

Desvio de verba pública praticado por vereadores como crime contra a Administração Pública: um estudo de caso*

Misappropriation of public funds practiced by councilors as a crime against the Public Administration: a case study

Rogério Gesta Leal**

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
gestaleal@gmail.com

Recebido/Received: 08.06.2017 / June 08th, 2017
Aprovado/Approved: 09.08.2017 / August 9th, 2017

Como citar este artigo/*How to cite this article*: LEAL, Rogério Gesta. Desvio de verba pública praticado por vereadores como crime contra a Administração Pública: um estudo de caso. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 111-125, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.841.

- * Este artigo é o resultando de pesquisas feitas junto ao Centro de Direitos Sociais e Políticas Públicas, do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil), vinculado ao Diretório de Grupo do CNPq intitulado Estado, Administração Pública e Sociedade, e coordenado pelo Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal, bem como em decorrência da licença para o Pós-Doutoramento dada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao longo do ano de 2016.
- ** Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor da FMP (Palhoça-SC, Brasil). Professor Visitante da Università Tùlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha (A Coruña-España) e Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – Enfam. Membro da Rede de Direitos Fundamentais – Redir, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (Brasília-DF, Brasil). Coordenador do Projeto de Pesquisa Internacional sobre Patologias Corruptivas. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *E-mail*: <gestaleal@gmail.com>.

Resumo: O tema do presente trabalho versa sobre o desvio de verba pública em diárias para vereadores como forma de crime contra a Administração Pública, estabelecendo o contexto em que isto se enquadra no sistema normativo brasileiro, em especial a partir da ideia de moralidade pública e responsabilidade dos agentes públicos.

Palavras-chave: Moralidade administrativa. Desvio de dinheiro público. Responsabilidade de vereador. Administração Pública. Estudo de caso.

Abstract: The theme of the present study is the deviation of public money in the diaries for councilors as a form of crime against the public administration, establishing the context in which this fits in the Brazilian normative system, especially from the idea of public morality and responsibility of the public agents.

Keywords: Administrative morality. Misappropriation of public Money. Responsibility of councilmen. Public Administration. Case study.

Sumário: I Notas introdutórias – II Os crimes contra a Administração Pública no Brasil: contextos normativos – III O caso concreto – Referências

I Notas introdutórias

Pretendemos neste artigo tratar do tema do desvio de verba pública em diárias para vereadores como forma de crime contra a Administração Pública, estabelecendo o contexto em que isto se enquadra no sistema normativo brasileiro, em especial a partir da ideia de moralidade pública e responsabilidade dos agentes públicos.¹ Ao final vamos apresentar um estudo de caso que julgamos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.²

¹ O tema do combate à corrupção em diferentes esferas tem sido objeto de diversos estudos no direito comparado. Ver: BUTELER, Alfonso. Corrupción, globalización y derecho administrativo. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 1, n. 1, p. 39-62, jan./jun. 2014; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la ultima ratio a la ausencia de razón. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 67-91, jan./mar. 2016; SAID, José Luis. Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 15-27, jan./mar. 2013; BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el derecho comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013; BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 61-106, out./dez. 2014; AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dez. 2015; GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 2, n. 1, p. 71-88, jan./jun. 2015.

² O caso é a Apelação Criminal nº 70056085798, julgado pela Quarta Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 7.11.2013, com os E. desembargadores Gaspar Marques Batista e Newton Brasil de Leão.

II Os crimes contra a Administração Pública no Brasil: contextos normativos

Os crimes contra a Administração Pública no Brasil devem ser compreendidos a partir de sua necessária integração com todo o sistema normativo nacional, constitucional e infraconstitucional, e em especial com os demais referenciais jurídicos que pautam a Administração Pública contemporânea em geral (princípios e regras).³

Já tivemos oportunidade de dizer que os princípios fundamentais constitucionais brasileiros são vinculantes à Administração Pública,⁴ fazendo com que todas as ações estatais (criação e desenvolvimento de políticas públicas, atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) estejam previamente determinadas por alguns contornos, limites e direções estatuidos por tais princípios, operando sempre e de forma continuada como filtro prévio do exame da constitucionalidade e legalidade dos seus atos⁵ a partir do cotejo com os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro normatizado.

