugestiva, obriga a banca a aceitar, como critérios de correção, as posições técnicas, doutrinárias, teóricas e jurisprudenciais dominantes relativamente aos temas abordados. (grifo nosso)

Em recente julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ficou consignado que a lista bibliográfica constante no edital do concurso público é um simples referencial básico para os candidatos.

A ementa desse julgado assim enuncia:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE PROFESSOR ASSISTENTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO CONCURSO. QUESTÃO SUPOSTAMENTE NÃO CORRELATA AO CONTEÚDO PROGRAMÁTICO. AUSÊNCIA DE DESRESPEITO AO EDITAL. 1. Exceção feita ao controle de legalidade do ato administrativo, consignase não ser atribuição do Poder Judiciário promover a correção, a retificação ou a composição das indagações formuladas em provas e concursos públicos, substituindo os critérios subjetivos, correccionais e revisionais das bancas examinadoras, sob pena de imiscuir-se indevidamente no mérito do ato administrativo. 2. Nada obsta, porém, a análise da pertinência das questões da prova aos termos do Edital do concurso, o qual vincula tanto a Banca como os candidatos. 3. Não se há de falar em ausência de correlação temática entre a questão contestada e o edital do concurso, porquanto esta se incluiu no tema Direito de Família sob a ótica de interpretação sistemática. 4. Não houve violação ao edital em razão do tema não constar em quaisquer livros colacionados na bibliografia básica, pois a lista de obras consiste em simples referência básica para os candidatos. 5. A banca foi regularmente formada, atendendo seus integrantes as exigências do art. 18 da Resolução CD n. 07/2009, não tendo, ainda, os apelantes impugnado tempestivamente sua formação, como preconiza o art. 54 da mencionada Resolução. 6. Não se exige também que seja a banca examinadora formada por Professores da subárea de conhecimento da vaga definida no edital, de acordo com o art. 16, § 1º, da citada norma, mas que estes sejam doutores ou mestres em Direito. 7. Se o edital não prevê a divulgação de “espelho de prova” a comissão não

¹ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105464>.

é obrigada a fornecê-lo, nem tampouco a indicar o padrão de correção da prova, notadamente em provas de natureza subjetiva, quando diversos aspectos são analisados concomitantemente, inclusive a redação e a ortografia. 8. O julgamento dos recursos interpostos administrativamente também observou as regras do edital, não estando prevista a realização de sessão pública para julgá-los. 9. Os recursos interpostos não inviabilizavam a participação dos apelantes na fase seguinte do concurso, e de acordo com o art. 55, § 1º, só deveriam “ser entregue para a Banca Examinadora após a realização da Prova Didática”, não existindo prejuízo aos candidatos recorrentes no seu processamento ou julgamento. 10. Sentença denegatória mantida. (TRF-3 - AMS: 6655 MS 0006655-59.2010.4.03.6000, Relator: JUIZ CONVOCADO HERBERT DE BRUYN, Data de Julgamento: 10/10/2013, SEXTA TURMA) (grifo nosso).

Outro ponto que merece destaque é a obrigatoriedade, por parte da banca examinadora, de disponibilizar o espelho de prova aos candidatos. Caso não haja previsão no edital, não se vislumbra obrigatoriedade de disponibilizar o espelho.

Sobre o tema, colaciona-se o excerto do voto do Relator da Apelação Cível nº 0006655-59.2010.4.03.6000/MS, TRF3, Data de Julgamento: 10/10/2013, Sexta Turma, Juiz Federal convocado Herbet de Bruyn:

[...]

Se o edital não prevê a divulgação de ‘espelho de prova’ a comissão não é obrigada a fornecê-lo, nem tampouco a indicar o padrão de correção da prova, notadamente em provas de natureza subjetiva, quando diversos aspectos são analisados concomitantemente, inclusive a redação e a ortografia. [...] (grifo nosso)

Noutro giro, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que, tendo sido formulada questão de conteúdo estranho à bibliografia prevista no edital e tendo a banca examinadora deixado de reconhecer como correta resposta prevista na bibliografia indicada, torna-se necessário o reconhecimento da nulidade da questão. A ementa desse julgado assim menciona:

EMENTA: RECURSO INOMINADO. SERVIDOR PÚBLICO. BRIGADA MILITAR. CONCURSO INTERNO PARA PARTICIPAÇÃO EM CURSO TÉCNICO EM SEGURANÇA PÚBLICA (CTSP). GABARITO DA QUESTÃO 35 QUE CONSIDERA BIBLIOGRAFIA ESTRANHA AO EDITAL, EM DETRIMENTO DAQUELA INDICADA NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. ANULAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. A questão número 35 do concurso interno, para participação em Curso Técnico em Segurança Pública, foi elaborada com base em bibliografia estranha ao edital, deixando de considerar como correta resposta prevista na bibliografia indicada. Reconhecer que a correção de determinada questão viola o instrumento convocatório é, justamente, fazer um juízo de legalidade da decisão da administração, não configurando hipótese de indevida intervenção no mérito administrativo das decisões. Destarte, tendo a questão sido elaborada com base em bibliografia não prevista no edital e, ainda, com base naquela constante no instrumento, possuir duas assertivas corretas, deve ser anulada. Portanto, deverá ser contabilizada a questão para o candidato, verificando-se a sua classificação e, em

estando dentro das vagas previstas no edital, garantida a sua matrícula e frequência no próximo CTSP, ocorrendo, apenas em caso de aprovação, sua promoção ao posto de 2º Sargento. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-RS, Recurso Cível nº 71004596730, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em 14/11/2013) (grifo nosso)

Importante anotar que, no caso em tela, adotando-se um ou outro posicionamento, há uma zona de certeza, qual seja, a não obrigatoriedade de constar a referência bibliográfica no edital do certame.

Todavia, atento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – vetores interpretativos essenciais ao operador do direito –, presente a referência bibliográfica no edital do concurso, esta deve ser considerada pelo candidato como um norte para auxílio no conteúdo programático.

Nesse caso, o candidato deve ficar atento para eventuais questões elaboradas em relação aos temas previstos no conteúdo programático que não constem na referência bibliográfica básica do edital de concurso, pelo simples fato de que a referência, como já dito, é básica, padrão, elementar, vale dizer, não se mostra suficientemente precisa para exaurir o conteúdo programático, em razão da complexidade e atualidade da temática cobrada em provas de certames públicos.

Lado outro, caso a banca examinadora elabore uma questão estranha ao conteúdo programático e estranha às referências bibliográficas previstas no edital, é possível o controle de legalidade do fato com a anulação da questão.

Em relação à indagação sobre a obrigatoriedade de constar no edital do concurso público o conteúdo programático, a resposta é positiva.

Isso porque os candidatos devem ter prévia ciência do conteúdo que lhes será cobrado. Ou seja, eles têm direito de saber os temas sobre os quais as questões serão elaboradas. A presença desse programa vincula Administração e candidatos, possibilitando o controle de legalidade do certame.

Importante ressaltar que – mais uma vez em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – inexistência óbice à previsão dos temas no conteúdo programático em termos genéricos, neles compreendendo-se os subtemas como corolário lógico. Assim entende a jurisprudência pátria:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. COMPATIBILIDADE ENTRE AS QUESTÕES E OS CRITÉRIOS DA RESPECTIVA CORREÇÃO E O CONTEÚDO PROGRAMÁTICO PREVISTO NO EDITAL. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA PELO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES DO STF. DENEGACÃO DA SEGURANÇA.

1. O Poder Judiciário é incompetente para, substituindo-se à banca examinadora de concurso público, reexaminar o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção das provas, consoante pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes (v.g., MS 30433 AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES; AI 827001 AgR/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; MS 27260/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Red. para o acórdão Min. CÁRMEN LÚCIA). No entanto,

admite-se, excepcionalmente, a sindicabilidade em juízo da incompatibilidade entre o conteúdo programático previsto no edital do certame e as questões formuladas ou, ainda, os critérios da respectiva correção adotados pela banca examinadora (v.g., RE 440.335 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, j. 17.06.2008; RE 434.708, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 21.06.2005).

2. Havendo previsão de um determinado tema, cumpre ao candidato estudar e procurar conhecer, de forma global, todos os elementos que possam eventualmente ser exigidos nas provas, o que decerto envolverá o conhecimento dos atos normativos e casos julgados paradigmáticos que sejam pertinentes, mas a isto não se resumirá. Portanto, não é necessária a previsão exaustiva, no edital, das normas e dos casos julgados que poderão ser referidos nas questões do certame.

3. *In casu*, restou demonstrado nos autos que cada uma das questões impugnadas se ajustava ao conteúdo programático previsto no edital do concurso e que os conhecimentos necessários para que se assinalassem as respostas corretas eram acessíveis em ampla bibliografia, afastando-se a possibilidade de anulação em juízo.

4. Segurança denegada, cassando-se a liminar anteriormente concedida.(MS 30860/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, publicado em 06.11.2012) (Grifo nosso)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO. ASSESSOR. MINISTÉRIO PÚBLICO. PROVA DISSERTATIVA. CONTEÚDO PROGRAMÁTICO. DESATENDIMENTO. Compete ao Poder Judiciário conferir a legalidade do concurso público, mediante a verificação da observância do conteúdo programático exigido pelo edital para cada uma das provas nele previstas. Precedentes. A matéria relativa à usucapião, contemplada no Estatuto da Cidade, integrou o conteúdo programático de Direito Urbanístico, que não foi objeto da prova dissertativa, não podendo ser sabatinada nessa fase, ensejando a nulidade da questão de nº 02, cujo questionamento foi direcionado especificamente ao conteúdo da Lei 10.257/2001.

Entendimento adotado por esse Tribunal na Unificação de Jurisprudência suscitada nos autos do processo 70047321210.(Grifo nosso, TJ-RS - MS: 70044341584 RS , Relator: Rogerio Gesta Leal, Data de Julgamento: 31/05/2012, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/07/2012). (Grifo nosso)

3. Conclusão

Pelo exposto, verifica-se a inexistência de obrigatoriedade de constar referência bibliográfica em edital de concurso público – embora seja recomendável sua inclusão, em obediência aos princípios moralizantes da Administração Pública.

Por outro lado, é obrigatório constar o conteúdo programático no edital que rege o concurso público, pois é a partir daquelas referências que as questões serão elaboradas, e os candidatos poderão ter prévia ciência do que lhes será cobrado, possibilitando o controle de legalidade do certame, quer através da via administrativa, quer judicial.

CONTRATAÇÃO DE SHOW ARTÍSTICO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

João Lucas Teixeira Bebe
Leonardo Duque Barbabela

EMENTA: Contratação de profissional do setor artístico para a realização de *shows*. Inexigibilidade de licitação. Possibilidade. Necessidade de formalização do respectivo processo para o adequado controle de legalidade e de legitimidade da despesa. Priorização dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

1. Introdução

O cerne da presente consulta consiste em verificar a legalidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de bandas regionais para a animação das festividades carnavalescas do município.

2. Fundamentação

2.1. Da obrigatoriedade de licitação

As contratações públicas devem ser precedidas da realização de certame licitatório, cumprindo ao administrador a escolha da avença que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade, que regula a participação dos licitantes, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988 (CR/1988) e da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações).

Como bem disserta o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹, a licitação visa

[...] proporcionar às entidades governamentais a possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendem de realizar com os particulares. (1980, p. 158).

Nesse norte, a realização da licitação é, em regra, *conditio sine qua non* para a consecução da contratação pública. Com efeito, é preciso que a Administração obtenha a proposta mais vantajosa ao interesse público e, ainda, conceda a todos os interessados igualdade de condições.

¹ In **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 158.

Odete Medauar² destaca que “A Administração não pode contratar livremente, porque deve ser atendido o princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração e a moralidade administrativa, sobretudo” (2010, p. 187).

Excepcionalmente, em situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme previsto no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, autorizando a Administração a realizar contratação direta, sem licitação. Senão vejamos:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

² In **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 187.

Sobre o inciso I desse dispositivo, José dos Santos Carvalho Filho³ ensina que, de fato, se somente uma empresa fornece determinado produto, não há como se realizar o certame. O autor ressalta que a exclusividade pode ser absoluta ou relativa. A primeira se caracteriza pelo fato de só existir um produtor, empresa ou representante comercial exclusivo no país; a segunda ocorre apenas na praça de aquisição do bem, caso em que, havendo fora da praça mais de um fornecedor ou representante comercial, é possível que a Administração Pública realize a licitação. Ele acrescenta que a exclusividade precisa ser comprovada por meio de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local, pelo sindicato, federação ou confederação patronal ou por entidades equivalentes.

Em relação ao inciso II do artigo 25, Carvalho Filho⁴ afirma que não são quaisquer serviços que podem ser contratados diretamente, mas sim os serviços técnicos e especializados, ou seja, aqueles enumerados no artigo 13 do mesmo diploma legal, cuja execução depende de habilitação específica.

Para a configuração de hipótese de inexigibilidade de licitação, exige-se ainda que os profissionais ou as empresas possuam notória especialização, isto é, desfrutem de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade. Além disso, a Administração Pública deve concluir que o trabalho a ser executado por determinada pessoa, além de essencial, é o mais adequado à plena consecução do objeto do contrato e que seus serviços têm natureza singular.

Por fim, o inciso III – que é o objeto de interesse deste arrazoado – dispõe ser inexigível a licitação “para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”.

Passemos à análise desse dispositivo legal.

2.2. Inexigibilidade de licitação do art. 25, inciso III – parâmetros

O art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 assim dispõe:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

III – para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (Grifo nosso)

A justificativa da inexigibilidade nesta hipótese é a **inviabilidade de competição**. Com efeito, não há critérios objetivos para aferir a melhor proposta para a Administração Pública, não havendo, por consequência, supedâneo fático para a realização do procedimento licitatório.

³ In **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 241.

⁴ Idem, p.242

No entanto, ainda nas hipóteses de inexigibilidade, o administrador público não está inteiramente livre para a contratação. É preciso a observância de determinados requisitos legais e constitucionais, *tudo devidamente demonstrado em processo formal de inexigibilidade*.

Destarte, pela redação do art. 25, inciso III, da Lei de Licitações, para a contratação de profissional do setor artístico é preciso: i) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo; ii) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Além desses requisitos, é preciso que a contratação observe ainda o disposto no art. 26 da mesma lei, que assevera:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Grifo nosso).

Desse modo, frise-se, apesar de ser inexigível o processo de licitação propriamente dito, a Administração não está totalmente livre para a escolha do contratado, devendo haver um mínimo de formalidade para possibilitar a aferição dos requisitos, os quais devem estar *prontamente evidenciados no bojo do processo de inexigibilidade*.

Com efeito, além dos requisitos do art. 25, é imprescindível a publicação, na imprensa oficial, da inexigibilidade, da justificativa da escolha do contratado e da justificativa do seu preço (art. 26 da Lei de Licitações), evitando-se prejuízos ao erário em razão de superfaturamentos.

