

A competência criminal do prefeito municipal por desvio de verbas federais

Rafael Jayme Tanure *

Ante não cabe salientar importância do tema e ao mesmo tempo as incertezas que transitam ao seu redor. Se não fosse de emérita importância não seria um tema que gerasse tanta discussão doutrinária e jurisprudencial. Já de início se deve lembrar que ano que vem ocorrerão as eleições municipais de 2004 e que, por exemplo, este é um aspecto de consequências diretas na aferição da competências jurisdicional dos prefeitos, fato este que deve esquentar as discussões sobre o tema.

O Sistema Federativo que foi adotado pelo Constituinte de 1988 no art. 1º, caput: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,...". Aqui é interessante observar como o Constituinte Originário não incluiu a União como Entidade Federativa. De toda forma está implícito no Pacto Federativo a existência de Ente Central imbuído de atribuição para representar o Estado Federado externamente e exercer atribuições internas.

Fazendo uma elucidação quanto à criação da União, é mister esclarecer que os Doutrinadores, por exemplo o Prof. Dalmo de Abreu Dallari, dispõem como sendo característica de um Estado Federado a criação de Órgão Central a partir de delegação dos demais entes federados. Porém, há que se ater que referidos juristas partem de um estudo do Estado Federado tendo como modelo o Estado Norte Americano, o qual teve sua formação derivada de uma confederação. Ao contrário do ocorrido no Brasil, o qual teve sua formação oriunda de um poder centralizado, ou seja, teve um movimento divergente enquanto o Norte Americano teve um movimento convergente. Assim, fica uma questão a se pensar.

Esta explanação sobre a natureza da União tem como objetivo abrir caminho à questão do Repasse de Verbas que será abordada de agora em diante.

A Constituição disciplina a matéria do Repasse de Verbas dentro do seu Título VI sob a égide "Da Tributação e do Orçamento", o qual tem dois capítulos que são um sobre denominado "Sistema Tributário Nacional" e outro denominado de "Finanças Públicas".

Esta divisão parece contraditória, tendo em vista que o termo Finanças Públicas ou a Ciência das Finanças Pública engloba a tributação e o orçamento. De toda forma o texto constitucional demonstra a imensa preocupação do constituinte com a questão tributária em si, ou seja, a questão de proteger o cidadão. Por isso, uma assistemização do legislador.

O Repasse de Verbas da União para os Municípios pode ocorrer de duas formas distintas. Primeiro, através de um Repasse Obrigatório o qual se dá nos termos constitucionais disciplinados no a partir do art. 157 que abre a sessão da repartição de receitas. A segunda forma ocorre através do Repasse Voluntário de ações pontuais da União através das chamadas parcerias públicas as quais podem ocorrer por convênio, contrato administrativos, etc.

O Repasse Obrigatório, como dito, está disciplinado na Constituição e é um resultado da fórmula de arrecadação e distribuição das Receitas Públicas Derivadas, sendo estas aquelas provenientes de Tributos. Este sistema tem fundamento tendo em vista que se torna mais eficaz apenas um ente ser responsável pela arrecadação, ou seja, ter capacidade tributária. E depois, repassar o arrecadado dentro do parâmetros pré estabelecidos pela Constituição. Imaginem se tanto os Estados quanto os Municípios também tivessem capacidade tributária sobre o imposto de renda, seria o caos sem a menor base de segurança jurídica.

No entanto, este sistema sofre suas críticas tendo em vista a influência que o ente arrecadador exerce sobre os destinatários. Poderia se dizer que não há influencia pois o Repassa é Obrigatório, porém há outros fatores que envolvem a questão como é o caso de concentração de esforços da Fazenda e também legislativa. O maior exemplo desta crítica esta na majoração pela União apenas das Contribuições Sociais, as quais não são passíveis de repartição e que nem sempre estão estritamente vinculadas pois sua arrecadação se faz na Conta Única do Tesouro Nacional.

Ainda quanto ao Repasse Obrigatório é mister indagar a natureza da Receita em relação a quem esta pertence, ou seja, se ela chega a incorporar o patrimônio da União ou se já faz parte do patrimônio do ente destinatário e a União exerce apenas papel arrecadatório.

Quando a Fazenda arrecada um tributo este é depositado em pecúnia geralmente em agência bancária em conta única do Tesouro Nacional. Porém, ao se aplicar as técnicas da Contabilidade Pública e se elaborar o Demonstrativo de Receita e Despesa ou Balanço Orçamentário, se lança o tributo arrecadado em uma conta (termo técnico da Contabilidade Pública para demonstrar o fluxo de caixa) chamada Receita Corrente em seu subgrupo Receita Tributária, e ao mesmo tempo se lança na conta Despesa Corrente em seu subgrupo Transferências Correntes. Para melhores esclarecimentos sobre estes lançamentos é possível se observar os Capítulos II e III da Lei 4320/64.