Assim é que, quando a Administração, pela via dos seus agentes públicos (servidores públicos ou agentes políticos) estiver promovendo seus atos oficiais, cumprindo com suas atribuições normativas e políticas, ou o faz respeitando e perseguindo os ditames constitucionais insertos nos princípios fundamentais, ou corre o risco de cometer inconstitucionalidades por omissão ou ação.⁶

De outro lado, cumpre reconhecer que enquanto os princípios explícitos da Administração Pública encontram-se bem identificados no sistema jurídico nacional, tem a doutrina e a jurisprudência pátrias reconhecido a existência dos chamados princípios implícitos da Administração, demandando esforço hermenêutico e desvelador diferenciado, uma vez que não contam (salvo melhor juízo) com a plasticidade direta e posta pela norma cogente, a despeito de já constarem do sistema jurídico como um todo.⁷

Neste particular, chamamos a atenção, a título exemplificativo, para três clássicos e importantes princípios, dois implícitos e um explícito, que entendemos

³ CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 167-224, jan./abr. 2015.

⁴ Aqui entendidas como atinentes à supremacia do interesse público da maior parte quantitativa da população e sua indisponibilidade. Tratamos deste tema no livro LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.

⁶ BALBÍN, Carlos F. Un derecho administrativo para la inclusión social. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

⁷ Vale aqui a advertência de GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 130: “esses princípios se existem, já estão positivados; se não for assim, deles não se trata”. A sua positivação, todavia, “não se dá mediante seu resgate no universo do direito natural, como tantos supõem; ela não é constituída, essa “positivação”, mas simplesmente reconhecida no instante do seu descobrimento (do princípio) no interior do direito pressuposto da sociedade a que corresponde”.

como constitutivos do Estado Administrador Democrático de Direito,^{8 9} em face da ordem constitucional vigente, a saber: (a) os dois implícitos: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público; (b) o explícito: a moralidade administrativa.

Tratando como primeiro o da *supremacia do interesse público*, temos que ele é inerente a qualquer sociedade contemporânea, a despeito de não constar expressamente no texto constitucional brasileiro,¹⁰ haja vista que diz respeito, de um lado, à circunstância que não pode ser negada no âmbito das relações de poder e políticas contemporâneas, marcadas que estão por interesses e projetos muito mais corporativos do que sociais; de outro lado, à formatação de práticas de poder geralmente corporativas e unilaterais, exatamente para reproduzir o modelo de crescimento econômico hegemônico.

Assim, temos como interesses públicos os que dizem respeito, de um lado, ao plexo normativo de prerrogativas sociais atinentes a toda comunidade – principalmente os constitucionais; de outro lado, os apresentados cotidianamente pelas demandas de natureza política, econômica, cultural etc. da sociedade como um todo.¹¹

Por óbvio, não estamos aqui a defender a tese de que há contraditória relação entre interesse público e privado, pois eles, em verdade, se inter-relacionam constantemente, sendo por vezes causa e efeito recíprocos. Todavia, revela-se inafastável a percepção de que também operam com lógicas diferenciadas, mantendo certo tensionamento em suas coexistências que precisa ser identificado e solvido em cada situação concreta que se apresentar. Esta tarefa, de qualquer sorte, deve estar coordenada pelo Estado, eis que é espaço de gestão de todos os interesses que interagem no contexto do mundo da vida.

E ainda temos o princípio da *indisponibilidade do interesse público*.¹² Sobre ele, a doutrina administrativista brasileira tem, em regra, unificado sua interpretação, sustentando que, em face da natureza do interesse, demarcada pelos contornos de sua supremacia e objeto que alcança, diz respeito não à vontade/propriedade do administrador ou do Estado, mas, ao contrário, pertence originariamente a outrem, o detentor da

⁸ Entendidos aqui como aqueles que estabelecem os pressupostos que a Administração Pública deve observar na execução de suas políticas e pautas gerenciais cotidianas.

⁹ Sobre a noção de Estado Constitucional e Democrático de Direito: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de derecho y servicios públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015; CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015.