A grande preocupação na interpretação das hipóteses de inexigibilidade, sobretudo a introduzida pelo inciso III, é a abrangência das expressões contidas no permissivo legal. Em verdade, trata-se de termos jurídicos indeterminados, que concedem, em tese, certa margem de discricionariedade ao administrador.

Bandeira de Mello⁵ conceitua a discricionariedade administrativa como:

[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade,

⁵ In **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (Grifo nosso)

Segundo os ensinamentos do grande autor, a *fluidez das expressões legais* confere certa margem de discricionariedade ao administrador, que terá a incumbência de, no caso concreto, escolher a solução ótima dentre as possíveis.

A existência de discricionariedade administrativa diante de termos jurídicos indeterminados tem rendido profundas controvérsias no seio doutrinário, pois para alguns, ainda que presente expressões legais fluidas, não caberia falar em discricionariedade, podendo haver uma ampla intervenção do Poder Judiciário.

Flávio Henrique Unes Pereira⁶, citando Antônio Francisco de Sousa, esclarece que:

[...] o tema ‘conceitos jurídicos indeterminados’ possui peculiaridade no âmbito do Direito Administrativo, já que no Direito Civil e no Direito Penal, o tribunal é o único órgão que aplica a lei ao caso concreto e, pois, os conceitos jurídicos indeterminados, enquanto que naquele, o juiz tem a função de fiscalizar se a Administração deu a correta interpretação e aplicação de tais conceitos. A interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração constituem, portanto, uma atividade estritamente vinculada à lei. Admitir qualquer margem de apreciação a favor da Administração significaria alargar o campo da discricionariedade ao Tatbestand legal e com isso se estaria a aplicar um grave golpe nas garantias do cidadão que o Estado de Direito não admitem. (grifo nosso)

Com efeito, é bastante comum o uso de termos jurídicos indeterminados nos demais ramos do Direito (Civil, Processual, Constitucional), sem que isso implique em discricionariedade administrativa. Nesses casos, a fixação da melhor interpretação cabe ao Poder Judiciário, que possui, no exercício da sua função jurisdicional, o caráter da definitividade – relativizável, é certo.

No entanto, o intérprete não pode adotar medidas extremas, que na maioria das vezes são guiadas mais por questões sentimentais do que jurídicas. É preciso que se reconheça a existência de certa discricionariedade à Administração na análise da norma. Porém, esta discricionariedade sempre deverá estar *vinculada ao atendimento do interesse público* e aos princípios constitucionais, sobretudo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O próprio Celso de Antônio Bandeira de Mello, ao conceituar a discricionariedade administrativa, conforme transcrito, assevera ser essa “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, *segundo critérios consistentes de razoabilidade* um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis”. Vê-se, pois, que o administrador deve obediência

6 In Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador/BA, nº 25, mar. 2011.

aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, não podendo, sob o manto da discricionariedade, adotar medidas absurdas, danosas ao interesse público.

Assevere-se que a doutrina e a jurisprudência vêm permitindo um maior controle da discricionariedade do administrador, mormente diante de ofensas ao princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade é princípio de envergadura constitucional que decorre do devido processo legal em sua acepção substantiva. Tem por finalidade limitar a atuação do Poder Público a parâmetros constitucionalmente aceitáveis.

A proporcionalidade deve ser analisada levando-se em conta o trinômio **necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito**, conceitos parcelares que permitem a verificação da lisura e da aceitabilidade de uma conduta estatal.

A **necessidade** resta presente quando a medida implementada se mostrar imprescindível à consecução do desiderato perseguido. No caso em análise, deve-se ponderar se a contratação de bandas para a animação de festas populares é necessária à promoção cultural dos municípios.

Lado outro, a **adequação** é respeitada quando a medida tomada se mostrar coerente com o fim perseguido, se há um perfeito acoplamento entre a ação e o resultado.

Desta feita afigura-se necessário ponderar, na espécie, se a contratação de bandas musicais seria adequada para a promoção cultural da população. Como exemplo, seria inadequada a contratação de um artista lírico para a animação de uma festa popular⁷.

Por fim, a **proporcionalidade em sentido estrito** resta atendida quando houver um equilibrado custo-benefício, ou seja, as melhorias trazidas pelas medidas são superiores aos seus malefícios. Logo, a contratação de bandas de música não pode acarretar restrição orçamentária que comprometa repasses para áreas prioritárias, a exemplo da saúde e educação.

O controle da proporcionalidade dos atos administrativos – no caso, as contratações – não representa qualquer afronta ao princípio da separação dos Poderes, tampouco malfeire o denominado mérito administrativo, havendo, em verdade, expressa autorização constitucional nesse sentido. Relembre-se que o exercício da discricionariedade exige um agir razoável e proporcional.

Em relação aos gastos públicos, a proporcionalidade é analisada sob o manto do controle de legitimidade da despesa, que conta com expressa autorização constitucional.

O art. 70 da CR/1988 autoriza aos órgãos de controle interno e externo a realização de controle de legalidade, *legitimidade* e economicidade. São os seus termos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade,

7 Exemplo extraído de JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 380.

legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifo nosso)

Como se percebe, em se tratando de gastos públicos, as instâncias de controle não devem observar apenas os aspectos de pura legalidade, cabendo analisar também (que não deixa de ser um viés da legalidade) os aspectos de legitimidade e economicidade.

A legalidade e a economicidade já são impostas diretamente pelos arts. 25 e 26 da Lei de Licitações, que exigem a justificativa do preço e a observância dos requisitos autorizativos da hipótese de inexigibilidade.

Por outro lado, não há expressamente no dispositivo legal apelo à verificação da legitimidade da despesa, talvez o critério mais importante que se deveria analisar. Apesar da omissão, não há qualquer empecilho para tal, pois *o controle de legitimidade decorre do próprio texto constitucional*, que, diante da sua força normativa e da máxima eficácia, impõe uma atuação dos órgãos de controle para a sua concretização.

Juarez Freitas⁸ acentua que:

[...] o constituinte originário não pretendeu oferecer ao princípio da legitimidade qualquer conotação estritamente procedimental. Serve, sim, de chamamento ao controlador para que não se cinja à juridicidade acanhada, pois deve zelar pela íntegra das diretrizes superiores. Todavia, se se limitasse a tal desiderato, não estaria indo muito além da compreensão do princípio da legalidade, assim como enfocado. O exame da legitimidade dos atos administrativos requer mais: examinar, a fundo, a finalidade apresentada e a motivação oferecida, de modo a não compactuar, de modo algum, com a ilegitimidade. (grifo nosso)

Com efeito, é preciso que os órgãos de controle (dentre os quais se insere o Ministério Público) atentem com rigor para a legitimidade do gasto público, não havendo com isso, repita-se, qualquer interferência na legítima esfera de atuação do administrador.

É bastante comum, em diversos municípios do Brasil, conforme se tem notado na prática, gastos excessivos com contratação de artistas para a realização de pomposos eventos e *shows*, enquanto se depara, no mesmo local, com a educação e a saúde absolutamente deploráveis.

Assim, impõe-se adotar como parâmetro para a verificação da legitimidade das despesas o atendimento dos direitos fundamentais, que receberam alta densidade normativa do Constituinte de 1988.

8 In **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

Conforme anota a melhor doutrina, os direitos fundamentais são o consenso mínimo da sociedade a respeito das diretrizes políticas a serem adotadas pelo Estado.

Portanto, em se tratando de direito fundamental, a esfera de discricionariedade do administrador fica bastante tolhida, pois o Poder Constituinte já predefiniu o caminho a ser percorrido pelo ente público. Em outras palavras, já houve, pelo Constituinte, uma predefinição das políticas públicas prioritárias.

O principal parâmetro para verificar a legitimidade da despesa pública – principalmente diante de contratações por inexigibilidade de licitação da espécie aqui discutida – é o atendimento das *despesas prioritárias* com *saúde e educação*, que receberam do Constituinte importância especial, por serem aspectos imprescindíveis para o desenvolvimento do país.

Não se desconhece que a promoção cultural também é uma exigência constitucional, inserindo-se dentre os deveres do Estado. Porém, o que se observa na Constituição da República é que há uma priorização dos direitos fundamentais à saúde e à educação frente aos demais. Tal constatação é facilmente percebida diante de uma simples leitura dos artigos 212 e 216, § 6º, ambos da CR/1988. O art. 212 *impõe* aos entes federados a vinculação de parcela da arrecadação tributária, enquanto que o art. 216, § 6º, apenas *faculta* a vinculação de tais receitas.

Se não bastasse, a própria Constituição, em seu art. 167, abre uma exceção à regra da impossibilidade de vinculação da receita proveniente de impostos, a autorizando, contudo, quando se tratar de repasses destinados à saúde e à educação.

Sobre o assunto, escreve Regis Fernandes de Oliveira⁹, *in verbis*:

O constituinte originário efetou a primeira decisão sobre o valor que deveria pairar sobre os demais: estabeleceu no art. 212 da CF o dever de a União aplicar nunca menos de dezoito por cento (18%) e os Estados, Município e o Distrito Federal, vinte e cinco por cento (25%), no mínimo, 'da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino'.

Logo, o valor maior encampado pelo constituinte originário foi o do ensino. Privilegiou-o inequivocamente com a maior dotação orçamentária e estabeleceu exceção ao princípio da não vinculação orçamentária [...]. (grifo nosso)

E acrescenta o autor:

Na sequência, o constituinte derivado, por força da EC n. 29/2000, assegurou recursos específicos às ações e serviços públicos de saúde (art. 198). O §2º do art. 198 estabelece a forma de vinculação de recursos a tais ações e serviços. Abriu-se nova exceção ao princípio da não vinculação de impostos (inciso IV do art. 167 da CF).

9 In **Curso de Direito Financeiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 287/288.

A segunda opção do constituinte foi destinada às ações e serviços de saúde. Elencou, pois, dois direitos que entende serem essenciais, quais sejam: educação e saúde. Dois valores a que deu relevância constitucional. (grifo nosso)

Vê-se, pois, que há uma inegável priorização dos direitos à saúde e à educação, que, sem sombra de dúvidas, devem nortear a administração municipal.

Frise-se, mais uma vez, que não se está a desprezar o direito à cultura, que, como já mencionado, também é um direito de envergadura constitucional, mas apenas fazendo-se aplicar a “vontade” da Constituição, que já realizou a devida ponderação entre os direitos fundamentais, priorizando a educação e a saúde.

Diante disso, é possível traçar alguns parâmetros para que se verifique a conformidade da contratação de artistas para a realização de *shows* e eventos com a Constituição da República e com a Lei de Licitações, quais sejam:

- i) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;
- ii) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública;
- iii) razão da escolha do profissional do setor artístico;
- iv) justificativa de preço;
- v) publicidade da contratação; e
- vi) comprovação da aplicação do mínimo constitucional nas áreas de saúde e educação.

Cabe tecer algumas considerações sobre os requisitos listados nos itens “i”, “ii” e “iv”.

Quanto ao item “i”, é preciso que a Administração Pública firme contrato com o *próprio contratado*, evitando que intermediários tornem a contratação mais onerosa aos cofres públicos, ou por meio de *empresário exclusivo*, pois, havendo pluralidade, é cabível a licitação diante da viabilidade de competição.

Joel de Menezes Niebuhr¹⁰ esclarece que “a proibição de contratar com empresário não exclusivo é medida prestante a impedir que terceiros auferam ganhos desproporcionais à custa dos artistas”.

A exclusividade de empresário não se confunde com a simples autorização. Enquanto aquela se refere a uma representação perene e duradoura, esta se restringe a determinadas festividades ou a curtos períodos de tempo.

A mera autorização para a contratação com o ente público não preenche o requisito legal, tratando-se de artifício utilizado para burlar a exigência de licitação. Com efeito, caso fosse admitido, o artista poderia firmar quantas autorizações quisesse, com quantas pessoas quisesse, fazendo surgir vários “empresários” ou representantes. Isto viabilizaria a competição, desautorizando a inexigibilidade para a contratação.

10 In **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 204.

O Tribunal de Contas da União (TCU)¹¹ assim ponderou:

[...] deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento. (grifo nosso)

Sobre o tema, também já se manifestou o Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCEMG), entendendo

[...] pela irregularidade da contratação direta dos shows, mediante inexigibilidade de licitação, pelas razões a seguir expostas: [...] a empresa [...] detinha a exclusividade de venda das referidas bandas apenas nas datas dos referidos shows, o que comprova que esta foi apenas uma intermediária na contratação dos grupos. A dita exclusividade seria apenas uma garantia de que naquele dia a empresa [...] levaria o referido grupo para o show de seu interesse, ou seja, a contratada não é empresária exclusiva das bandas em questão, o que contraria o art. 25, III da Lei de Licitações. [...] a figura do empresário não se confunde com a do intermediário. Aquele é o profissional que gerencia os negócios do artista de forma permanente, duradoura, enquanto que o intermediário, hipótese tratada nos autos, agencia eventos em datas apazadas, específicas, eventuais. [...] (Denúncia n.º 749058. Sessão do dia 09/10/2008) (grifo nosso)

A contratação do artista, por inexigibilidade, visa prestigiar o caráter personalíssimo do seu trabalho, o que inviabiliza a adoção de critérios objetivos para a realização do certame. Contudo, caso haja pluralidade de empresários, é possível a competição entre eles, impondo-se, pois, a prévia licitação.

Quanto ao item “ii”, há grande dificuldade em se realizar o devido controle sobre os seus requisitos, pois as expressões legais são termos jurídicos indeterminados, o que muitas vezes pode encobrir intenções escusas e facilitar a dilapidação do patrimônio público.

Sobre a relatividade da análise da consagração do artista, escreve José dos Santos Carvalho Filho¹²:

Entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. Nem por isso deverá ele ser aliado de eventual contratação. A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração. (Grifo nosso).

De fato, não há um conceito objetivo sobre o que seja “consagração pela crítica especializada” ou “consagração

11 Processo nº TC-003.233/2007-3. Acórdão nº 96/2008 – Plenário.

12 In **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 236.

pela opinião pública”. Como afirmado alhures são termos jurídicos indeterminados, que possibilitam certa dose de subjetivismo, dificultando a atuação dos órgãos de controle. Todavia, é possível visualizar uma *zona de certeza positiva* e uma *zona de certeza negativa* sobre o conteúdo dessas expressões.

A título de exemplo, há um consenso positivo quanto ao preenchimento do requisito legal na eventual contratação da cantora Ivete Sangalo. Sem sombra de dúvidas, refere-se a uma cantora consagrada nacionalmente. Por outro lado, haverá um campo de certeza negativa quanto à ausência de consagração em relação ao neófito na carreira, que ainda não realizou um número considerável de eventos. Nessa situação, não poderá haver a contratação por inexigibilidade, com base no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

Neste ponto, é oportuna a seguinte indagação: a “crítica especializada” ou a “opinião pública” devem ser local, regional ou nacional?