Para responder a indagação se deve recorrer aos institutos do Direito Civil, os quais conceituam o Direito Real de Propriedade que é nos dizer do Ilustre Prof. Cezar Fiúza:

"...a situação jurídica consistente em uma relação entre uma pessoa, o dono, e a coletividade, em virtude da qual são assegurados `aquele os direitos exclusivos de usar, fruir, dispor e reivindicar um bem, respeitados direitos da coletividade"

A partir deste conceito surgem duas observações. A primeira que ocorre no momento em que a Fazenda Nacional arrecada o tributo não lhe é atribuída a completude das utilidades da coisa, pois esta não pode deles dispor livremente.

O segundo ponto, em contra senso, é que a natureza da coisa como sendo um bem fungível, pois esta coisa é dinheiro, lhe implica uma característica que é a translatividade do domínio, ou seja, os bens naturalmente fungíveis tem a característica de se transferirem o domínio da coisa juntamente com a posse direta, pois só assim o possuidor direto pode dispor da mesma e entregar outra no lugar.

A conclusão que se tem da análise da indagação é que no momento que a Constituição especifica o tributo e o seu destino esta já estaria determinando a propriedade da coisa. No entanto, pelo fato de coisa de terceiro ficar na posse da União se caracteriza uma

situação semelhante à um Contrato de Depósito Necessário de Coisa Fungível, o qual transfere o domínio da coisa com espeque no art. 587 e 645 do CC/02 concomitantemente. Porém, esta coisa na Propriedade Resolúvel da União fica sujeita à uma destinação específica, situação esta que Caio Mário da Silva Pereira denomina de Teoria da Afetação.

Quanto ao Repasse Voluntário este sim é de inteira disponibilidade da União, a qual o utiliza de acordo com a oportunidade e conveniência para atender aos interesses públicos. Estes recursos são utilizados para atender questões específicas como, por exemplo, a atuação da União em Planos Prioritários de Governo dentro dos quais se pode classificar alguns como Combate à Seca,

Desenvolvimento Desportivo, etc. A LC 101/01 ainda especifica que as verbas destinadas ao Sistema Único de Saúde são Repasses Voluntários (art. 25, caput)

É certo que a execução destes Planos de Governos devem atender Política das Finanças Públicas, a qual seja a obediência aos mecanismos legais de Controle, tais como o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária. No entanto, a Lei de Responsabilidade Fiscal, LC 101/01, tem como princípio primordial a manutenção do equilíbrio das Contas Públicas. Este equilíbrio se efetiva em não gastar mais do que receber. Dessa sorte, é possível a não execução de um plano previamente orçado, o que não pode ocorrer é o inverso.

Desta divisão o que resulta é uma dicotomia no Controle Externo dos Recursos que passam pelo Caixa da União. Os valores repassados a título voluntário devem ter suas contas prestadas e aprovadas pelo Congresso Nacional após parecer prévio e obrigatório do Tribunal de Contas da União nos termos do art. 71, VI da CF/88. Já os valores repassados a título obrigatório ingressam nas contas dos municípios como Transferência Corrente de Cota Parte de Impostos, ou seja, estas Receitas são desvinculadas e versam à custeio geral do Ente com fulcro no anexo 3, item 1.4, da Lei 4320/64. Dessarte, e obedecendo o comando do art. 31, § 2º da CF/88 que determina que os Prefeitos prestem conta anualmente à Câmara Municipal com parecer prévio do Tribunal de Contas do Estado.

Ultrapassado o desenvolvimento do aspecto do Repasse de Verba em si. Passa-se à análise do Tipo Penal.

O Desvio de Verba Pública por Prefeito é crime tipificado pelo Decreto-Lei 201/67 em seu art. 1º, I e III. Antes de discorrer estritamente sobre os tipos penais há que se fazer algumas observações.

A primeira está adstrita ao fato de o tipo pena ter sido instituído por um Decreto-Lei e não por uma Lei em sentido estrito. Esta questão é por demais profunda a servir à presente discussão, porém fica como um ponto de indagação. Veja que, segundo Francisco de Assis Toledo, é necessário que o Princípio da Legalidade Penal atenda à Legalidade Estrita, o que não se serve ao presente Decreto-lei. Ainda discorre o autor que este princípio é defeso desde a Constituição Imperial de 1824.