¹⁰ Trata-se, aqui, de um princípio implícito ao ordenamento jurídico, tão importante quanto os explícitos, consoante ensinamento de GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

¹¹ Estamos falando, por exemplo, do conjunto de direitos insertos nos arts. 5º, 6º, 7º, 144, 150, 170, 182, 191, 194, 196, 203, 205, da Constituição de 1988.

¹² A indisponibilidade, aqui, diz respeito exatamente à noção ou ideia contrária de bens ou interesses disponíveis, ou seja, aqueles sujeitos à livre alienação ou à transação pelos seus titulares.

soberania material: a sociedade. E, assim, não possuindo a Administração a titularidade do bem público (aqui entendido como o interesse público), cabe-lhe, tão somente, a condição de gestora, por delegação de competências, de tal patrimônio.¹³ Esta gestão, por sua vez, também está condicionada por objetivos e fins pré-ordenados, ao menos em termos gerais.¹⁴

O denominado interesse particular pode ser considerado como disponível porque informado, tão somente, pela vontade humana livre, limitada pelos termos vedatórios da norma jurídica (veja-se que a disponibilidade impera no campo do direito privado, visto que está subordinada à *voluntas* do *dominus*), tendo como critério diferenciador do interesse público, entre outros, o fato de que se revela como indisponível porque informado pela ideia de fim. Se no direito privado prevalece a vontade, no direito administrativo tem-se a finalidade como elemento informador das possibilidades da ação ou omissão estatal.

A atividade administrativa obedece, cogentemente, a uma finalidade, à qual o agente é obrigado a adscrever-se, quaisquer que sejam as suas inclinações pessoais; e essa finalidade domina e governa a atividade administrativa, imediatamente, a ponto de assinalar-se, em vulgar, a boa administração pela impessoalidade, ou seja, pela ausência de subjetividade. À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente dá-se o nome de relação de administração. Esta domina e paralisa a de direito subjetivo.¹⁵

Diante do ponderado, resta claro que o administrador não tem a *proprietas* do bem/interesse público; não tem o direito de operar com o interesse público de tal maneira que dele disponha a seu talante, em função das normas que o restringem, explicitando-se, cotidianamente, como intangível e indisponível.

Indisponível, no sentido que lhe dá Calmon de Passos,¹⁶ é todo o direito em relação ao qual o titular não é livre de manifestar a sua vontade.

¹³ Nesse sentido FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 63. Da mesma forma e direção: ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Casa Editorial, 1990; BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1975; BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. Paris: LGDJ, 2001; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.

¹⁴ Os já referidos princípios constitucionais e direitos e garantias fundamentais. Sobre os novos direitos e garantias, ver: CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos derechos y garantías. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 59-108, jan./abr. 2016.

¹⁵ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre: Globo, 1984. p. 51. O autor usa a interessante expressão "paralisação do direito subjetivo", que preferimos não usar, evitando assim qualquer associação negativa à capacidade e obrigação do gestor público de exercer, com responsabilidade e vinculatividade ao ordenamento jurídico, sua discricionariedade oficiosa.

¹⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 406-408. v. III.

Tais são os bens da Fazenda Pública, uma vez que estão fora da disposição de seus titulares. Por conseguinte, os representantes das pessoas jurídicas de Direito Público Interno, para a satisfação dos objetivos de interesse coletivo, não detêm a disponibilidade dos direitos daquelas pessoas jurídicas.

Neste particular, importa reforçar a ideia de que o interesse público é confiado ao Estado, não aos seus órgãos, muito menos aos seus agentes, destacando-se as pessoas administrativas como verdadeiros instrumentos do Poder Público, o que não significa total paralisia no processo de planejamento, instituição e execução de políticas públicas, mas que tais não podem estar atreladas a idiosincrasias intersubjetivas e objetivos pessoais desses agentes.¹⁷

Para que haja a disponibilidade do interesse público, há que se observar todo um plexo de medidas e procedimentos reflexivos e aferidores das motivações e fundamentos apresentados para tanto, mediante, necessariamente, o pronunciamento e autorização, por exemplo, do legislativo, tudo ficando à mercê da sindicabilidade jurisdicional.