Não há previsão legal para a resposta. Porém, Diógenes Gasparini¹³ sugere a adoção de um critério interessante: o valor da contratação. Se o valor do contrato estiver dentro dos limites da modalidade convite, será local; se estiver dentro dos limites da tomada de preço, será regional; se nos limites da concorrência, será nacional. São as suas palavras:

Por força do estabelecido no inciso III do art. 25 do Estatuto Federal Licitatório, é inexigível a licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. O dispositivo em apreço não traz grandes dificuldades de interpretação, salvo no que concerne à consagração pela crítica especializada. Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional? Cremos que se pode dizer que é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, em razão do valor do contrato. Assim, se o contrato estiver dentro do limite de convite, será local; se estiver dentro do limite da tomada de preços, será regional; se estiver dentro do limite de concorrência, será nacional. O mesmo deve-se afirmar em relação à opinião pública. (grifo nosso)

Com efeito, a consagração do artista, se não for notória, deve ser *devidamente comprovada nos autos do processo de inexigibilidade*, seja mediante a juntada de noticiários de jornais, seja pela demonstração de contratações pretéritas para atrações relevantes junto a entes públicos ou à iniciativa privada, ou por outros meios idôneos. Se não houver tal comprovação, a contratação é ilegal.

Há situações, porém, que se colocam em uma zona cinzenta, na penumbra, entre a certeza positiva e a certeza negativa. Nelas, restarão atendidos, para alguns, os requisitos legais (consagração do artista); para outros, não.

Nos *campos de certeza*, seja positiva ou negativa, caso haja desvio administrativo, admite-se um *amplo controle judicial*, uma vez que vulnerada a própria legalidade. O ponto fulcral da controvérsia, no entanto, de difícil solução, refere-se à zona cinzenta, em que não há precisão conceitual. Nessa hipótese, o controle judicial é mais restrito.

Sobre o assunto, são relevantes as palavras de Gustavo Binenbojm¹⁴:

Quando é possível identificar os fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (zona de certeza positiva) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (zona de certeza negativa), o controle jurisdicional é pleno. Entretanto, na zona de penumbra ou incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas, sobre as quais não há certeza sobre se se ajustam à hipótese abstrata, somente se admite controle jurisdicional parcial. (Grifo nosso).

Assim, havendo contratação de personalidades artísticas que não preencham os requisitos legais (certeza negativa), haverá grave crise de legalidade, cabendo o acionamento judicial do administrador público. No entanto, caso a hipótese de contratação se localize numa zona de penumbra (alguns entendendo que a personalidade artística é consagrada, outros que não), deve-se deixar a critério da Administração, cabendo o controle apenas quanto aos demais requisitos, sobretudo quanto à legitimidade da despesa (incidência do princípio da proporcionalidade), conforme mencionado.

Por fim, quanto ao item “iv”, que se refere à necessidade de justificativa do preço (o valor deve ser razoável), é possível utilizar como parâmetro para aferir a sua razoabilidade as contratações pretéritas perante outros entes públicos ou junto a particulares.

O TCU já dispôs sobre a matéria no Acórdão n.º 822/05 (Plenário), asseverando que:

Quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contratava para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº. 8.666/1993. (grifo nosso)

No mesmo sentido, tem-se a orientação normativa nº 17 da Advocacia-Geral da União, *in verbis*:

A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos. (grifo nosso)

Além do mais, a necessidade de justificativa (estimativa) de preços está em conformidade com o disposto nos artigos 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, ambos da Lei de Licitações.

A estimativa de preço para a contratação deverá, conforme já registrado, pautar-se por critérios objetivos, nos quais se insere a média aritmética das últimas contratações firmadas pelo profissional. Forte no princípio da razoabilidade,

¹³ In *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 323.

¹⁴ Apud Marcelo Lamy. **Conceitos Indeterminados: limites jurídicos de densificação e controle**. Disponível em < <http://www.hottopos.com/rih11/lamy.pdf> >. Acesso em 8 de abril de 2013.

afeiçoa-se cabível a utilização do critério semestral para a estimativa dos preços, de modo que a Administração deverá fundamentar o valor da contratação com base na média de todos os contratos celebrados pelo profissional nos últimos 6 (seis) meses.

Nem se argumente que o critério aqui proposto resvalaria no direito à intimidade do contratado. Em um Estado Republicano, que pressupõe prestação de contas, transparência e exclusividade do emprego de recursos públicos para a satisfação do interesse coletivo, não há, na espécie, espaço para negociações e contratações sigilosas, dado que o patrimônio público é indisponível. Deve, assim, reinar a mais ampla transparência, bastante fomentada com a edição da recente Lei nº 12.527/11, denominada Lei de Acesso à Informação.

Assim, preenchidos os requisitos legais e constitucionais, e respeitada a necessidade de formalização do respectivo processo para a aferição das exigências – as quais devem estar todas devidamente demonstradas nos autos da inexigibilidade –, é possível a contratação de personalidades do setor artístico por inexigibilidade de licitação, amparada no art. 25, inciso III, da Lei de Licitações.

3. Conclusão

Com base na argumentação desenvolvida, entendemos plenamente possível a contratação de personalidades do setor artístico por inexigibilidade de licitação, amparada no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, desde que preenchidos os requisitos legais e constitucionais, e respeitada a necessidade de formalização do respectivo processo para a aferição e comprovação das seguintes exigências:

- i) o contrato deve ser firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;
- ii) a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública deve estar devidamente demonstrada nos autos da inexigibilidade, salvo se notória;
- iii) a razão da escolha do profissional do setor artístico;
- iv) a justificativa do preço, que deve ser razoável e similar ao de outros contratos firmados pelo contratado, baseando-se na média aritmética dos preços dos contratos firmados nos últimos 6 (seis) meses;
- v) a publicidade da contratação; e
- vi) a comprovação da aplicação do mínimo constitucional nas áreas de saúde e educação.

Caso não atendido algum desses requisitos, os quais, frise-se, devem estar evidenciados no respectivo processo de inexigibilidade, a contratação é nula, cabendo o acionamento do administrador público e dos demais participantes para a invalidação do contrato, bem como para a imposição, se for o caso, de sanções em razão da prática de ato de improbidade administrativa.

RESTOS A PAGAR: RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E OUTRAS CONSIDERAÇÕES

Katherine Alzira Avellán Neves
Leonardo Duque Barbabela

EMENTA: Impossibilidade de que compromissos assumidos em uma gestão ultrapassem a sua capacidade de pagamento. Restos a Pagar. Restrição imposta pelo art. 42 da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Vedação expressa e implícita de inscrição em Restos a Pagar em todo e qualquer exercício financeiro sem disponibilidade de caixa. Violação ao princípio do equilíbrio das contas públicas. Responsabilidade criminal. Arts. 359-B e 359-C do Código Penal.

1. Introdução

Aportou neste Centro de Apoio consulta solicitando nota técnica acerca da “viabilidade de alienação de bens públicos, cujas receitas obtidas (receitas de capital futuras) sejam vinculadas a um fundo especial constituído para realização de despesas empenhadas e liquidadas (em exercício anterior à respectiva alienação), bem como débitos previdenciários”.

O ilustre órgão de execução consulente procedeu às seguintes indagações:

1. É lícito vincular receitas futuras de alienação de bens imóveis públicos para custeio de restos a pagar oriundos de despesas de capital assumidas?
2. É lícito vincular receitas futuras de alienação de bens imóveis públicos para custeio de restos a pagar oriundos de despesas correntes pretéritas, isto é, do exercício financeiro anterior à alienação?
3. Tal conduta infringe o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) referente ao encerramento das contas do exercício do mandato?
4. Considerando a notícia da situação de desequilíbrio financeiro dos municípios brasileiros constatada pela Confederação Nacional dos Municípios e considerando ainda que as ações administrativas devem ser planejadas e transparentes, é lícita a criação de fundo ao final do mandato por meio de receitas obtidas na alienação de bens públicos para a realização de despesas empenhadas e liquidadas, sejam elas correntes ou de capital?

Em resposta à consulta, apresentamos as seguintes considerações, que serão respondidas conjuntamente, tendo em vista que a matéria, em sua maior parte, diz respeito à figura do chamado “Restos a Pagar”.

2. Fundamentação

2.1. Restos a Pagar – conceito e base legal

O artigo 36, *caput*, da Lei nº 4.320/1964 traz o conceito de Restos a Pagar:

Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.

Parágrafo único. Os empenhos que sorvem a conta de créditos com vigência plurianual, que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a Pagar no último ano de vigência do crédito. (Grifo nosso)

É certo que, para a satisfação das necessidades públicas, o Estado precisa gastar recursos financeiros. Ao constituir uma obrigação de pagamento, tem-se um empenho de despesa. Daí, a obrigação financeira passa por três fases até a sua extinção: empenho, liquidação e pagamento. A liquidação do empenho ocorre quando, através de documentos que formam o processo de pagamento, apura-se a origem da obrigação, seu valor exato e a quem deve ser paga a respectiva importância. Depois do empenho e liquidação, a obrigação se extingue através do pagamento da despesa.

Nesse contexto, pode-se dizer que Restos a Pagar é a conta em que são inscritas todas as obrigações de natureza financeira de responsabilidade do Poder Público que foram empenhadas e liquidadas, mas não foram pagas até o último dia do exercício financeiro, ou seja, 31 de dezembro, ao qual pertencem.

É relevante esclarecer a diferença entre despesas processadas e não processadas. As primeiras são aquelas que, embora tenham sido empenhadas e liquidadas, não tiveram seu pagamento efetuado até o dia 31 de dezembro do exercício corrente. Já as despesas não processadas são aquelas que, apesar de empenhadas, não foram liquidadas e, portanto, não podem ser pagas, conforme determina o artigo 62 da Lei nº 4.320/1964:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Em regra, o pagamento de determinada obrigação contraída pelo Poder Público deve ocorrer dentro do exercício financeiro em que a despesa foi empenhada.

A conta Restos a Pagar foi criada para ser um instrumento de execução financeira. No entanto, o instituto desvirtuou-se de sua finalidade. Embora ciente da inexistência de recursos financeiros, o administrador contraía despesas, deixando o pagamento para o sucessor.

Com efeito, a inscrição de despesas como Restos a Pagar, com a redação prevista no artigo 36 da Lei nº 4.320/1964, pode ser facilmente manipulada pelo gestor público, pois pressupõe “despesa empenhada e não paga até o dia 31 de dezembro”, vinculando-se ao ato formal da prévia emissão de empenho, conforme disposto no artigo 60, *caput*, dessa mesma lei:

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

§ 1º Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho.

§ 2º Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar.

§ 3º É permitido o empenho global de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento. (grifo nosso)

Os maus administradores, que tinham a intenção de burlar o comando legal, realizavam despesas no final do exercício financeiro sem o necessário empenho, emitindo-o posteriormente, no início do outro exercício ou quando houvesse disponibilidade de dinheiro. A despesa assim manipulada era artificialmente transferida de um exercício financeiro para o seguinte, acabando por ferir o princípio do equilíbrio orçamentário, que traduz a determinação de que, no momento da elaboração do orçamento, o montante fixado para as despesas deve ser igualmente o previsto para as receitas.

A partir disso, objetivando evitar a utilização irregular de Restos a Pagar, o legislador viu-se motivado a estabelecer a regra do artigo 42 da Lei Complementar nº 101/00, *in verbis*:

Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício. (Grifo nosso)

Antes da análise da *ratio essendi* da restrição contida no artigo 42 da LRF, breves considerações devem ser encetadas em relação ao parágrafo único daquele dispositivo, especialmente no que diz respeito à disponibilidade de caixa.

Para verificação da disponibilidade de caixa, deverão ser consideradas as despesas compromissadas a pagar até o final do exercício, isto é, aquelas que foram ou irão ultrapassar a fase de liquidação do empenho até o final do exercício.

Conclui-se, portanto, que, do total das despesas contraídas nos dois últimos quadrimestres, dentre aquelas que ultrapassarem aquele exercício, para fins de apuração das disponibilidades de caixa, somente serão consideradas as parcelas liquidadas até o final do exercício. As demais ficarão, em obediência ao princípio da anualidade orçamentária, para o orçamento dos próximos exercícios.

Com a restrição do artigo 42 da LRF, os Restos a Pagar abrangem, além das despesas regularmente acompanhadas de empenho prévio, também as despesas irregulares, entendidas essas como as assumidas sem empenho ou contraídas informalmente, em linguagem popular “de boca”, muitas vezes com a conivência dos prestadores de serviço privado, principalmente no período eleitoral.

O artigo 42 da LRF acabou com as burlas e artimanhas exercidas pelos gestores que, mal intencionados, emitiam o empenho posteriormente à constituição da despesa, objetivando transferi-la para o exercício financeiro seguinte, haja vista que toda despesa contraída nos dois últimos quadrimestres do mandato e não pagas até 31 de dezembro são consideradas Restos a Pagar, independentemente da nomenclatura que lhe dê o administrador.

Verifica-se, assim, a grande contribuição dada pela LRF, cujo objetivo foi acabar com as sucessivas más administrações, que geravam déficits que se acumulavam por um longo período de tempo, ocasionando dívidas impagáveis e inviabilizando o mandato do seu sucessor.

A essência da norma inscrita no artigo 42 da LRF é deixar “a casa arrumada” para o sucessor, evitando-se assim que, em boa parte do tempo do mandato subsequente, o titular fique pagando dívidas do seu antecessor, inviabilizando o emprego de verbas em áreas essenciais em prol da coletividade.

Enfim, o gestor público não poderá transferir para o seu sucessor, em final de mandato, compromissos não respaldados por disponibilidades financeiras.

Oportuna a menção a artigo de Laura Correa de Barros, publicado pela revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais¹, a respeito do artigo 42 da LRF:

Esse dispositivo tem como objetivo evitar que os compromissos assumidos em uma gestão ultrapassem a sua capacidade de pagamento e reduzam a receita disponível para o mandato seguinte.

Nesse sentido, é possível concluir que o comando legal supracitado determina a irregularidade dos registros de valores em Restos a Pagar quando não existirem valores correspondentes em disponibilidades de caixa.

1 **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Janeiro/fevereiro/março 2010/ v.74 – n. 1 – ano XXVIII.

Afonso Gomes de Aguiar² defende que o artigo 42 da LRF veda a inscrição de débitos em Restos a Pagar em todo e qualquer exercício financeiro, desde que não haja disponibilidade financeira suficiente do exercício encerrado para saldar os compromissos assumidos naquele exercício:

Em que pese à vedação do art. 42 da LRF, já citado, referir-se à impossibilidade de ser levado à conta de Restos a Pagar ou resíduos passivos decorrentes de compromissos financeiros contraídos nos dois últimos quadrimestres precedentes ao final de mandato, entendo que, implicitamente, a LRF veda a inscrição de débitos como Restos a Pagar, em todo e qualquer exercício, desde que não se leve, do exercício encerrado, a disponibilidade de Caixa (disponibilidade financeira) suficiente para saldar todos os compromissos assumidos no exercício anterior. Senão vejamos.

