PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
Consultoria Geral da República

Parecer nº FC-17, de 29 de janeiro de 1990

"Aprovo. Em 29.1.90." (Processos nºs 00600.004317/87-90, 00600.000567/87, 00830.001363/89 e 00930.000884/89 encaminhados ao Ministro de Estado Chefe do Gabinete Civil da Presidência da República.)

Processos números 00600.004.317/87-90, 00600.000.567/87, 00830.001.363/89 e ... 930.000.884/89.

Origem: Secretaria de Planejamento e Coordenação da Presidência da República.

Ementa: É nula a sentença que não contém Relatório, omite as razões de defesa e se baseia em meras presunções. Não se pode condenar alguém sem prova idônea, sem respeito ao devido processo legal e à margem do princípio constitucional de que ninguém será julgado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (Constituição Federal, art. 5º, LVII). Processo administrativo que se anula por esses defeitos fundamentais.

## PARECER Nº FC-17

O Ex.mo Sr. Ministro Chefe da Secretaria de Planejamento submete a esta Consultoria Geral da República a seguinte solicitação, *in verbis*, cujo seguimento foi deferido pelo Ex.mo Sr. Presidente da República:

"(...) dada a urgência e complexidade da matéria, poderia a douta Consultoria Geral da República ser solicitada a assisti-lo para fixar a melhor interpretação legal e uniformizar a jurisprudência administrativa, visando ao controle interno da legalidade dos atos da Administração Federal, à vista da presente nota e/ou eventual pedido de reconsideração do planejamento, ou mesmo, revisão do Parecer Administrativo (cf. Decreto nº 92.889/86, arts. 5º, I e II, 20 e 21, § 3º, c/c Decreto nº 93.237/86, art. 4º, I, II e III)."

2. A nota refere-se aos inquéritos administrativos n.os 00600.004.317/87-90, relativo a Tânia Regina Paiva Albuquerque de Barros; 00600.000.567/89-77, relativo a Aluízio Alves Filho e Hermann Bento Ledebour; 00830.001363/89, quanto ao último citado, e 930.000.884/89, quanto a Vânia Maria Brito Ribeiro Dantas.

Em todos os processos vem como referido o Ex.mo Sr. Ministro da extinta Sedap, Dr. Aluízio Alves, sendo os indiciados servidores lotados no seu gabinete.

3. Faz-se acompanhar a nota do Ex.mo Sr. Ministro do Planejamento da sua sentença administrativa, que denominou de *julgamento*, desdobrada em duas páginas e meia.

A peça decisória se decompõe em 10 itens, dos quais o primeiro desdobrado em quatro capítulos, em algarismos romanos, um para cada acusado, e os demais (de 2 a 10) que seriam propriamente a parte decisória.

### *Preliminares*

Em face da solicitação do Ex.mo Sr. Ministro do Plalnejamento, esta Consultoria, tendo examinado as peças que lhes foram remetidas, sente-se no dever de suscitar questões preliminares, válidas para qualquer processo administrativo.

### *O princípio hierárquico*

É a regra pela qual o superior hierárquico não pode ser julgado ou processado por quem lhe é inferior na escala funcional. Trata-se de um princípio da organização civil, militar ou judiciária.

No direito processual penal chama-se de *prerrogativa de função*. Daí decorreu a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "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".

Pelo ato Institucional nº 5 chegou a ser revogada essa norma tradicional do nosso direito. Revogado, restabeleceu-se.

Magalhães Noronha lembra que "fala-se em competência em razão de pessoa, porém o Código deixa bem claro que a competência é ditada pela função que a pessoa exerce. Tem-se em vista a dignidade do cargo e não do indivíduo".

Além disso, ensina:

"A competência por prerrogativa de função abrange também as pessoas que não gozam de foro especial, sempre que houver coautoria, tal o caso de alguém sujeito à Justiça comum, mas que cooperar em crimes de pessoa que deve responder perante aquele." *(Curso de Direito Processual Penal*, 19ª ed., Saraiva, 1989, p. 52-53).

Hely Lopes Meirelles, comentando o tradicional princípio, doutrina que não se pode compreender as atividades do Executivo sem a existência de hierarquia entre os órgãos e agentes que as exercem, o que levou Duguit a advertir que "o princípio do poder hierárquico domina todo o direito administrativo e deveria ser aplicado, ainda mesmo que nenhum texto legal o consagrasse". *(Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª ed., Revista dos Tribunais, 1969, p. 100).

O princípio da hierarquia está em todos os textos legais brasileiros pertinentes, desde a Constituição Federal (competência) até a Lei

da Reforma Administrativa, onde ela se dissimula sob o rótulo da *delegação de competência*, o que, logicamente, parte do pressuposto da existência de escalas do poder.

O mesmo ocorre quando se trata da *supervisão ministerial*, etc.

Neste processo, no qual se pretendeu envolver um Ex-Ministro, esse princípio não foi considerado, acarretando a sua nulidade.

*A violação do contraditório e do princípio de ampla defesa*

No documento chamado de Instrução (fls. 527 segs.) encontra-se essa preciosidade, logo na abertura do relato:

"A Comissão de inquérito designada pela Portaria nº 522, de 26.7.89, do Ex.mo Sr. Ministro de Estado do Planejamento, para dar prosseguimento aos trabalhos iniciados por outra, designada pela Portaria nº 450, de 14.9.89, destinada a apurar os fatos constantes dos processos nºs 00600.004317/87-90, 00600.000.567/87-77, 830.0136.363/89, .... 930.000.884/49, *tendo ultimado a colheita de provas com a audiência de 41 servidores*, solicitação de inúmeras informações, realização de algumas diligências e a juntada dos respectivos nos autos, vem para o fim previsto no art. 222 do Estatuto dos Funcionários, instruir o Processo." (pág. 527).