Os poderes da Administração, nessa perspectiva, apresentam-se como instrumentais servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão, indissoluvelmente, atrelados. Logo, quem desempenha o *munus* público tem, na realidade, deveres-poderes, em que a tônica reside, como quer Bandeira de Mello¹⁸ e Alessi,¹⁹ no dever.

Por fim, como que pairando sobre todo e qualquer ato da Administração Pública, de forma até instigante, tem-se o complexo princípio da *moralidade* administrativa que, por sua vez, constitui pressuposto da validade de todo o comportamento do agente público e suas instituições, compreendendo os princípios da lealdade e da boa-fé.²⁰

¹⁷ Assim, não se pode imaginar que a Administração Pública possa proceder a transações administrativas, ou mesmo judiciais, envolvendo o patrimônio público, sem qualquer autorização para tanto. Neste sentido se pronunciou o já extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Cível. Recurso APC nº 189.022.809. Rel. Osvaldo Stefanello, 6.6.1989, Rio Pardo): “EMENTA – Possessória contra Município. Bens de uso comum do povo. Acordo. Não é válido acordo feito em audiência, reconhecendo, o Município, a legitimidade da posse dos autores em ação proposta contra a pessoa jurídica de direito público, fazendo doação de benfeitorias construídas, com dinheiro público, sobre a área objeto da lide. Apelação. Legitimidade do Município. Tem legitimidade o Município para interpor o recurso de apelação, objetivando seja declarado nulo o acordo de cujas condições decorre lesividade ao patrimônio público municipal, ante a indisponibilidade dos bens de domínio público ou de uso comum do povo. Provimento do apelo do Município. Decisão: dado provimento. Unânime”. Escolhemos de propósito decisão tão antiga para evidenciar que o tema não escapou do Poder Judiciário já a bastante tempo.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 57.

¹⁹ ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 82.

²⁰ Conforme quer BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. Paris: LGDJ, 2001. p. 82 e ss.

A moralidade administrativa está inserida na Constituição Federal como princípio fundamental a ser obedecido pela Administração Pública (órgãos e agentes), sendo diversos e variados os desdobramentos por atingir, de modo nuclear, o aspecto axiológico das ações concretas desenvolvidas pelos agentes públicos.²¹

A despeito de tamanha significação, não se pode afirmar que exista, hoje, nas teorias que se ocupam do Estado Administrador, uma especial e definitiva conceitualização para a configuração jurídica da moralidade administrativa. O que se tem, como certo, é que ela constitui, isto sim, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública.

A doutrina especializada atribui a Maurice Hauriou²² a sistematização de tal conceito, fato ocorrido nas primeiras décadas do século XX. Segundo o referido doutrinador, não se busca impor, na prática da atividade administrativa, uma moral comum, mas, sim, uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.

Tem-se, portanto, na escola administrativa francesa, a base da construção da moralidade administrativa moderna, como princípio que se compõe, de um lado, pela afirmação de que a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; de outro, de que é preciso aferir também a conformidade desses atos aos princípios basilares da boa administração, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, atentando-se para os riscos do chamado desvio de poder, cuja zona de policiamento é a da moralidade administrativa.²³

Assim é que, a partir do princípio da moralidade administrativa, a satisfação dos requisitos legais do ato não é suficiente, impondo-se ir adiante, no intento de investigar se, realmente, há interesse público nele, ou outro tipo de interesse, desse divorciado; ou seja, os poderes administrativos concedidos à autoridade pública não são ilimitados, mas deverão estar sempre em consonância com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico, implícitos ou explícitos, todos aqui considerados horizontalmente.²⁴

Em outras palavras, é indispensável à caracterização da moralidade de qualquer ato administrativo a análise dos seus motivos e objetos, o que possibilita afirmar se

²¹ LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

²² HAURIOU, Maurice. *Precis élémentaire de droit administratif*. Paris: Dalloz, 1976. Para o autor, esta moralidade diz respeito a ações que têm como resultados elementos satisfatórios ao interesse da comunidade, fim primordial da Administração Pública.

²³ Nesse sentido, ver também BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 25, p. 457-471, 2001.