[...]

Ora, se a finalidade precípua do diploma legal em alusão é a Estabilidade das Contas Públicas, para garantir a estabilidade do padrão monetário nacional (Real), cabe a questão considerar ou definir o que é Estabilidade das Contas Públicas. Por Estabilidade das Contas Públicas tenha-se, pelo menos, o resultado orçamentário em que a Receita Arrecadada menos a Despesa Realizada é igual a zero, resultado esse denominado Resultado Nominal exigido pela LRF (Art. 4, § 1º e 9º), para a execução orçamentária levada a efeito por um ente federativo durante o exercício financeiro, resultado este previsto na Lei Orçamentária Anual, ao prever a Despesa fixada em igual valor ao da Receita Prevista. De fato, o que deseja o texto legal em apreço, é que o ente federativo só gaste aquilo que efetivamente arrecadou. Levando-se em consideração que os débitos arrolados ou inscritos como Restos a Pagar, muitas vezes, decorrem da realização de despesa para os quais o ente federativo não dispunha de recursos financeiros para honrar estes compromissos, gerando anualmente o acréscimo da dívida pública e, portanto, provocando o desequilíbrio das contas públicas, situação financeira não admitida pela LC n.º 101/00 (LRF), há que se compreender que a inscrição de débitos em Restos a Pagar só é possível legalmente, em qualquer época e exercício, quando comprovada a existência de disponibilidade financeira suficiente para saldar todos os compromissos financeiros contraídos durante o exercício, incluindo-se os débitos inscritos como Restos a Pagar. Aliás, devo ressaltar que o Resultado Nominal da execução orçamentária somente poderá ser igual a zero para aquelas unidades federativas que não se encontrem em situação de dívida originária dos exercícios passados. É bom dizer que o Resultado Nominal, com relação aos entes políticos em situação de dívida a honrar, deve ser representado por um valor financeiro positivo, como economia feita, com finalidade de, com este resultado, pagar as dívidas do passado. Do contrário, entendo não ser possível acontecer outra forma, pois estando em situação de débito, como poderá honrá-lo o ente federativo que gastar com despesas do exercício tudo quanto arrecadou? Por fim, dá-me a certeza desse entendimento o disposto na alínea 4 do inciso III do art. 55, quando se refere aos débitos não inscritos em Restos a Pagar por falta de disponibilidade financeira, cujos respectivos Empenhos são cancelados. (grifo nosso)

O autor sustenta a tese da impossibilidade, por parte do administrador público, de contrair despesas sem que haja disponibilidade de caixa ou previsão de receitas suficientes a honrar os compromissos assumidos, o que poderia causar

2 Aguiar, Afonso Gomes. **Direito Financeiro**. Lei 4.320 comentada ao alcance de todos. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

déficits orçamentários e aumento das dívidas públicas já existentes, além de contribuir para a geração de altos índices inflacionários.

Reforçando a tese mencionada, o artigo 167, II, da Constituição Federal determina:

Art. 167. São vedados:

[...]

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

[...]

Não se pode olvidar ainda que o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 359-C, tipifica a conduta de geração indevida de restos a pagar como crime, senão vejamos:

Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura.

Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Objetivando obstar a ocorrência de riscos de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, o artigo 9º, *caput*, da LRF determina que os Poderes e o Ministério Público promovam a limitação de empenhos e movimentações financeiras nos últimos trinta dias de um bimestre.

Eis o texto normativo:

Art. 9º 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 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. (Grifo nosso)

Por sua vez, o artigo 55, III, da LRF, inserido na Seção IV do Relatório de Gestão Fiscal prescreve:

Art. 55. O relatório conterá:

[...]

III - demonstrativos, no último quadrimestre:

- a) do montante das disponibilidades de caixa em trinta e um de dezembro;
- b) da inscrição em Restos a Pagar, das despesas:

- 1) liquidadas;
 - 2) empenhadas e não liquidadas, inscritas por atenderem a uma das condições do inciso II do art. 41;
 - 3) empenhadas e não liquidadas, inscritas até o limite do saldo da disponibilidade de caixa;
 - 4) não inscritas por falta de disponibilidade de caixa e cujos empenhos foram cancelados;
- c) do cumprimento do disposto no inciso II e na alínea b do inciso IV do art. 38.

Destarte, a LFR não autoriza, tampouco incentiva, a quebra de contratos – ainda que a despesa contraída não tenha sido acompanhada de empenho e/ou o débito inscrito em Restos a Pagar, uma vez que o credor da obrigação licitamente contraída pela Administração Pública faz jus ao recebimento do seu crédito, conforme vários julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. GESTÃO ANTERIOR. RESTOS A PAGAR. AUSÊNCIA DE PROVISÃO DE FUNDOS. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. DEVER DE ADIMPLENTO PELA ADMINISTRAÇÃO. DIREITO DE TERCEIROS ASSEGURADO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E COMPENSAÇÃO DE MORA. ART. 1º-F DA LEI 9.494/97. APLICAÇÃO IMEDIATA. NORMA PROCESSUAL. PRECEDENTE STJ. Se a gestão municipal anterior violou o disposto no art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, deverá seu administrador ser responsabilizado em ação própria, o que em nada se confunde com a obrigação do ente público em arcar com seus compromissos firmados com terceiros, que deverá persistir, sob pena de enriquecimento ilícito e ofensa à moralidade administrativa. O Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.205.946/SP, firmou o entendimento de que a Lei nº 11.960/09 tem aplicabilidade imediata, em razão da sua natureza, eminentemente, processual, ou seja, deve ser aplicada aos processos em curso. (Apelação Cível nº 0484710-71.2009.8.13.0344 (10344090484710001), 4ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Alvim Soares. j. 13.12.2012, DJ 18.12.2012). (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MUNICIPAL. COBRANÇA. VENCIMENTOS. 13º SALÁRIO. AUSÊNCIA DE EMPENHO. DIREITO RECONHECIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. LEI Nº 11.960/09. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Demonstrada a existência de vínculo, incumbe à administração efetuar o pagamento dos vencimentos, sob pena de enriquecimento ilícito. 2. O fato de não ter sido feito empenho de restos a pagar em nome da servidora não é óbice ao pagamento, pois incumbiria à municipalidade fazê-lo, sob pena de enriquecimento ilícito, porquanto demonstrada a existência do vínculo. 3. Após a promulgação da Lei nº 11.960/09, devem ser aplicados os índices oficiais de remuneração básica e juros de mora aplicados à caderneta de poupança, nos termos da nova redação do art. 1º-F, da Lei nº 9.494. 4. Os honorários advocatícios devem ser reduzidos quando fixados em valor elevado, de acordo com os critérios estabelecidos no Código de Processo Civil. (Apelação Cível nº 0027919-63.2011.8.13.0123 (10123110027919001), 8ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Bitencourt Marcondes. j. 06.12.2012, DJ 18.12.2012). (grifo nosso)

Não se pode olvidar o teor do artigo 5º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, que determina, por parte da Administração Pública, a estrita obediência à ordem cronológica de

exigibilidade das obrigações assumidas, ressalvadas as razões de relevante interesse público e prévia justificativa da autoridade competente:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada. (Grifo nosso)

Isso quer dizer que a liquidação das despesas contraídas nos últimos oito meses do último ano de mandato não pode ser priorizada em detrimento de débitos assumidos nos meses anteriores. Embora o artigo 42 da LRF vede expressamente despesas contraídas nos últimos oito meses do último ano de mandato, a liquidação dos débitos deve ser feita na ordem cronológica das datas de sua exigibilidade, com a ressalva mencionada no artigo 5º da Lei de Licitações e Contratos.

O artigo 37 da LRF não autoriza nem incentiva a realização de contratos sem respaldo no processo orçamentário, vedando-se assunção de obrigação financeira sem autorização orçamentária para com fornecedores de bens e serviços a serem pagos posteriormente, pelo simples fato de que tal conduta constitui operação de crédito irregular.

É necessário lembrar que todo empenho gera obrigação de despesa, conforme artigos 58 e 59 da Lei nº 4.320/1964:

Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

Art. 59. O empenho da despesa não poderá exceder o limite dos créditos concedidos.

§ 1º Ressalvado o disposto no Art. 67 da Constituição Federal, é vedado aos Municípios empenhar, no último mês do mandato do Prefeito, mais do que o duodécimo da despesa prevista no orçamento vigente.

§ 2º Fica, também, vedado aos Municípios, no mesmo período, assumir, por qualquer forma, compromissos financeiros para execução depois do término do mandato do Prefeito.

§ 3º As disposições dos parágrafos anteriores não se aplicam nos casos comprovados de calamidade pública.

§ 4º Reputam-se nulos e de nenhum efeito os empenhos e atos praticados em desacordo com o disposto nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, sem prejuízo da responsabilidade do Prefeito nos termos do Art. 1º, inciso V, do Decreto-lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967. (Grifo nosso)

Os artigos 359-B e 359-C do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.028/00 – Lei de Crimes Fiscais –, caracterizaram como crime ordenar ou autorizar a assunção de obrigação em desacordo com a determinação do artigo 42 da LRF:

Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar

Art. 359-B. Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura

Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Vê-se, portanto, que o comportamento do gestor público deverá pautar-se pela prudência e transparência, evitando-se contrair despesas sem que tenha certeza de que haverá condições financeiras para saldá-las, sob pena de responsabilidade administrativa, cível e criminal.

No caso em análise, ao que parece, a conduta do gestor municipal de vincular receitas futuras de alienação de bens públicos para custeio de restos a pagar demonstra que foram contraídas despesas sem a respectiva disponibilidade financeira para honrar os compromissos assumidos. Ora, receitas futuras não se coadunam com disponibilidade de caixa, de forma que vai de encontro aos preceitos legais vincular receitas futuras de alienação de bens públicos para custeio de restos a pagar.

Tal fato, decerto, inviabilizará a gestão subsequente, que não terá condições de alocar os recursos públicos nas áreas prioritárias e essenciais à coletividade, como saúde e educação. Essa é uma realidade atualmente vivenciada por grande parte dos municípios mineiros, que acabam não aplicando o mínimo constitucionalmente prescrito naquelas áreas.

Verifica-se também a certeza de que não haverá condições financeiras de saldar as dívidas existentes, haja vista que a alienação de bens pode não ocorrer, ou pode ser executada, na prática, por preço inferior ao da avaliação para atender as despesas emergenciais, gerando o malbaratamento dos bens públicos, o que caracteriza improbidade administrativa tipificada no *caput* do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.

Em relação aos débitos previdenciários, cumpre esclarecer que são despesas que já deveriam estar presentes no orçamento do Município, já que surgem com a admissão do pessoal titular de cargo efetivo e/ou pessoal contratado pela municipalidade. Assim, afigura-se incabível a criação de fundo para pagamento de empenhos liquidados pendentes apenas de pagamento.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu questão semelhante, em que o ex-Prefeito reconheceu certo débito junto ao INSS, parcelando-o em sessenta vezes, o que, além de onerar os cofres públicos, feriu o art. 42 da LRF. É oportuno transcrever o voto do relator convocado Cleberon José Rocha, nos autos da Apelação Cível n.º

20052005.40.00.001616-5/PI. Ao analisar a matéria, assim se manifestou:

O cerne jurídico da questão cinge-se basicamente em saber se houve, ou não, afronta ao dispositivo do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal quando da celebração do acordo de parcelamento com o INSS, bem assim se pode efetivamente o Município ser responsabilizado por dívidas contraídas por sua Câmara Municipal.

Pois bem, a lei de Responsabilidade Fiscal estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, mediante ações em que se previnam riscos e corrijam os desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, destacando-se o planejamento, o controle, a transparência e a responsabilização, como premissas básicas.

[...]

Para esclarecer o tema, calha transcrever o art. 42 da LC n. 101/2000, que estabelece, in verbis:

“É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito. Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício”.

Observe-se que a restrição constante do dispositivo refere-se a assunção de despesa nos últimos oito meses, sem que haja disponibilidade financeira para pagamento dentro do próprio mandato. Assim, um débito contraído fora desse período, sem que haja o respectivo lastro financeiro, vai passar para a gestão seguinte, sem ser alcançado pelo art. 42 da LC n. 101/2000.

In casu, questiona-se o parcelamento assumido pelo então prefeito de Campo Maior, em data de 21-12-2004, referente a contribuições previdenciárias devidas pela Câmara Municipal daquele município, nos exercícios de 1998 a 2004.

Veja-se que, com a assinatura do ajuste, não fora contraída dívida – que já existia desde a ocorrência dos respectivos fatos geradores – mas, sim, foi estipulada a forma de pagamento; decerto que o crédito tributário já havia sido constituído com o lançamento. Naquele momento, o débito já existia, a obrigação, até prova em contrário, já gozava de liquidez e certeza.

[...]

Em relação à ofensa ao art. 42 da Lei Complementar 101/2000³, no caso não houve assunção de dívida nova, mas sim o reconhecimento de dívida preexistente, e decorrente de imposição legal, despesa que já deveria estar presente no orçamento do Município. (Grifo nosso)

3 Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito. Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

3. Conclusão

Sem prejuízo do princípio da independência funcional do Promotor de Justiça natural e da conveniência e oportunidade de atuação no caso concreto, conclui-se pelo exposto que:

1) Não é lícito vincular receitas futuras de alienação de bens imóveis públicos para custeio de restos a pagar oriundos de despesas de capital assumidas e de despesas correntes oriundas do exercício financeiro anterior à alienação, em razão das vedações expressa e implícita contidas no artigo 42 da LFR, referentes ao princípio da estabilidade das contas públicas e ao equilíbrio financeiro, que veda a assunção de despesas sem a respectiva disponibilidade financeira;

2) Não é lícita a criação de “fundo” no final de mandato, por meio de receitas obtidas com a alienação de bens públicos, que seja destinado à realização de despesas empenhadas e liquidadas, sejam elas correntes ou de capital, pelos mesmos motivos dispostos no item anterior e pelo fato de que essa conduta consiste na transferência ao sucessor do mandato eletivo do pagamento de despesas assumidas em exercício financeiro pretérito, sem a respectiva disponibilidade de caixa, contribuindo para a elevação do déficit orçamentário das contas públicas e dos índices inflacionários, essa conduta configura imprudência do gestor público, que ficará sujeito à responsabilidade civil, penal e administrativa.

CONTRATAÇÃO DECORRENTE DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO: OBRIGAÇÃO DE RESSARCIR LUCRO REAL OU ESTIMADO OBTIDO PELA CONTRATADA

João Lucas Teixeira Bebe
Leonardo Duque Barbabela

EMENTA: Contratação celebrada com base em dispensa indevida de licitação e/ou ato de improbidade administrativa. Anulação. Ressarcimento total dos valores recebidos. Entendimento jurisprudencial. Devolução do lucro real ou estimado. Possibilidade de cumulação com multa.

1. Introdução

Em sua atuação na defesa do patrimônio público, é comum o Promotor de Justiça defrontar-se com contratações realizadas sem o devido processo licitatório.