No regime dos Decretos Lei vigorava a entrada automática em vigor definitiva com força de ato administrativo normativo do chefe do executivo se este não fosse expressamente rejeitado pela legislativo em tempo hábil.

Então, se pergunta aos pesquisadores do Direito se o presente Decreto, bem como o Código Penal, entrou em vigor por convocação legislativa atendo ao Princípio da Legalidade Estrita ou teve sua eficácia automática?

De toda forma se parte do pressuposto de Legalidade da norma em comento para abordar seu aspecto estrutural. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal esclareceu uma questão terminológica adotada pelo Legislador Infraconstitucional. O presente Decreto Lei dispõe como sendo Crimes de Responsabilidade de Prefeito aquelas condutas inseridas no artigo 1º, bem como aquelas inseridas no art. 4º.

Ocorre que o Supremo aplicando o Princípio da Simetria Constitucional em relação aos seus artigos 85 e 86, os quais remetem uma análise à Lei 1079/50. Estes dispositivos tipificam os Crimes de Responsabilidade do Presidentes, dos Ministros de Estado, dos Ministros da Suprema Corte e do Procurador Geral da República, Governador e Secretários de Estado.

A questão do equívoco terminológico gira em torno da se nomear como "Crime de Responsabilidade" algumas condutas ilícito-administrativas, isto tendo em vista que o Direito Penal se serve ao Princípio da Fragmentariedade o qual reserva a este apenas

as condutas mais rechaçadas pela sociedade lhes reservando uma sanção privativa de liberdade.

As condutas dispostas na Constituição e na Lei 1079/50 são não possuem caráter penal, porém são intituladas pelo constituinte como Crimes de Responsabilidade. Assim, ao interpretar o Decreto-Lei 201/67 aplicou o Princípio da Simetria Constitucional e classificou as condutas do diploma relativo aos Prefeitos em Crimes de Responsabilidade às aquelas descritas no art. 4º que como a sua simetria constitucional não possuem sanções de caráter penal, bem como não são julgadas pelo judiciário e sim pelo órgão legislativo.

Já as condutas descritas no art.1º as quais foram classificadas como Crimes Comuns por ter as mesmas características destes. Aqui ainda há que se esclarecer que são Comuns em relação à generalidade dos demais, e não quanto a classificação pelo agente ativo pelo qual são crimes de mão própria, ou seja, que somente podem ser praticados por agentes determinados, e, neste caso, pelos Prefeitos.

A competência para julgar o Crime de Desvio de Verba Federal por Prefeito Municipal tem seus fundamentos legais principalmente em três dispositivos que são o art. 29, X da Constituição Federal, o art. 109, IV da mesma Carta, e o art. 84 do CPP.

O art. 29, X da CF/88 e o art. 84 do CPP invocam o foro privilegiado em razão da pessoa ao cargo de Prefeito Municipal como sendo o Tribunal Colegiado de 2º Grau.

Muito se tem discutido em relação ao tema, mais especificamente em relação à Lei 10628/02 que modificou o art. 84 do CPP. Este tapume tem fundamento em que a questão havia sido sumulada pelo STF da seguinte forma:

"Súmula 394 – Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício"

Ocorre que o Supremo havia mudado seu entendimento, segundo Roberto Rosas, em sessão de julgamento em 1999, passando a entender que cessado exercício função se extinguiu a prerrogativa *ratione personae*.

O legislador que o intuito de se conservar o entendimento anterior modificou o texto legal do CPP retomando o sentido da súmula *supra*.

Muito se discute sobre ter o legislador ter agido corretamente ou não. Porém, há que se perceber, ao contrário dos que são contra a manutenção do foro privilegiado dizem, que a *mens legislatoris* foi de preservar a imparcialidade da Tutela Jurisdicional, tendo em vista que uma vez Prefeito Municipal e ao deixar este cargo não quer dizer que o agente ativo do fato tenha perdido sua eminência, pelo contrário.

No entanto, é relevante as vozes pela dificuldade na instrução pela distância do local do delito e o foro, bem como a possibilidade de se atarefar o segundo grau de jurisdição.

Parece mais acertada a corrente que defende a prevalência do foro privilegiado, que de privilegiado não tem nada, principalmente pelos últimos atentados contra juiz e promotores que vêm ocorrendo.

Ainda há uma súmula do STF no sentido de não haver a manutenção para fatos ocorridos após a cessação da função (451).

Quanto a competência *ratione materiae*, ou seja, aquela disposta no art. 109, IV da Constituição que assim dispõe:

"Art. 109, IV– Aos Juizes Federais compete processar e julgar:

(...)