²⁴ O desvio de finalidade, por sua vez, se efetiva quando a prática do ato estiver fundamentada em motivos ou tiver fins diversos dos objetivados pela lei ou pelo interesse público, conforme ensinamento de DIEZ, Manoel Maria. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 273.

houve ou não a efetivação do dever de boa administração inerente ao administrador/interesse público.²⁵

De se ver que o âmbito de subjetividade que a moral contém implica não se tratar apenas de saber se é ou não legal determinado ato de gestão pública, mas se ele está ou não em consonância com os anseios de justiça, objetivos e finalidades da República que informam a organização social dos administrados, previamente insertos no texto constitucional. A finalidade do controle da moralidade, assim, é, fundamentalmente, assegurar que os atos da Administração Pública estejam sempre de acordo com esses *vetores axiológicos administrativos*.

Observa-se, dessa forma, que o conceito de moralidade é determinante de regras de conduta, ou seja, traça linhas de comportamento para o administrador, fazendo com que este, ao realizar seus atos, observe, além dos elementos constitutivos próprios de cada um, a eficácia deles no plano dos compromissos e vinculações político-jurídicas já existentes.²⁶

O elemento moral, então, a partir da Constituição brasileira de 1988, passa a integrar o ato administrativo por força de preceito da mais alta categoria. A consequência gerada é de relevância, porque a moralidade passou a ser um requisito constitucional de sua validade, evidenciando-se como um dos elementos integrantes da formação e validade do ato administrativo, o que não mais permite a conduta jurisprudencial a abandonar a sua análise, pelo que, agindo em conformidade com o princípio constitucional referido, põe um freio na conduta da Administração e/ou seus agentes que, por vezes, apresenta evoluir desordenado, irregular, impróprio, desajustado com o ordenamento jurídico.

A jurisprudência nacional já vem a bastante tempo insistindo em assim compreender este princípio, entendendo, por exemplo, em sede de ação popular, que basta existir ato administrativo que contraria normas específicas que regem a sua prática ou que se desviam dos princípios que norteiam a Administração Pública, para os fins de ensejar sua interposição, afigurando-se como dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos no caso concreto, já que o disposto no inc. LXXIII, do art. 5º, da Constituição Federal, abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico.²⁷

²⁵ Evidencia-se, pois, viciada a moralidade administrativa quando houver a prática de um ato fundado em motivo inexistente, insuficiente, incompatível etc.; do mesmo modo, caracteriza-se a imoralidade administrativa quando o ato visar ao objeto impossível, desconforme e ineficiente ao permissivo legal e ao interesse público. Neste sentido o texto de MAIRAL, Héctor. *Control judicial de la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 134. v. I.

²⁶ Como quer FRAGOLA, Umberto. *Degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 187.

²⁷ Conforme decisão: Primeira Turma. RE nº 170.768. São Paulo. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26.3.99. DJ, 13 ago. 99.

Em outra situação curiosa do legislativo brasileiro, a jurisprudência histórica pátria, ratificando as reflexões que trouxemos até aqui, entendeu que, uma vez sendo a remuneração do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a subsequente, nos termos do que dispõe a Carta Política, em seu art. 29, V, em ocorrendo a fixação pelos edis de sua própria remuneração para vigor na própria legislatura, praticam ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa.²⁸

Em face destes elementos configurativos todos da Administração Pública contemporânea, relevando sua importância à democracia social e institucional no país, é que se tem criado ao longo do tempo instrumentos de controle e responsabilização tanto do Poder Público como dos agentes políticos que o gerenciam. Estamos falando, exemplificativamente, das ferramentas da ação popular, da ação civil pública, da ação de descumprimento de preceito fundamental, a previsão de responsabilidade civil e criminal em face de atos de improbidade administrativa, todas formas de densificação material protetiva daqueles princípios debatidos e da boa administração em geral.

É este cenário de fundo que se faz muito presente na contextualização dos chamados crimes dos prefeitos e vereadores, lembrando quais bens jurídicos mediatos e imediatos estão em jogo, e ele tem de ser trazido à colação sempre, dando-se conformidade teleológica às atribuições de sentido – interpretativas – à aplicação da norma.²⁹

Feitas tais considerações, queremos agora tratar mais pontualmente do caso concreto julgado.