Infelizmente, muitos administradores dispensam indevidamente e/ou frustram processo de licitação, realizando contratações ao seu mero alvedrio, em total desconsideração aos princípios administrativos basilares.

As fraudes nos processos licitatórios, sem sombra de dúvidas, são as grandes causadoras de desvios de recursos públicos, o que exige maior rigor e atenção no tratamento da matéria.

A Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), em seu art. 10, inciso VIII, tachou de ímprobo o ato do agente que frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente, permitindo, em seu arcabouço punitivo, além do reconhecimento da nulidade do ato viciado, a condenação dos responsáveis em sanções como: o ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, multa civil, entre outras.

Por outro lado, é também comum o reconhecimento judicial da nulidade do procedimento licitatório, porém sem a consequente condenação por ato de improbidade ou ressarcimento ao erário.

Nessa esteira, o ponto controverso reside na ocorrência ou não de dano ao erário e na possibilidade ou não de se condenar o contratado a devolver integralmente os valores recebidos em decorrência da contratação ilegal.

Alguns julgados dos Tribunais pátrios têm se posicionado desfavoravelmente à devolução integral do numerário recebido, desde que tenha havido a execução das obrigações assumidas no contrato. O principal fundamento dessa corrente jurisprudencial é a vedação ao enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública.

Nada obstante, conforme passaremos a discorrer, tal entendimento não condiz com a disciplina legal da matéria, merecendo ao menos uma reforma parcial, senão vejamos.

2. Fundamentação

O reconhecimento da ilicitude do processo licitatório contamina, necessariamente, o contrato com base nele firmado. Em outras palavras, a nulidade da licitação implica na nulidade do contrato. O art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 é expresso nesse sentido:

Art. 49. [...]

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. (Grifo nosso)

Com efeito, por ser, via de regra, um ato necessário e prévio à celebração do contrato administrativo, um eventual vício de ilegalidade na licitação provoca reflexos no respectivo contrato.

Reconhecida a nulidade do contrato administrativo, as partes devem retornar ao *status quo ante*, especialmente no que se refere ao numerário aplicado na contratação, em virtude mesmo de sua natureza pública (dinheiro público).

Como já mencionado, alguns julgados dos Tribunais pátrios têm se orientado no sentido da impossibilidade de devolução dos valores recebidos pelos contratados se estes já tiverem prestado o serviço objeto da avença, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Poder Público.

Esse entendimento parece não ser o mais adequado com a legislação que regula a matéria. Em caso de reconhecida prática de ato de improbidade administrativa, a solução deve ser diferente. Vejamos.

O art. 59 da Lei nº 8.666/1993 aborda a temática relativa à indenização em casos de declaração de nulidade de contratos administrativos, *in verbis*:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Esse dispositivo assevera que a Administração não se exonera do dever de indenizar o contratado pelos serviços já executados, desde que o vício que acoime o contrato *não lhe seja imputável*, isto é, não seja imputável ao contratado. Em linhas gerais, estando este de boa-fé, o Poder Público deve indenizá-lo pelos serviços até então executados.

A contratação firmada com base em atos de improbidade, dos quais participem os contratados, *é justificativa mais que suficiente para afastar a argumentação do enriquecimento ilícito por parte do Poder Público*. A valer, o reconhecimento da improbidade, que pressupõe má-fé, impede qualquer alegação de enriquecimento ilícito, uma vez que, por óbvio, afasta a boa-fé do contratado.

Aquele que é contratado ao largo da legalidade, inclusive com a prática de atos ímprobos, não pode mesmo alegar enriquecimento ilícito, pois assume o risco do dispêndio irregular.

A esse propósito, a doutrina de Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo¹:

Quem gastar em desacordo com a lei, há de fazê-lo por sua conta, risco e perigos. Pois, impugnada a despesa, a quantia gasta irregularmente, terá de retornar ao Erário Público.

Não caberá a invocação, assaz de vezes realizada, de enriquecimento da Administração. Ter-se-ia, consoante essa linha de argumentação, beneficiado com a obra, serviço e fornecimento, e, ainda mais, com o recolhimento do responsável ou responsáveis pela despesa considerada ilegal. (grifo nosso)

Alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm se orientado nesse sentido, conforme ementa a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

[...]

11. *Ad argumentandum*, de acordo com o art. 59 da Lei 8.666/1993, a declaração de nulidade de contrato acarreta a desconstituição dos seus efeitos jurídicos. A ressalva ao direito à indenização pelos serviços prestados somente se aplica quando demonstrada a inequívoca boa-fé do contratado. Precedentes do STJ. [...] (REsp 448.442/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 24/09/2010) (grifo nosso)

1 In: **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994, p. 93.

Ainda que não houvesse a previsão contida no art. 59 da Lei de Licitações, os valores recebidos pelo contratado haveria de ser devolvido *por inafastável imperativo legal*, nos termos do art. 10, *caput* e inciso VIII, da Lei 8.429/1992. Vejamos:

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

[...]

VIII. frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensa-lo indevidamente. (grifo nosso)

Observe que o enunciado do art. 10 menciona que a frustração da licitude do processo licitatório causa lesão ao erário. *A própria lei já presume a lesividade na hipótese de frustração do processo licitatório*. Trata-se, pois, de dano *in re ipsa*, ou seja, de dano que decorre do próprio fato, da própria ilegalidade. A lesão é, portanto, presumida.

Também nesse sentido, precedentes do STJ:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE. INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA DA EMPRESA CONTRATADA. PROVA DO PREJUÍZO. DANO IN RE IPSA. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, INACUMULATIVIDADE DE PENAS E IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO QUE FOI RECEBIDO CARENTES DE PREQUESTIONAMENTO. DISCUSSÃO DOS TEMAS NO VOTO VENCIDO. SÚMULA 320/STJ.

1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública de improbidade para pleitear, também, o ressarcimento do erário. Súmula 329/STJ e Precedentes.

2. Evidenciado no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-processuais descritas pelo Tribunal de origem, a culpa por parte da empresa contratada sem licitação, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei nº 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12, II, do mesmo diploma. Precedentes.

3. A indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema. Precedentes da Segunda Turma.

[...]

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (STJ. REsp 817921 / SP. Ministro CASTRO MEIRA. Segunda Turma. DJe 06/12/2012) (grifo nosso)

Em outras palavras, tem-se que a ilegalidade da contratação já é o bastante para demonstrar o dano ao patrimônio público, tendo em vista que *houve um dispêndio ilegal, forçado* (que não poderia ter ocorrido) por parte do ente público. Esse dispêndio ilegal (forçado), decorrente das contratações fraudulentas, é que deve servir como parâmetro para a reparação dos danos, não cabendo a frágil argumentação do enriquecimento ilícito.

Com esse mesmo entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP):

A nulidade do contrato foi bem decretada e, daí, adequada a condenação ao ressarcimento do erário lesado, pelo valor integral do dano, assim considerado o que foi pago em razão do contrato nulo, atualizado da data do pagamento e acrescido de juros de 1% (um por cento) contados da citação. Pouco importa a assertiva de que o contrato foi cumprido, ante a evidência de que nem deveria ter sido firmado, pois resultante de manifesta imoralidade e improbidade. (Trecho do voto do Des. Vicente de Abreu Amadei na Apelação nº 0021488-55.2009.8.26.0047, seguido por unanimidade pelos demais integrantes da 1ª Câmara de Direito Público). (grifo nosso)

Em reforço, é pertinente transcrever trecho do primoroso voto do Desembargador Magalhães Coelho, do TJSP:

[...] Finalmente, é preciso afastar e com veemência o infeliz argumento de que inexistiu dano ao erário Municipal.

A análise dos autos não deixa dúvida de que os réus agiram ilegalmente e frustraram a exigência de licitação, sujeitando-se à imposição das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

O dano ao erário é mais do que evidente. O argumento, aliás, é um escárnio, um verdadeiro deboche e desrespeito à cidadania.

É evidente que se a licitação tivesse sido instaurada como deveria, o Poder Público teria melhores condições de selecionar uma proposta mais vantajosa, além de garantir o princípio da igualdade em relação a todos aqueles advogados que com ela quisessem contratar.

Como tenho afirmado reiteradamente, esse argumento implica, levado a últimas conseqüências, a se desprestigiar de uma vez por todas a Constituição Federal e a exigência de licitação para se contratar com o Poder Público.

Se assim não fosse, os administradores poderiam contratar diretamente qualquer apaniguado por seu preço razoável e se questionado sobre a legalidade da contratação brandaria o nefasto argumento da ausência de prejuízo concreto. (TJSP, Ap. cível 715.372.5/3-00). (grifo nosso)

Como afirmado no voto do magistrado, o dano ao erário é evidente, já que a licitação, por presunção constitucional, representa o meio mais eficaz e adequado para a contratação pelo Poder Público. Havendo dispensa ou comprovada fraude, frustrou-se o intento da Lei Maior e de toda a legislação infraconstitucional de regência, razão pela qual não há como deixar de reconhecer a presença do dano.

O entendimento que não admite a devolução dos valores recebidos pelo contratado com base num suposto enriquecimento ilícito, além de desprovido de fundamentação jurídica, *representa também contributo à impunidade.*

Isso porque o art. 12, inciso II, da Lei nº 8.429/1992, ao prever as sanções a serem aplicadas nas hipóteses do art. 10, menciona, entre outras, o ressarcimento do dano e a imposição de multa. No entanto, caso se entenda pela ausência de dano, estará inviabilizada, além da devolução

dos valores recebidos, a aplicação da multa civil, já que sua base de cálculo é justamente o valor do dano. Em não havendo dano, não há como se aplicar a multa.

As sanções pecuniárias são as que possuem maiores efeitos pedagógicos, pois atingem o objetivo da corrupção nas licitações, que é o desvio de dinheiro público. Ao se imporem multas, sem prejuízo de outras sanções, o agente ímprobo será desestimulado quanto à prática de fraudes, pois terá ciência da possibilidade de aplicação de multas e de sofrer desfalque em seu patrimônio.

Como já demonstrado, seja com espeque na Lei nº 8.666/1993 (art. 59) ou na Lei nº 8.429/1992 (art. 10, inciso VIII), a alegação de enriquecimento ilícito por parte do Poder Público não pode servir de justificativa para evitar a devolução dos valores recebidos pelo contratado considerado ímprobo, ainda que tenha prestado os serviços, haja vista a ilegalidade da contratação.

De qualquer modo, *subsidiariamente*, em caso de aceitação do frágil argumento do enriquecimento ilícito do Poder Público, cabe ressaltar que apenas os custos efetivamente despendidos na execução do contrato é que poderiam servir de parâmetro para a devolução parcial ao erário, não cabendo nestes a inclusão dos lucros ou sobrepreço que o contratado eventualmente tenha obtido.

Pensar de outro modo representaria uma premiação para o contratado que frustrou os fins da licitação, pois não seria condenado a qualquer ressarcimento ao Poder Público, restando garantidos até mesmo os seus lucros.

A devolução dos lucros ao erário não provoca qualquer enriquecimento da Administração Pública, mas sim *impede o enriquecimento indevido do contratado*, cujo ajuste contratual está contaminado pela improbidade administrativa.

Ao participar de uma contratação ilegal, que não poderia ter sido concretizada, *o particular não pode auferir lucros, sob pena de se aproveitar da sua própria torpeza.* Deve ser aplicado nesse ponto, analogicamente, o mesmo raciocínio utilizado quanto ao possuidor de má-fé em relação aos frutos, previsto no art. 1.216, parte final, do Código Civil de 2002, que assevera:

Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

Com efeito, o lucro pretendido pelo contratado não deixa de ser uma espécie de frutos civis do dinheiro aplicado para a execução do contrato, o que, guardadas as devidas proporções, autoriza a aplicação do mesmo raciocínio.

Assim, reconhecendo a nulidade do contrato em virtude da prática de atos de improbidade, que pressupõe má-fé, o contratado deve devolver parte dos valores recebidos, ao menos à razão direta do montante correspondente aos lucros auferidos com o contrato. Ressalte-se que esse entendimento é subsidiário, apenas tendo como objetivo evitar um mal maior, vez que há alguns julgados que isentam os contratados, ainda que ímprobos, de devolverem

qualquer quantia, bastando que tenham executado as obrigações contratuais.

A quantificação do lucro auferido pelo contratado pode ser feita de duas formas: i) por meio de perícia ou ii) com base em estimativa judicial.

Por meio da perícia, deverá ser apurado o montante que o contratado auferiu de lucros com a execução do contrato, que deverão ser devolvidos aos cofres públicos.

Em alguns casos, no entanto, o exame pericial pode se mostrar oneroso e demorado ou até mesmo impraticável. Nessas situações, são úteis, como ferramenta de apoio ao magistrado para a quantificação do lucro, os percentuais trazidos pela legislação tributária para se apurar o lucro presumido, o qual serve de base de cálculo do imposto de renda de pessoa jurídica, conforme tabela² abaixo:

Atividades	Percentuais (%)
Atividades em geral (RIR/1999, art. 518)	8,0
Revenda de combustíveis	1,6
Serviços de transporte (exceto o de carga)	16,0
Serviços de transporte de cargas	8,0
Serviços em geral (exceto serviços hospitalares)	32,0
Serviços hospitalares e de auxílio diagnóstico e terapia, patologia clínica, imagenologia, anatomia patológica e citopatológica, medicina nuclear e análises e patologias clínicas	8,0
Intermediação de negócios	32,0
Administração, locação ou cessão de bens e direitos de qualquer natureza (inclusive imóveis)	32,0

A tabela em exame, que fixa percentuais para se calcular o lucro presumido, pode perfeitamente ser utilizada como parâmetro pelo magistrado para quantificar os lucros obtidos e determinar a devolução dos valores apurados e, conseqüentemente, servir de base de cálculo para a aplicação da multa civil (Lei nº 8.249/1992, art. 12, inciso II).

Os lucros auferidos pelo contratado provocam dano ao erário, uma vez que não poderia a Administração pagá-

los sem base legal ou contratual autorizadora para tanto. Considerando que o contrato, em decorrência da prática de atos de improbidade, restou declarado nulo pelo Poder Judiciário, houve um enriquecimento indevido do contratado, pelo que é obrigado a devolvê-los.

3. Conclusão

Com base nas razões ora esposadas, o CAOPP firma o seguinte entendimento sobre a temática em estudo:

1. A declaração de nulidade de contrato em razão do reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa (especialmente com base no art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/1992) implica na obrigatoriedade de ressarcimento de todos os valores recebidos, nos termos do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, uma vez que a prática de ato de improbidade afasta a boa-fé do contratado;

2. Subsidiariamente, caso se entenda pela impossibilidade de devolução integral dos valores recebidos, baseando-se no frágil argumento do enriquecimento ilícito, é imperioso que se imponha a devolução pelo menos dos lucros obtidos pelo contratado, uma vez que não se pode falar em enriquecimento da Administração, mas exatamente o contrário. Ou seja, evita-se o enriquecimento do beneficiário de uma contratação fraudulenta;

3. A quantificação dos lucros pode ser obtida por meio de exame pericial ou – se este se mostrar demasiadamente oneroso, demorado ou até mesmo impraticável – por estimativa judicial; é adequado e razoável que o magistrado – como forma de auxiliá-lo – utilize os percentuais trazidos pela lei para a verificação do lucro presumido (aplicável para a quantificação do lucro presumido para efeitos da incidência do imposto de renda de pessoa jurídica);

4. A condenação na devolução dos lucros pode ser cumulada com as demais sanções previstas no art. 12, II, da Lei nº 8.429/1992 (se o ato de improbidade de enquadrar no art. 10), inclusive multa.