IV- os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas autarquias ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da justiça militar e da justiça eleitoral"

Talvez agora se entenda a preocupação em delimitar a natureza da coisa objeto do material do delito. Como se pode observar a competência *ratione materiae* se dá pela lesão bens da União.

O STJ sumulou a questão como se vê:

"Súmula 208- Compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas junto à órgão federal.

Súmula 209- Compete à Justiça Estadual processar e julgar Prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal."

Finalmente se chega à questão central do problema. A competência é do Tribunal de Justiça do Estado ou é do Tribunal Regional Federal?

Toda a polêmica e resolução da questão vai girar em torno da natureza translativa do bem fungível.

Como já foi amplamente tratado as verbas federais oriundas de Repasse Obrigatório apesar de se haver por um momento como de propriedade da União mesmo que sob um regime de afetação, enquanto estão na conta do Tesouro Nacional, estão muito mais ligadas ao Município do que as verbas provenientes de Repasse Voluntário.

Observe que o Município já conta com esta verba, pois ao fazer projeto de Lei Orçamentária utilizará as estimativas de Receita de Repartição dos três últimos exercícios, bem como porque o Presidente da República não pode deixar de Repassar tais verbas no montante devido até o dia 20 (vinte) de cada mês sob pena de incorrer em Crime de Responsabilidade nos termos do art. 29-A, § 2º da CF/88.

Já o Repasse Voluntário tem uma natureza muito mais ligada à propriedade da União, pois à esta cada julgar as contas nos termos do art. 71, VI da CF/88. Ainda, senão fosse o preceito normativo se perceberia com facilidade a estreita ligação de interesse da União na efetivação de suas ações.

O que mais intriga é a interpretação da Súmula 209, pois em qualquer caso há incorporação da verba ao patrimônio do Município. Fica difícil de imaginar uma verba que vai para a conta única do Município, e que tem discriminação apenas contábil, não incorporar o patrimônio deste Ente. E mais difícil seria o Prefeito se apropriar desta verba antes de tal incorporação.

Assim, talvez por isso parece a doutrina ignorar tal súmula e apenas se ater à questão constitucional da Prestação de Contas ao Tribunal de Contas da União.

Neste sentido são as profecias da Juíza Federal da Seção de São Paulo do TRF 3ª, Juíza Raquel Fernandez Perrini, a qual se omite à questão da incorporação, bem como o Prof. Agapito Machado que também é da Judicatura Federal da Seção de Fortaleza do TRF 5ª.

Interessante a Súmula 133 do extinto TFR que diz:

"Compete à Justiça Comum processar e julgar Prefeito Municipal acusado de desvio de verba recebida em razão de convênio com a União Federal".

Esta parece por completo revogada após o advento da Carta Política de 1988 como já demonstrado, ou seja, devido o seu artigo 71, VI.

O Excelentíssimo Prof. Agapito Machado arrola três decisões as quais do STF no sentido a que aqui se vem discorrendo. Para melhores informações se deve consultar sua obra.

Porém, uma das decisões merecem ter sua ementa transcrita devido sua peculiaridade, e que tem o mesmo sentido do art. 25, caput da Lei Complementar 101/01, tema supra tratado. Assim decidiu a Suprema Corte:

"Convênio – Peculato – Verba Repassada pela União

Na vigência da Carta de 1988, compete à Justiça Federal o julgamento de servidor estadual acusado de haver-se apropriado de verba repassada ao Estado pela União, mediante convênio, com o fim de ser aplicada no Sistema Único de Saúde (SUS)..."

Como conclusão tem-se a consciência que ainda há muito a se discutir sobre um tema tão polêmico e que possui tantos detalhes. Assim, pode-se ter claro que o tema não se deu por esgotado, mas apenas se abriu ou reviveu um ponto de controvérsias para os que por estes caminhos se aventuram. Principalmente, porque a mãos que vos escreve procura conhecer, reconhecer e aprender com suas limitações e erros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

-DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

-FIUZA, Cezar. Curso de Direito Civil. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

-MACHADO, Agapito. Questões Polêmicas de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

-OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Manual de Direito Financeiro. 5ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

-PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

-PERRINI, Raquel Fernandez. Competência da Justiça Federal Comum. São Paulo: Saraiva, 2001.

-ROSAS, Roberto. Direito Sumular. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

-TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos do Direito Penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

* Advogado Militante em Belo Horizonte/MG e Especialista em Controle Externo

Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4748> > Acesso em: 10 Out. 2008.