III O caso concreto

O Ministério Público, na Comarca de Montenegro, em data de 3.1.2011, ofereceu denúncia contra R. F. F. e E. I. S., como incurso nas sanções do art. 312,³⁰

²⁸ Segunda Turma. RE nº 206.889/MG. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 25.3.97. *DJ*, 13 jun. 97. Assim também a seguinte decisão envolvendo o Tribunal de Contas da União: “EMENTA: Tribunal de Contas. Nomeação de seus membros em Estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parâmetros 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 é 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. NOTORIO 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 sujeita-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” (TCU, Segunda Turma. RE nº 167.137/TO. Rel. Min. Paulo Brossard, j. 18.10.1994. *DJ*, 25 nov. 94).

²⁹ Sobre as diferentes matrizes de interpretação e aplicação das normas jurídicas, ver: LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014.

³⁰ “Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio. Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa”.

caput, e art. 304,³¹ ambos do Código Penal, na forma do art. 69,³² do mesmo diploma legal; e o denunciado J. L. O. D. S., nas sanções do art. 312, *caput*, e art. 299,³³ *caput*, ambos do Código Penal, também na forma do art. 69, do mesmo diploma legal, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

1º FATO (Peculato):

Entre os dias 05 e 10 de dezembro de 2005, no Município de Maratá/R, os denunciados R.F.F. e E.I.S. em acordo de vontades e em conjunção de esforços, na condição de Vereadores de Maratá, desviaram em proveito próprio, a importância de R\$ 1.560,24 (mil, quinhentos e sessenta reais e vinte e quatro centavos) cada um, referente a duas diárias com pernoite, fora do Estado, que os dois receberam do erário municipal, em razão do cargo que exerciam (conforme notas de empenho n.º 003157/2005 e 003158/2005 e Recibos de Transferência de Valores entre Contas Banrisul n.º 201128/031587 e 201328/032427, de fls.), para que frequentassem, no Balneário Camboriú/SC, Hotel Geranium, dias 07, 08, 09 e 10 de dezembro de 2005, o curso “A Responsabilidade Política, Cível e Penal dos Administradores Públicos e seus Agentes”, sem a necessária contrapartida ou justificativa, já que não participaram do seminário, eis que não constam os nomes e nem as assinaturas dos denunciados na lista de presença do evento.

2º FATO (Peculato):

Nas mesmas circunstâncias de tempo, possivelmente, em Lages/SC, sede do DAP, o denunciado J.L.O.D.S., em conluio com os demais, na condição de Diretor-responsável pelo Desenvolvimento em Administração Pública e também pelo evento “A Responsabilidade Política, Cível e Penal dos Administradores Públicos e seus Agentes” desviou em proveito de R. e E. a importância de R\$ 1.560,24, para cada, pagos pelo erário municipal de Maratá, sem a necessária contrapartida, pois não participaram de qualquer atividade que determinou o pagamento antecipado das diárias.

3º FATO (FALSIDADE IDEOLÓGICA):

No dia 10 de dezembro de 2005, o denunciado J.L., com a finalidade de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante e, assim facilitar a prestação de contas de diárias recebidas de forma antecipada pelos vereadores R. e E., inseriu declaração falsa nos certificados de frequência referentes ao evento “A Responsabilidade Política, Cível e Penal dos Administradores Públicos e seus Agentes”, ao atestar que os referidos vereadores participaram do curso, quando, na verdade, sequer compareceram.

³¹ “Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302. Pena - a cominada à falsificação ou à alteração”.

³² “Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela”.

³³ “Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular”.

4º FATO (Uso de documento falso):

Em data não esclarecida, provavelmente no curso do mês de dezembro de 2005, na Câmara Municipal dos Vereadores de Maratá, os denunciados R. e E. fizeram uso de documento falso, ao apresentarem para prestação de contas de duas diárias com pernoite os certificados de frequência que atestavam falsamente a participação no evento “A Responsabilidade Política, Cível e Penal dos Administradores Públicos e seus Agentes”, no qual sequer compareceram.