² Tabela retirada do sítio eletrônico da Receita Federal. Os percentuais referem-se ao ano de 2013. Disponível em http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/perguntao/dipj2013/Capitulo_XIII_IRPJLucroPresumido_2013.pdf. Acesso em 25 de nov. de 2013.

CONSÓRCIOS PÚBLICOS: OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO PRÉVIA PARA CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS E OUTROS ASPECTOS

Daniela Uchoa
Leonardo Duque Barbabela

EMENTA: 1) Introdução. Consórcios públicos. Necessidade de licitação para celebração de contratos. 2) Composição da comissão de licitação. Proibição de terceirização das suas funções para entidade privada.

1. Introdução

O artigo 241 da Constituição da República de 1988 (CR/1988), com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional de nº 19/1998, traz o seguinte texto:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Disciplinando o referido dispositivo constitucional, a Lei nº 11.107/05 passou a dispor sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, destinadas à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, visando à realização de objetivos de interesses comuns desses entes estatais e promovendo a sua gestão associada.

Os consórcios públicos constituem negócios jurídicos plurilaterais de direito público, com conteúdo de cooperação mútua entre os pactuantes. Neste ponto, vale ressaltar que os entes públicos participantes do ajuste estão voltados para finalidades de interesse comum de todos e, desse modo, situam-se lado a lado na relação jurídica.

A formalização dos consórcios entre as partes apresenta uma peculiaridade, o que os distingue dos convênios *stricto sensu*. Como os consórcios são acordados entre as partes, estas devem constituir pessoa jurídica sob a forma de associação pública ou pessoa jurídica de direito privado (artigo 1º, § 1º, da Lei nº 11.107/05). Nos convênios, os pactuantes se associam, mas não se cria pessoa jurídica.

Consoante o artigo 6º do mesmo diploma legal, quando o consórcio público constituir associação pública, adquirirá personalidade jurídica de direito público, caso em que passará a ser integrante da Administração Indireta de todos os entes consorciados (§ 1º).

Por sua vez, quando o consórcio público se revestir de personalidade de direito privado, seu quadro de pessoal será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

No entanto, segundo Carvalho Filho (2007)¹, o regime jurídico geral será híbrido, pois, de um lado, incidem normas de direito privado e, de outro, normas de direito público, tais como as que se referem a *licitações*, contratos, prestação de contas e admissão de pessoal (§ 2º).

Desse modo, concluímos que, seja o consórcio público de direito público, seja de direito privado, estará obrigado a realizar prévia licitação para contratar suas obras, serviços, compras, alienações e locações, salvo quando configurada alguma hipótese de dispensa ou inexistência prevista na Lei nº 8.666/1993.

2. Composição da comissão de licitação. Proibição de terceirização das suas funções para entidade privada, salvo disposição em contrário na lei municipal

O artigo 6º, XVI, da Lei n.º 8.666/1993 conceitua comissão como sendo o grupo de pessoas, permanente ou especial, criado pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

Dentre outras funções previstas no Estatuto de Licitações, a comissão, permanente ou especial, será responsável pelo processamento e julgamento da habilitação preliminar, da inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, e das propostas. É o que estatui o artigo 51 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

§ 1º No caso de convite, a Comissão de licitação,

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 205.

excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exigüidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente.

§ 2º A Comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos.

§ 3º Os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

§ 4º A investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

§ 5º No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não.

Segundo o dispositivo legal em apreço, a comissão, permanente ou especial, será composta por no mínimo três membros, sendo que pelo menos dois deles devem ser servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração Pública responsáveis pela licitação.

Na modalidade convite, excepcionalmente, a comissão poderá ser substituída por servidor designado pela autoridade competente, desde que atendidos os pressupostos legais. Somente na hipótese de concurso é que o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não.

Sobre a condição pessoal dos membros da comissão, confira os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

[...] Como regra, os membros da comissão deverão ser agentes públicos, integrados na estrutura da Administração Pública. Excepcionalmente e tendo em vista peculiaridades especiais do objeto licitado, poderão ser convidados terceiros para integrar a comissão. Esses terceiros deverão apresentar algum requisito técnico-científico-cultural que justifique sua convocação para a tarefa. Isso se passa, especialmente, nos casos de concurso. Em tais hipóteses, o objeto da licitação escapa às habilidades usualmente exigidas dos agentes públicos. Assim, a Administração convida para integrar a comissão personalidades ilustres e detentoras de especial conhecimento no campo enfocado. O terceiro deverá ser formalmente alertado para a responsabilidade envolvida na sua atuação, inclusive porque a Administração será responsável pelos atos que esse terceiro praticar. [...] (FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 691) (Grifo nosso).

Dessa forma, tendo em vista a regra geral de que a comissão seja composta de ao menos dois servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração Pública, revela-se inviável que sociedade empresária, eventualmente contratada para prestar assessoria administrativa e jurídica, assumas as

funções atribuídas aos membros da comissão em todos os procedimentos licitatórios realizados, nas mais variadas situações de compras, vendas e alienações.

Trata-se de norma geral, que deve ser aplicada não só na esfera federal, como também nos âmbitos estadual e municipal, tendo em vista que objetiva garantir os princípios da moralidade e da eficiência, já que, presumidamente, servidores públicos pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração Pública estão menos suscetíveis de sofrer pressões externas, no exercício das funções da comissão de licitação, que particulares sem nenhum vínculo com ela. Desse modo, busca-se assegurar uma atuação impessoal.

Por fim, consórcio formado por diversos municípios, cuja natureza seja de direito público ou de direito privado, deverá observar as normas de direito público no que diz respeito à *admissão de pessoal*, conforme dispõe o artigo 6º, § 2º, da Lei n.º 11.107/05, ainda que, no segundo caso, os servidores sejam regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Nos termos do artigo 37, inciso II, da CR/1988, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, salvo as nomeações para ocupar cargo em comissão e/ou funções de confiança, além das contratações por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público.

Contudo, como o artigo 51 da Lei n.º 8.666/1993 exige que a comissão de licitação seja composta por no mínimo dois servidores qualificados *pertencentes aos quadros permanentes* dos órgãos da Administração Pública responsáveis pelo procedimento licitatório, entendemos que somente poderão integrá-la servidores efetivos do consórcio, ou seja, admitidos por concurso público, ou cedidos pelos entes consorciados, desde que haja previsão legal da cessão.

3. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se pela obrigatoriedade por parte dos consórcios de realizar licitação pública para aquisição de bens e serviços, vedada a terceirização, à entidade privada, das funções cominadas à comissão de licitações, já que esta deve ser composta de no mínimo dois servidores públicos efetivos, ressalvada a modalidade de carta convite – em que a comissão pode ser substituída por um servidor designado – e o concurso público – em que os membros da comissão podem ser servidores públicos ou não.

A FORMAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DE EDUCAÇÃO COMO REQUISITO PARA INVESTIDURA EM CARGO EM COMISSÃO

Katherine Alzira Avellán Neves
Leonardo Duque Barbabela

EMENTA: Cargos de livre nomeação e exoneração: indispensabilidade da comprovação de formação de ensino superior como condição para investidura em harmonia com as atribuições de chefia, direção e assessoramento. Cargos comissionados de recrutamento amplo e restrito. Impossibilidade de previsão em lei local dos requisitos alternativos “notório saber” e “experiência comprovada” em área específica, sem exigência de escolaridade formal. Requisitos subjetivos. Averiguação do nexo de pertinência entre a qualificação e atribuição a ser exercida, sob pena de violação à moralidade administrativa, impessoalidade, eficiência e demais princípios basilares da Administração Pública decorrente do princípio republicano.

1. Relatório

Trata-se de consulta formulada solicitando esclarecimentos sobre a possibilidade de lei ordinária municipal estabelecer requisito de escolaridade, e “notório saber” ou “experiência comprovada” na área específica, para investidura de cargo em comissão de recrutamento amplo.

Esclarece o consulente que Lei Complementar que trata do Estatuto dos Servidores Públicos do Município prevê o grau de escolaridade para investidura em cargo público.

Informa também que lei municipal ordinária estabelece que a condição de “notório saber” ou de “experiência comprovada” são suficientes para a investidura em cargo de comissão de direção, chefia ou assessoramento, sem fazer menção ao requisito de escolaridade.

Indaga o consulente sobre a possibilidade de uma pessoa ser investida em cargo em comissão apenas sob fundamento de “notório saber” ou “experiência comprovada” sem a devida comprovação da escolaridade exigida, tal como ensino médio ou superior.

2. Fundamentação – dos cargos de provimento em comissão

A doutrina é pacífica no sentido de que compete ao Município organizar o serviço público local, elaborar o regime jurídico dos seus servidores, estabelecer sua jornada de trabalho, atribuições dos cargos, composição de sua remuneração, sempre com atenção às normas constitucionais.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo¹:

Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criados por lei.[...]

Assim dispõe o texto constitucional segundo a redação dada pela EC19/98:

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)
[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A expressão “livre nomeação e exoneração” nos remete à idéia de que o cargo em comissão compreende natureza transitória, o que se explica pela natureza das atribuições cominadas aos titulares desses cargos: atribuição de direção, chefia e assessoramento.

Registre-se que os cargos em comissão de recrutamento amplo são aqueles ocupados por terceiros não integrantes da Administração Pública, e os de recrutamento restrito

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 242

aqueles preenchidos por servidores de carreira, nos percentuais mínimos previstos em lei, conforme a final do artigo 37, V, da CR/88.

Em que pese natureza transitória e precária do vínculo entre o cargo comissionado e o Poder Público, não se pode dizer que o ocupante do primeiro não é servidor público, posto que, além da previsão expressa no artigo 3º da Lei n. 8.112/90, é necessária a criação de lei que o regulamente, bem como estar inserido na estrutura administrativa com atribuições e responsabilidades próprias de um servidor:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão. (Grifos nossos)

A disposição legal em apreço encontra-se regulamentada no âmbito federal, contudo há também dispositivos correspondentes na lei estadual, especificamente os artigos 1º a 10 da Lei n.º 869/52.

Sobre o tema, assim se manifestou o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE/MG²:

O ocupante de cargo comissionado é, assim como o efetivo, servidor público lato sensu, termo que pode ser definido, juntamente com o conceito de cargo, segundo o que dispõem, respectivamente, os artigos 2º e 3º da lei n. 8.112, de 11/12/90 —estatuto dos servidores Públicos da união, com dispositivos correspondentes na legislação estadual — lei n. 869/52, arts. 1º a 10 [...]

Assim dispõe o artigo 10 da Lei 869/52:

Art. 10 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer.

Parágrafo único - **Os cargos de carreira serão de provimento efetivo; os isolados, de provimento efetivo ou em comissão, segundo a lei que os criar.**

Os cargos em comissão têm especial importância no âmbito do Poder Executivo em razão da alternância de poder própria e inerente ao princípio republicano, em que se faz necessária a presença, na Administração, de uma equipe de confiança dos detentores de mandato eletivo comprometidos com o plano de governo.

Daí a necessidade de provimento de cargos em comissão pautado na absoluta confiança das autoridades superiores, e presumidamente indispensáveis ao bom exercício do *múnus público*.

Tendo em vista que o ocupante do cargo em comissão é considerado, quanto ao gênero, um servidor público, a eles se aplicam o mesmo regramento legal dos ocupantes de cargo de provimento efetivo, observadas, por óbvio, algumas peculiaridades inerentes a esse tipo de

2 **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. 2009, v. 73 – n. 4 – ano XXVII.

provimento, tais como a ausência de concurso público, livre nomeação e exoneração, etc...

Nesse sentido, levando-se em conta que os ocupantes de cargos comissionados são detentores de cargo público, deve haver um nexo de pertinência entre a qualificação do candidato e a atividade a ser desempenhada, em obediência ao princípio da razoabilidade, moralidade, impessoalidade e eficiência.

O artigo 37, V, da CR/88 menciona que os cargos comissionados serão providos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, cujas atribuições serão de direção, chefia e assessoramento.

Ora, afeiçoa-se incoerente que um ocupante de cargo comissionado, sem nenhuma qualificação ou grau de escolaridade, possa exercer a função de chefia de servidores que possuam nível de educação superior (art. 43 e seguintes da Lei 9.394/95) como requisito de investidura no cargo.

Saltaria aos olhos o absurdo jurídico dessa situação que, além de se afastar do merecimento, liga-se ao exercício funcional, dando margem para a odiosa nomeação de parentes e amigos, priorizando a subjetividade em detrimento da objetividade que deve pautar as ações da Administração Pública.

Cabível trazer à colação o artigo intitulado “Das funções de confiança *stricto sensu* e dos cargos em comissão: abordagem constitucionalmente adequada” de autoria de Maria Cecília Borges, Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, publicada na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais³:

Os agentes públicos ocupantes de funções de confiança possuem vínculo transitório com a Administração Pública, seja no exercício de função de assessoramento, que e a de prestar auxílio e assistência a agentes públicos mais graduados, detentores de competências decisórias, seja no de direção ou chefia, cujas atribuições se ligam a condução de atividades com capacidade decisória, devendo ficar demonstrado, para que se comprove sua necessidade, que, sem as referidas funções de confiança, a autoridade superior não teria condição de atuar com a eficiência desejada. (CAMMAROSANO, 2006, p. 30).

[...]

Enquanto se pode conceituar *função comissionada* como o conjunto de atribuições especiais e de maior responsabilidade, cujo volume não justifica a criação de cargo ou emprego e, por isso, ha de ser conferida a quem já seja servidor ou empregado público, mediante uma retribuição adicional (DALLARI, 1992, p. 39), cargo em comissão se consubstancia em plexo unitário de competência, efetivas unidades dentro da organização funcional da Administração, instituído na organização do serviço público, com denominação, retribuição e atribuições próprias, para ser provido por titular na forma estabelecida legalmente. Passemos a análise de cada uma destas espécies de funções de confiança.

Registre-se que a lei que cria os cargos em comissão deve estabelecer os requisitos para seu preenchimento, como medida de contenção às tentativas ilícitas de burla ao concurso público e nomeação de pessoas sem qualificação,

3 **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. 2012, janeiro, fevereiro e março.

o que poderia comprometer a eficiência no exercício das funções de direção, chefia e assessoramento.

Embora esteja expressamente previsto no texto constitucional que os cargos comissionados destinam-se às funções de direção, chefia e assessoramento, o STF já declarou a inconstitucionalidade de norma estadual que criou cargos em comissão sem aqueles requisitos, na ADI 3.706, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, cuja ementa segue abaixo transcrita:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO. 2. Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal. 3. Ação julgada procedente. (ADI 3706/MS, Pleno, julgada em 15.08.2007)

A nomeação dos ocupantes dos cargos comissão é um ato discricionário da Administração Pública. Contudo, esta competência deve-se ater aos limites legais, destacando-se a observância às regras legais e aos princípios administrativos, de modo que o ato de nomeação de tais servidores deve estar escoimado de critérios meramente subjetivos, favoritismos, e parentesco, mas sim com base em parâmetros determinados que privilegiem o merecimento do ocupante daquele *múnus público*.

Na verdade, não se mostra compatível com a democracia republicana, preconizada pela Constituição de 1988, a nomeação de pessoas para exercerem cargo comissionado desprovidas de qualquer qualificação, grau de escolaridade, capacitação ou virtude necessária ao desempenho funcional, sob pena de violação, dentre outros, dos princípios da moralidade, eficiência e impessoalidade nucleares ao exercício da Administração Pública, além de improbidade administrativa por afronta ao disposto no artigo 11 da Lei n.º 8.429/92.

Oportuna, novamente, a transcrição de mais um excerto do artigo “Das funções de confiança *stricto sensu* e dos cargos em comissão: abordagem constitucionalmente adequada”, de autoria de Maria Cecília Borges, Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, publicada na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

A Ministra do STF Carmén Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 163) já defendeu que a confiança tem que se firmar em qualificação profissional, em merecimento que se liga as condições para o desempenho da função e não em qualificação patronímica, com base no parentelismo, personalismo e paternalismo do poder. Segundo ela, a República, embora ostentasse a bandeira da objetividade, em reação ao nepotismo que desembarcou no País com as sesmarias e capitâneas em sua maioria hereditárias, não logrou êxito em extingui-lo, tendo-se criado um coronelismo, preservando o espírito familiar do provimento de funções públicas, pelo que o provimento atual de funções de confiança, em oposição as raízes do Estado brasileiro, em que os interesses pessoais dos ocupantes do poder eram os definidores do que seria o público, deve, em obediência ao princípio constitucional da impessoalidade, se dar em razão da condição profissional do agente público.

E essas considerações são pertinentes porque o vício no ingresso, mediante desvirtuamentos no preenchimento das funções de confiança, pode corromper o exercício da função. (grifos)

Sobre o assunto, importante julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul abordou exatamente a questão da inexistência de pertinência entre o grau de escolaridade do cargo em comissão e a sua atribuição:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 828/2011 (PARTE DOS ANEXOS II E V) DO MUNICÍPIO DE PEDRAS ALTAS. CARGOS EM COMISSÃO DA CÂMARA MUNICIPAL. ASSESSOR FINANCEIRO E ASSESSOR CONTÁBIL. VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL EVIDENCIADO. 1. Os cargos em comissão de Assessor Financeiro e Assessor Contábil, criados pelo ato normativo impugnado, estabelecem atribuições meramente burocráticas e administrativas, não se adequando à normativa constitucional que exige excepcionalidade nesta espécie de provimento. 2. A baixa escolaridade exigida - 1º grau completo - para o provimento dos referidos cargos não se compatibiliza com as funções de supervisão financeira e contábil. 3. Violação aos arts. 8º, 20, § 4º, e 32, caput, todos da Constituição Estadual, combinados com o art. 37, II e V, da Carta Federal. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (Grifos, Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70053832986, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 16/09/2013)

Cabível, ainda, mencionar julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de que a nomeação de ocupante de cargo comissionado com escolaridade distinta da prevista em lei configura improbidade administrativa, por violação aos princípios administrativos previstos no artigo 11 da Lei n.º 8.429/92:

PRESCRIÇÃO. Inocorrência. O prazo prescricional de cinco anos é contado do término do exercício da função pública. Não houve o decurso do prazo indicado no artigo 23 da Lei n.º 8.429/92 Preliminar rejeitada. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Improbidade administrativa. Nomeação de servidores para cargos em comissão que exigiam o segundo grau completo. Nomeados que possuíam apenas o nível de escolaridade de primeiro grau Inadmissibilidade. Violação do art. 11, 'caput', da Lei nº 8.429/92. Ofensa ao princípio da legalidade. Caracterizado o ato de improbidade. No entanto, as penas impostas aos réus merecem ser reduzidas. Aplicação apenas da sanção de multa civil, por se mostrar adequada ao grau de improbidade. Ação julgada parcialmente procedente. Sentença reformada em parte Recurso dos réus parcialmente provido. (TJ-SP - APL: 14691220018260337 SP 0001469-12.2001.8.26.0337, Relator: Leme de Campos, Data de Julgamento: 28/11/2011, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/12/2011).

Entendemos que incide em improbidade administrativa a conduta do agente público que nomeia pessoa com grau de escolaridade distinta da prevista em lei para ocupar cargo em comissão, bem como a nomeação de pessoal sem qualquer capacitação ou qualificação compatível com as funções de direção, chefia e assessoramento, por violação aos princípios administrativos.

O ocupante do cargo em comissão, de recrutamento amplo e restrito, deve ter um predicado objetivo, capacitação bem definida, qualificação pertinente à atribuição prevista para o

cargo requisitos estes que, ordinariamente, somente podem adquiridos com, no mínimo, ensino superior de escolaridade.

Acerca dos conceitos de “notório saber” e “experiência comprovada” como requisitos alternativos à escolaridade exigida para o exercício de cargo comissionado de recrutamento amplo, conforme previsto na norma municipal em apreço, entendemos que tais requisitos compreendem natureza subjetiva, devendo ser analisados no caso concreto para que seja aferida se a aludida capacitação atenderia às atribuições que serão exercidas, desde que, frise-se, comprovada a formação de ensino superior de educação.

Na esteira desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal já analisou questão semelhante no tocante à nomeação de Conselheiro do Tribunal de Contas Estadual, tendo como requisito o notório saber, entendendo pela “necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar”, sob pena de violação do princípio da moralidade administrativa, ainda que a nomeação de Conselheiro não exija qualificação formal.

Segue a ementa dos acórdãos julgados pelo STF:

EMENTA: AÇÃO ORIGINÁRIA. CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. CONSELHEIROS. NOMEAÇÃO. QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL FORMAL. NOTÓRIO SABER. A qualificação profissional formal não é requisito à nomeação de Conselheiro de Tribunal de Contas Estadual. O requisito notório saber é pressuposto subjetivo a ser analisado pelo Governador do Estado, a seu juízo discricionário. (Grifos, STF, Ação Originária 476/RR – Roraima, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado pelo Pleno em 16/10/1997)

EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS. NOMEAÇÃO de seus membros em Estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parametros a serem observados. AÇÃO POPULAR desconstitutiva do ato. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE TOCANTINS. PROVIMENTO DOS CARGOS DE CONSELHEIROS. A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não e ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, par. 1., da CF. NOTÓRIO SABER - Incisos III, art. 235 e III, par. 1., art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. AÇÃO POPULAR. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeitá-la a correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo a moralidade administrativa. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação. (Grifos, STF, RE 167137/TO, Rel. Min. Paulo Brossard, Segunda Turma, julgado em 18/10/1994).

3. Conclusão

Pelo exposto, sugere-se ao Órgão de Execução, respeitada a independência funcional:

1. requisitar comprovação de que o ocupante de cargo comissionado possui formação de ensino superior;
2. verificar o devido nexo de pertinência entre a capacitação e atribuições a serem exercidas pelos ocupantes de cargo comissionado de recrutamento amplo e restrito;
3. caso inexistente o referido nexo, sugere-se a expedição de recomendação a fim de que o administrador exonere a pessoa nomeada sem os requisitos de qualificação, sob pena de incidir nas sanções de improbidade administrativa (art. 11 da Lei n. 8.429/92), prevenindo-se eventuais responsabilidades do Poder Público decorrente da nomeação ilícita, evitando-se dano ao erário.

REPRESENTAÇÃO ANÔNIMA E JUSTA CAUSA PARA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO: REQUISITOS

Marina Wehbe Budaruiche de Moraes
Leonardo Duque Barbabela

EMENTA: Representação anônima. Possibilidade de instauração de investigação para objeto certo e determinado. Presença de justa causa. Impossibilidade no caso de conduta privada do representado.

1. Da consulta

Trata-se de nota técnica visando a orientação dos Promotores de Justiça do Patrimônio Público do Estado, sem prejuízo de sua independência funcional, acerca da possibilidade de instauração de investigação a partir de representação anônima encaminhada ao Ministério Público.

2. Fundamentação

2.1. A representação anônima e a possibilidade de se instaurar a investigação

O anonimato é um ato comissivo ou omissivo do qual se valem os indivíduos para não revelarem suas identidades, quer seja o nome, o endereço, o rosto, e no contexto da internet, o *e-mail* de acesso (*login*), o número IP (*Internet Protocol*) ou qualquer outra informação que possibilite a individualização do transmissor do pensamento.

A Constituição da República preconiza, no artigo 5º, inciso IV, a vedação ao anonimato, *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

José Afonso da Silva¹, ao interpretar a razão de ser da cláusula constitucional consubstanciada no art. 5º, IV, in fine, da Lei Fundamental, assim se manifesta:

1 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. Malheiros Editores, 2002. p. 244, item n. 15.2.

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí porque a Constituição veda o anonimato. A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito, também fundamental individual, de resposta. O art. 5º, V, o consigna nos termos seguintes: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Esse direito de resposta, como visto antes, é também uma garantia de eficácia do direito à privacidade. Esse é um tipo de conflito que se verifica com bastante frequência no exercício da liberdade de informação e comunicação.

Ainda sobre a vedação constitucional ao anonimato, Alexandre de Moraes² ensina:

A finalidade constitucional é destinada a evitar manifestação de opiniões fúteis, infundadas, somente com o intuito de desrespeito à vida privada, à intimidade, à honra de outrem; ou ainda, com a intenção de subverter a ordem jurídica, o regime democrático e o bem estar social.

Percebe-se que a vedação constitucional ao anonimato visa impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, pois, ao se exigir a identificação de quem se vale dessa prerrogativa político-jurídica, pretende-se possibilitar que eventuais excessos, derivados da prática do direito à livre expressão, sejam tornados passíveis de responsabilização, *a posteriori*, tanto na esfera civil, quanto no âmbito penal.

Com efeito há, de um lado, a norma constitucional que, ao vedar o anonimato (CF, art. 5º, IV), objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade - a honra, a vida privada, a imagem e a intimidade, buscando inibir, desse modo, denúncias anônimas abusivas.

E existem, de outro, certos postulados básicos, igualmente consagrados pelo texto da Constituição, vocacionados a conferir real efetividade à exigência de que os comportamentos funcionais dos agentes estatais se ajustem

2 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 207.

à lei (CF, art. 5º, II) e se mostrem compatíveis com os padrões ético-jurídicos que decorrem do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput).

É inquestionável que a denúncia anônima possa fazer instaurar situações de tensão entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de um estado de colisão de direitos, caracterizados pela mesma estatura jurídica.

Nesse diapasão, diante de uma representação anônima que veicula fatos alegadamente lesivos ao patrimônio estatal, e do interesse primário da coletividade em ver apuradas supostas irregularidades graves que teriam sido cometidas na intimidade do aparelho administrativo do Estado, a colisão de valores há de ser equacionada utilizando-se da ponderação de bens e valores, da proporcionalidade e razoabilidade, de tal forma que a existência do interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes administrativas e/ou penais bastaria, por si só, para atribuir à representação (embora anônima), condição viabilizadora da ação administrativa adotada pelo Ministério Público na defesa do postulado ético-jurídico da moralidade administrativa, em tudo incompatível com qualquer conduta desviante do *improbis administrator*.

Não é por outra razão que a doutrina admite, não obstante a existência de denúncia anônima, que o órgão público possa, ao agir autonomamente, efetuar averiguações destinadas a apurar a real concreção de possíveis ilicitudes administrativas, consoante assinala o professor e Conselheiro do E. Tribunal de Contas do Distrito Federal, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³:

Ocorrendo de a Administração vislumbrar razoável possibilidade da existência efetiva dos fatos denunciados anonimamente, deverá promover diligências e, a partir dos indícios coligidos nesse trabalho, instaurar a TCE, desvinculando-a totalmente da informação anônima.

Cabe referir, nesse ponto, que o E. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a questão da denúncia anônima, em face do art. 5º, IV, in fine, da Constituição da República, já se pronunciou no sentido de considerá-la juridicamente possível, desde que o Estado, ao agir em função dessa comunicação não identificada, atue com cautela, em ordem a evitar a consumação de situações que possam ferir, injustamente, direitos de terceiros:

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. (...). PROCESSO ADMINISTRATIVO DESENCADEADO ATRAVÉS DE 'DENÚNCIA ANÔNIMA'. VALIDADE. INTELIGÊNCIA DA CLÁUSULA FINAL DO INCISO IV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (VEDAÇÃO DO ANONIMATO). (...). RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO." (STJ. RMS 4.435-MT, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL)

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DENÚNCIA ANÔNIMA. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Tendo em vista o poder-dever de autotutela imposto à Administração, não há ilegalidade na instauração de

processo administrativo com fundamento em denúncia anônima. Precedentes do STJ.

2. Recurso Especial conhecido e improvido (RECURSO ESPECIAL 2006/0153177-0 (DJe 25/05/2009)

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR FEDERAL. FALTA DE CITAÇÃO PESSOAL. PROVA EMPRESTADA. DENÚNCIA ANÔNIMA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA.

1. É válida a citação feita ao procurador constituído quando ausente o servidor acusado e não demonstrado o prejuízo à defesa (art. 156 da Lei n.º 8.112/1990 e art. 9º da Lei n.º 9.784/1999).

2. A jurisprudência do STJ admite o uso de provas emprestadas.

3. Não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima, por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração e, por via de consequência, ao administrador público.

4. As instâncias administrativa e penal são independentes (Lei n.º 8.112/1990, art. 125).

5. Denegação da segurança (Destaquei) (MS 12385 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0249998-2 (DJe 05/09/2008).

Na realidade, o tema pertinente à vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, in fine) posiciona-se, de modo bastante claro, em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes, considerada a obrigação da Administração Pública, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput), torna imperioso apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público.

O direito de representar aos órgãos competentes é livre e necessário para a apuração de irregularidades no serviço público.

A Lei nº 7.347, de 24/07/85, que dispõe sobre o manejo da ação civil pública, em seu artigo 6º, faculta a qualquer pessoa o direito de provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil, com a indicação de elementos de convicção.

Nos termos do art. 22, da Lei n.º 8.429/1992, o Ministério Público pode, mesmo de ofício, requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo para apurar qualquer ilícito previsto no aludido diploma legal. Se pode de ofício, nada impede que o faça mediante uma representação anônima.