A denúncia foi recebida em 18.7.2011, e o processo teve regular processamento, com sentença de primeiro grau em 26.4.2013, julgando parcialmente procedente a denúncia para:

- a) condenar os réus R. F. F. e E. I. S. pelo crime de peculato (fato 1 – art. 312, do Código Penal), imputando-lhes a pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, com pena de multa fixada em 10 (dez) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.
- b) absolver o réu J. L. O. D. S. da acusação formulada no 2º fato delituoso; e absolver os réus R. F. F. e E. I. S. da acusação formulada no 4º fato delituoso, com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Inconformadas, as defesas dos réus condenados apelaram, e em suas razões aduziram, em síntese, que houve ausência de fundamentação na sentença apelada ao fixar a pena em 2 anos e 8 meses para o crime de peculato, contrariando o disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. Sustentaram que no crime de peculato o elemento subjetivo do tipo é o dolo, que não se encontrou no caso em tela.

Fizeram ainda referência à fragilidade probatória constante nos autos, impondo a absolvição dos acusados. Por fim, pediram a redução da pena para o mínimo legal, sob o argumento de que os fatos narrados na denúncia ocorreram em dezembro de 2005, sendo esta recebida em 18.7.2011, transcorrendo um lapso temporal de 5 anos e 7 meses, configurando a prescrição punitiva, com base no art. 109, inc. V, do Código Penal.

Nas contrarrazões, o Ministério Público de Primeiro Grau postulou o desprovemento do recurso, e assim o fez também o seu representante no segundo grau.

O deslinde do caso resta fácil a partir dos elementos coligidos na primeira parte deste trabalho.

Ao analisar os autos do feito é possível verificarmos que eles dão conta da imputação do delito de *peculato* contra R. F. F. e E. I. S., em conjunção de esforços, na condição de vereadores do município de Maratá, pelo fato de terem desviado em proveito próprio, entre os dias 5 e 10 de setembro, a importância de R\$1.560,24, cada um, quantia esta destinada para o pagamento de duas diárias para frequentarem o curso “A Responsabilidade Política, Cível e Penal dos Administradores Públicos e

seus Agentes”, em Balneário Camboriú/SC, conforme Resolução de Mesa da Câmara de Vereadores nº 10/2005, notas de empenho nº 003157/2005 e 003158/2005, recibos de transferência para as contas dos acusados, certificados de frequência (fls. 220 e 230), e listas de presenças do curso.

No âmbito da Promotoria de Justiça, o acusado E. I. S. disse que participou do evento realizado em Balneário Camboriú, tendo apresentado os documentos de comprovação. Informou que não participou integralmente da programação do evento, assistindo apenas a parte das palestras, e que não assinou a lista de presença, pois não sabia da sua existência. Disse que chegava tarde nas palestras.

O acusado R. F. F. disse à Promotoria que participou de quase todas as palestras. Recordou que assinou um caderno que seria a lista de presenças. Apresentada a lista, não localizou a sua assinatura. Afirmou que ficou hospedado no mesmo hotel onde foi realizado o evento.

O problema é que o diretor jurídico da empresa DAP – Desenvolvimento em Administração Pública, organizadora do evento, Sr. J. L. O. D. S., prestou esclarecimento escrito referindo que:

No controle que me foi passado pelo encarregado das inscrições e certificados, Sr. E., não consta que a Câmara de Vereadores de Maratá/RS, tivesse enviado algum participante. [...] os nominados vereadores compareceram ao mesmo evento com o mesmo tema, realizado em Porto Alegre/RS, nos dias 28 a 30/08/2006, cumprindo carga horária de 75%, ainda que com relutância dos mesmos.

Judicialmente, os acusados negaram os fatos pelos quais foram denunciados. O réu R. disse que fez o curso, pegou o certificado e foi embora. Não sabe porque está sendo acusado. Afirmou que não foi apresentada a lista de presença. Disse que o curso era das 8h às 13h.

O réu E., por sua vez, mencionou que voltaram com certificado e recibo de inscrição, não soube explicar o porquê de estar sendo acusado. Disse que o curso foi realizado em Camboriú, em uma sala comercial, pela manhã e tarde. Não assinou a lista porque nunca foi apresentada. Não fez compras e não fez passeio pela cidade.