Vislumbra-se, pois, a possibilidade de atos iniciais de investigação do Parquet, quando a representação anônima lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor.

3 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial**. 2. ed. Brasília Jurídica, 1998. p. 51, item n. 4.1.1.1.2.

Tal entendimento já está sufragado pela Jurisprudência do E. STJ:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL ABERTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE.

1. Recurso ordinário no qual se discute a possibilidade de o Ministério Público instaurar inquérito civil para apurar a veracidade de fraudes em procedimentos licitatórios, que foram informadas por meio de denúncia anônima.

2. A Lei n. 8.625/1993, lei orgânica do Ministério Público, e a Resolução n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público autorizam a atuação investigatória do parquet, no âmbito administrativo, em caso de denúncia anônima. Precedente: RMS 30.510/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10/02/2010.

3. No caso, o parquet instaurou inquérito civil com base em denúncia anônima que continham indícios que supostamente caracterizariam fraudes em procedimentos licitatórios, bem como baseou-se em notícia determinada que é objeto em outros inquéritos civis.

4. Recurso ordinário não provido. (RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 37.166 - SP - (2012/0026401-3)

Note-se, por necessário, que o órgão de execução do Ministério Público, em atendimento ao seu dever de fazer prevalecer o interesse público, deve instaurar a investigação com o objetivo de apurar os indícios de irregularidades expostos na representação anônima, em ordem a promover a averiguação dos fatos certos e determinados citados, para, em função de tais esclarecimentos, adotar, então, as providências reclamadas ao caso.

Esse entendimento já foi manifestado pelo E. STF:

DELAÇÃO ANÔNIMA. COMUNICAÇÃO DE FATOS GRAVES QUE TERIAM SIDO PRATICADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES QUE SE REVESTEM, EM TESE, DE ILICITUDE (PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS SUPOSTAMENTE DIRECIONADOS E ALEGADO PAGAMENTO DE DIÁRIAS EXORBITANTES). A QUESTÃO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ANONIMATO (CF, ART. 5º, IV, 'IN FINE'), EM FACE DA NECESSIDADE ÉTICO-JURÍDICA DE INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS FUNCIONAIS DESVIANTES. OBRIGAÇÃO ESTATAL, QUE, IMPOSTA PELO DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 37, 'CAPUT'), TORNA INDERROGÁVEL O ENCARGO DE APURAR COMPORTAMENTOS EVENTUALMENTE LESIVOS AO INTERESSE PÚBLICO. RAZÕES DE INTERESSE SOCIAL EM POSSÍVEL CONFLITO COM A EXIGÊNCIA DE PROTEÇÃO À INCOLUMIDADE MORAL DAS PESSOAS (CF, ART. 5º, X). O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO CIDADÃO AO FIEL DESEMPENHO, PELOS AGENTES ESTATAIS, DO DEVER DE PROIBIDADE CONSTITUIRIA UMA LIMITAÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE? LIBERDADES EM ANTAGONISMO. SITUAÇÃO DE TENSÃO DIALÉTICA ENTRE PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA ORDEM CONSTITUCIONAL. COLISÃO DE DIREITOS QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO OCORRENTE, MEDIANTE PONDERAÇÃO DOS VALORES E INTERESSES EM CONFLITO. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS. LIMINAR INDEFERIDA. (MS 24.369-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, in Informativo/STF nº 286/2002)

Ademais, há que estar presente uma justa causa como verdadeira condição de procedibilidade para a instauração da investigação pelo órgão de execução do Ministério Público, que deve verificar a plausibilidade jurídica da questão que lhe é apresentada, se estão presentes elementos mínimos de autoria e materialidade de ato ilícito praticado por agente público.

A justa causa confere legitimidade ao órgão de execução do Ministério Público para iniciar a persecução investigatória e é necessária para salvaguardar os direitos fundamentais do cidadão em ter a sua vida privada, honra, intimidade e imagem preservados.

Hugo Nigro Mazzili⁴ fornece subsídios sobre o tema:

É certo que a instauração de um inquérito civil pressupõe seu exercício responsável, até porque, se procedida sem justa causa, poderá ser trancado por meio de mandado de segurança.

A *probable cause* se liga à existência de um juízo inicial de probabilidade que indica, mesmo que superficialmente, que houve o cometimento de um ato ilícito, que deve ser objeto de uma persecução investigatória, a fim de se buscar a verdade real dos fatos.

Defendendo a necessidade de haver a justa causa para a instauração do inquérito civil, Paulo Márcio da Silva⁵ aduna:

[...] Em razão dessas limitações, é possível aqui reconhecer uma espécie de justa causa para a válida instauração do inquérito civil, como forma de evitar abusos.

Denota-se, pois, que, não obstante a representação ser anônima, se presente a justa causa, com a descrição individualizada do fato que se deseja investigar e que indica, em tese, a prática de uma infração, verifica-se a possibilidade de instauração da investigação pelo Ministério Público.

Nesse raciocínio, vale ressaltar que o § 3º, do art. 2º, da Resolução n.º 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público autoriza a instauração de inquérito civil mesmo em caso de manifestação anônima, desde que obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral, isto é, desde que existam, por meios legalmente permitidos, informações sobre o fato e seu autor.

Assim, ainda que a notícia do ato ilícito tenha decorrido de representação anônima, conclui-se ser dever do membro do Ministério Público instaurar investigação diante de fato concreto, certo e determinado que afeta o interesse público e a busca de sua prova.

Para José Emmanuel Burle Filho⁶,

[...] a existência de fato jurídico determinado é pressuposto da instauração regular do inquérito civil, ou seja, de que

4 MAZZILLI, Hugo Nigro. **Inquérito Civil**. Saraiva Jurídico Editora. São Paulo, 2008, p. 226.

5 SILVA, Paulo Márcio. **Inquérito Civil e Ação Civil Pública** - Instrumentos da Tutela Coletiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 102.

6 Principais Aspectos do Inquérito Civil, in **Ação Civil Pública**, obra coletiva, editora Revista dos Tribunais, pág. 322.

o inquérito atende a sua finalidade legal, constituindo o divisor de águas entre a utilização legítima e abusiva desse instrumento.

É importante anotar que o Promotor de Justiça, ao instaurar um inquérito civil público, deverá zelar para que o objeto da investigação esteja absolutamente bem delimitado, de modo certo e determinado, a fim de que a investigação instaurada não se transforme em uma atividade de auditoria, o que escapa do âmbito de atribuições do Ministério Público.

A auditoria é o procedimento de averiguação sistemática, minuciosa, e ampla das atividades desenvolvidas em determinada empresa ou setor econômico, produtivo, público ou privado, cujo objetivo é examinar se elas estão em harmonia com as prescrições planejadas e/ou estabelecidas previamente, se foram implementadas com eficiência e eficácia e se estão conformidade com a consecução dos objetivos originais da entidade e, no caso do setor público, com o interesse público.

Destarte, a atividade auditoria de contas públicas, obras públicas, licitações públicas, e outros atos administrativos é competência dos Tribunais de Contas, das Controladorias internas e externas e outros órgãos congêneres.

Assim, estará em desconformidade com o *múnus ministerial*, a instauração de inquérito civil público para apurar, vg, “irregularidades em licitação pública”, sem se especificar qual seria a irregularidades.

De forma análoga, a investigação a ser instituída por meio de uma Comissão Parlamentar de Inquérito deve ter, como um de seus requisitos, um fato determinado, como impõe o §3º do art. 58, da Constituição da República.

Com relação a este requisito, explica Pinto Ferreira⁷:

Na constituição vigente (art. 58, §3º), as comissões parlamentares de inquérito são criadas ‘para apuração de fato determinado’. O fato determinado deve possuir uma característica própria, a fim de não incidir em rota de colisão com outros dispositivos constitucionais. Tais fatos podem ser especificados como aqueles referente à ordem pública, política, econômica, social, bem determinados e caracterizados o próprio requerimento de sua constituição deve ser um fato objetivo, claro, preciso, determinado.

Verifica-se, pois, que, no caso de representação anônima remetida ao Ministério Público, a instauração da investigação deverá ter por objeto fato determinado, e não objeto genérico, que configure devassa na Administração, haja vista que o inquérito civil, não deve se transformar em instrumento de abuso de poder, de devassa, ao arrepio da função institucional do Órgão Ministerial.

Nesse sentido, já se posicionou o Procurador de Justiça Marino Pazzaglini Filho⁸:

[...] Não é possível que o Ministério Público se preste a investigar a descoberta aleatória de fatos para, se

eventualmente os detectar, passar então a apurar cada um deles. Essa atividade representa autêntica DEVASSA e não condiz com a destinação constitucional do Ministério Público de Órgão permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (artigo 127 da Constituição Federal).

A Constituição da República, no artigo 129, VI, atribuiu ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

Dessa forma, instaurada a investigação, o órgão de execução do Ministério Público deverá agir com a máxima cautela e discricção, sobretudo, quanto ao pedido de informações, atentando-se para o fato de que este deverá se referir a situações concretas, adequadamente identificadas, e não a objetos genéricos, que constituem devassa na Administração.

Esta é a lição de Hely Lopes Meirelles⁹:

O atendimento de informações genéricas não é obrigação de qualquer agente político, mormente quando relativas a fatos e pessoas indeterminadas. A administração pública tem recebido uma avalanche de pedidos de informações genéricas. A maioria dos pedidos não envolve atos do governo. Constituem solicitações genéricas de fatos indeterminados.

Mayr Godoy¹⁰ também coaduna com esse entendimento:

O princípio da transparência não pode ir ao absurdo de impor ao agente público o atendimento de proposituras genéricas que, inclusive, possam constituir despropositada devassa na Administração.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em hipótese de recusa da Administração em atender o pedido de informações que envolvia um enorme volume de dados sobre assuntos os mais diversos, assim dirimiu a matéria:

O cidadão não tem direito à devassa, isto é, de colher um acervo de documentos e informações genéricas a fim de sobre eles exercer um juízo de valor, uma vez que a atividade atinente ao exame regular e abrangentes dos atos e contas do Executivo constitui atribuição do Tribunal de Contas. Admitir caráter absoluto ao direito de certidão e informação (sem atendimento dos pressupostos constantes da norma constitucional e de lei- objeto específico, interesse e legitimidade), não condiz com o exercício da cidadania, que requer responsabilidade. Importaria, na verdade, em franquear as portas do ordenamento jurídico a abusos, a finalidade espúrias, sob o pretexto de exercício daqueles direitos. (TJESP, 7ª Cam.D.Públ., Ap. Cív.134.834.-5, Rel. Prado Pereira, j.2.09.01 JTJ 251/133, destaque nosso) No mesmo sentido, Ap.Civ. 194.785-5/1, Rel.Barreto Fonseca, j.02.08.04, RTJESP 288/216).

7 FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**, vol. 3, Saraiva, p. 125.

8 FILHO, Marino Pazzaglini. **Inquérito Civil, Caderno de Doutrina e Jurisprudência**. Associação Paulista do Ministério Público Vol. 34, pág. 14.

9 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. Atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes**. Malheiros Editores. p. 91-93

10 GODOY, Mayr. Direito a Informações. **Municipium**, nº 138, jan. 2003, p. 4.

Sob outro ângulo, cumpre ressaltar que a atividade investigativa do Ministério Público se rege pelos princípios gerais da atividade administrativa, pelos direitos e garantias individuais e pelos princípios especiais que regulam o Ministério Público, obedecendo-se, notadamente, os direitos fundamentais da pessoa humana.

O dever de investigar do Ministério Público, a partir de uma representação anônima, encontra restrições no direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem do representado, haja vista a prevalência do princípio da intangibilidade dos direitos da personalidade e do devido respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Brasileira (art. 1º, III, da Constituição da República).

O direito à privacidade preserva o indivíduo da exposição da sua vida pessoal, profissional e familiar à esfera pública, e o direito à intimidade resguarda o indivíduo no âmbito da própria esfera privada.

Sem dúvida, é a tutela jurídica da privacidade uma das mais significativas expressões dos direitos da personalidade, tratando-se de valor constitucionalmente garantido, cuja proteção normativa busca assegurar, em favor do indivíduo, uma esfera de autonomia a salvo do arbítrio do Estado. Todavia, tal direito à inviolabilidade não se reveste de caráter absoluto, cedendo espaço, excepcionalmente, às exigências impostas pela preponderância do interesse público, quando existirem fundados elementos de suspeita, apoiados em indícios idôneos e reveladores de ato ilícito.

Tércio Sampaio Ferraz¹¹, ao abordar o direito fundamental à privacidade, salienta que a cidadania antecede o Estado, não sendo por ele instituída:

As competências estabelecidas e atribuídas ao Estado devem, pois, estar submetidas ao reconhecimento do indivíduo como cidadão, cuja dignidade se corporifica em direitos fundamentais.

A Jurisprudência se orienta pelo mesmo diapasão:

O exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, garantia constitucional, encontra limites nos direitos da pessoa humana também garantidos constitucionalmente. Portanto, mister que aquele direito seja exercido com responsabilidade e consciência, respeitando a verdade e a dignidade alheia. (STJ, 4ª T., REsp 818764 / ES, Rel., Min. Jorge Scartezini, j. 15/02/2007, DJ 12/03/2007 p. 250).

Insta ressaltar que a norma constitucional há de ser interpretada com razoabilidade, a fim de que sua aplicação se dê de maneira adequada aos fins a que se propõe, sobretudo, para que o direito a ser exercitado não sirva a abusividades ou não se subordine a interesses menores.

Sendo assim, pode-se afirmar que não se deve instaurar a investigação se as providências a serem solicitadas pelo órgão de execução do Ministério Público ferirem direitos fundamentais do representado, tais como aqueles concernentes à sua conduta pessoal, à sua imagem ou à sua honra.

3. Conclusão

Diante das razões expostas, extraem-se as seguintes conclusões:

1- A Constituição da República de 1988 veda o anonimato (art. 5º, IV, *in fine*). No entanto, essa previsão deve ser harmonizada, com base no princípio da concordância prática, com o dever constitucional imposto ao Ministério Público de promover a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição da República).

2- A representação anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a determinar a instauração de investigação pelo Ministério Público, se presente a justa causa, qual seja, elementos informativos idôneos suficientes de autoria e existência do ato ilícito, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado.

3- A instauração de investigação pelo órgão de execução do Ministério Público, a partir de representação anônima, deverá ter por objeto fato concreto, certo e determinado, que afeta o interesse público e a busca de sua prova, e não, objeto genérico, que configure devassa ou auditoria na Administração.

4- O dever de investigar do Ministério Público encontra restrições no direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, haja vista a prevalência do princípio da intangibilidade dos direitos da personalidade e do devido respeito à dignidade da pessoa humana, não se devendo, assim, instaurar a investigação se as providências a serem solicitadas pelo órgão de execução do Ministério Público se referirem à conduta pessoal do representado.

11 JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Ed. RT, **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, Ano 1, out/dez 1992, p. 77.