Veja-se que há nítidas contradições entre os depoimentos dos réus, quanto ao local em que foi realizado o evento, porquanto o acusado E. sequer soube afirmar onde efetivamente ocorreu o evento, se foi em um apartamento ou sala comercial. Já R. disse que o evento foi realizado num hotel, cujo nome não recordava.

Além disso, outra evidência do cometimento do delito de peculato está na versão de R. quanto à assinatura na ficha de presenças. Na fase investigatória, disse que assinou tal documento, porém, quando apresentadas as listas de presenças fornecidas pela organização do evento, não encontrou sua assinatura. Já na fase judicial, ratificou suas declarações anteriormente prestadas, alterando a versão quanto à assinatura no referido documento.

Assim, restou amplamente demonstrada a autoria e o dolo dos acusados, porquanto aproveitaram das facilidades dos cargos públicos que ocupavam para obter vantagem pessoal, desviando dos cofres públicos o montante de R\$1.560,24 (mil, quinhentos e sessenta reais e vinte e quatro centavos) cada um.

Sobre o tema, ensina Cezar Roberto Bitencourt:

O crime de peculato, na precisa descrição do caput do art. 312 – peculato próprio –, consiste no apossamento ou desvio (destinação diversa), por parte de funcionário público, de coisa móvel (dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel), pública ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio.³⁴

Em termos de dosimetria da pena, ao analisar as condutas dos réus com base no art. 59, a julgadora nada acrescentou quanto à culpabilidade, aos antecedentes, à personalidade dos agentes, aos motivos, às consequências e ao comportamento da vítima, considerando desfavorável tão somente as circunstâncias do crime, sob o fundamento de que *os acusados, no intuito de simular a participação no curso, dirigiram-se até Balneário Camboriú, praticando turismo às custas ao erário*. Por tal razão, fixou a pena-base em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses, restando definitiva neste patamar, em face da ausência de outras moduladoras.

Sustentamos que se mostrou adequado o aumento da pena com base nas circunstâncias do crime, em face das pessoas envolvidas (agentes políticos eleitos), relatado pela prolatora da sentença, isto porque, além do benefício obtido pelos réus com o dinheiro público, restaram violadas drasticamente a moralidade e a ética públicas, protegidas pelo tipo penal de forma indireta. E Nelson Hungria é lapidar no ponto ao lembrar:

no peculato a posse ou detenção resulta da confiança imposta pela lei como indispensável ao cargo público exercido pelo agente [...]. A confiança, dever merecê-la o agente, não por sua qualidade genérica de funcionário público, mas porque titular do cargo que o torna competente, na ocasião, para o recebimento e consequente posse.³⁵

Por todos estes elementos, os recursos dos réus foram julgados improcedentes pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte especial: dos crimes contra a Administração Pública e dos crimes praticados por prefeitos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45. v. 5.

³⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 340. v. IX.

Referências

- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Casa Editorial, 1990.
- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1990.
- AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dez. 2015.
- BALBÍN, Carlos F. Un derecho administrativo para la inclusión social. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1975.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte especial: dos crimes contra a Administração Pública e dos crimes praticados por prefeitos*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.
- BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. Paris: LGDJ, 2001.
- BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 25, p. 457-471, 2001.
- BUTELER, Alfonso. Corrupción, globalización y derecho administrativo. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 1, n. 1, p. 39-62, jan./jun. 2014.
- BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el derecho comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013.
- BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 61-106, out./dez. 2014.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 167-224, jan./abr. 2015.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos derechos y garantías. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 59-108, jan./abr. 2016.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015.
- DIEZ, Manoel Maria. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de derecho y servicios públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FRAGOLA, Umberto. *Degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1992.
- GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 2, n. 1, p. 71-88, jan./jun. 2015.

- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HAURIUO, Maurice. *Precis élémentaire de droit administratif*. Paris: Dalloz, 1976.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX.
- LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre: Globo, 1984.
- MAIRAL, Héctor. *Control judicial de la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma, 1990. v. I.
- OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la ultima ratio a la ausencia de razón. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 67-91, jan./mar. 2016.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. III.
- SAID, José Luis. Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 15-27, jan./mar. 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Rogério Gesta. Desvio de verba pública praticado por vereadores como crime contra a Administração Pública: um estudo de caso. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 111-125, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.841.