Terminado o relato do caso, a Comissão confessa implicitamente a ilegalidade:

"Tendo sido, assim, colhidos os dados suficientes para que a Comissão firmasse juízo completo sobre os fatos em apuração, *achase os autos em condições de obter vista da indiciada* (...)" (p. 533).

Quer isto dizer que o inquérito foi secreto para a parte acusada, restrita a ficar aguardando a *verdade* apurada pelos seus acusadores.

Esse procedimento inacreditável se repetiu em todos os demais processos, com confissões da violência repetidas quase *ipsis verbis*.

De fato, no processo 00600.000.567/89-77, a Comissão declara:

"Colhidos os dados suficientes para que a Comissão formasse juízo completo em condições de obter vista dos indiciados, Hermann Bento Ledebour e Aluízio Alves Filho (...)" (p. 539).

Sem tirar, nem pôr uma palavra, a declaração se repete nos demais feitos administrativos.

Por esse entendimento, os autos acusam a repulsa à participação dos acusados na fase da instrução.

Apegou-se a Comissão à já superada e hoje inconstitucional regra do art. 222 do Estatuto dos Servidores Públicos, segundo a qual a vista dos autos é somente após ultimada a instrução.

Elaborado esse artigo ao tempo da vigência da Constituição de 1946, o entendimento então vigente era de que só a instrução criminal seria contraditória (art. 141, § 25).

Hoje, porém, com o avanço dos direitos civis, o contraditório é obrigatório e envolve o devido processo legal, mesmo na esfera administrativa.

Registra José Afonso da Silva:

"Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inciso IV do mesmo artigo (5º): *aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*"

Citando Lieberman, o grande constitucionalista qualifica o direito contraditório na categoria dos *direitos cívicos*, os básicos do cidadão. (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, Revista dos Tribunais, 1989, p. 372).

Até a grande empresa de consultoria Price & Waterhouse se dispôs a contratar especialistas para comentar a nova Constituição brasileira, oferecendo ao público brasileiro e internacional uma interessante análise, com a vantagem de fazê-lo comparativamente a outras.

São suas palavras, ao comentar a regra da ampla defesa:

"(...) O princípio do contraditório serve como meio eficaz para evitar decisões parciais e arbitrárias, objetivando colocar em condições iguais as partes situadas em ambos os pólos, de maneira a inexistir favoritismo.

Também a ampla defesa é fundamental para o alcance da Justiça. É um direito subjetivo constitucional que, se não observado, acarreta a nulidade do processo.

A norma hoje em vigor garante a observância de ambos os princípios, tanto no que tange aos procedimentos judiciais como nos administrativos, diversamente do que dispunha a Constituição de 1967, que garantia o contraditório de forma expressa, apenas para a instrução criminal." (*A Constituição do Brasil, 1988*, completa e comentada, 1989, p. 183).

Por ignorar mesmo as regras básicas do Direito Constitucional, o processo derivou para a nulidade absoluta que o caracteriza.

*Estrito cumprimento do dever legal*

O ilustre ex-Ministro Aluízio Alves, no episódio da emissão de passagens aéreas através de seu gabinete e na contratação da publicidade, fez questão de assumir a plena responsabilidade pelos atos praticados, declarando haverem sido de ordem sua. Isso está dito e redito nas defesas.

No entanto, a peça de julgamento omite esse dado relevante do processo como se não tivesse ocorrido, dirigindo o processo contra os subordinados do gabinete, os inferiores hierárquicos.

Em sua importante monografia *Estrito cumprimento do dever legal — exercício regular do direito*, o ilustre criminalista Marcello Jardim Linhares desenvolve o tema ex cludente com brilhantismo, projetando com os seus exemplos as singularidades deste processo.

Vale a pena sintetizar a lição:

"Tanto o exercício regular de direito quanto o estrito cumprimento do dever legal são causas objetivas de exclusão da criminalidade, sob o motivo comum de que o ordenamento jurídico não pode permitir e vedar concomitantemente, uma determinada ação, sem contradizer de sua mesma unidade." (In: *Forense*, 1983, pág. 4).

De fato, a lei não pode impor a obediência hierárquica, que integra o direito administrativo, e ao mesmo atribuir aos servidores que cumpriram ordens com toda a aparência de legalidade a menor responsabilidade civil ou criminal.

Por outro lado, o ilustre ex-ministro sustenta haver praticado os atos inquinados no campo da sua competência constitucional e funcional.

Tais questões, porém, são desprezadas no processo e agravam a sua nulidade.

*O crime impossível*

Onde, porém, o processo atinge a sua culminância é ao atribuir crime e delito funcional a emissão de bilhetes de passagens aéreas da empresa Passaporte Viagens e Turismo Ltda., apontada como credora da quantia de NCz$ 25.648,09.

Ocorre que tais passagens foram pagas do próprio bolso do ex-ministro Aluízio Alves e desse pagamento, com quitação integral, consta o competente recibo acostado ao processo.

Só a falta do contraditório levaria os responsáveis pelo processo a erro tão clamoroso.

Logo, se as passagens foram pagas privadamente, sem os recursos do Erário; se a ata de julgamento reconhece que esse desembolso não ocorreu por parte da Seplan — tanto assim que o ilustre julgador queria ignorá-lo e mandar proceder a dito pagamento em duplicata, se crime existisse ou viesse a ocorrer, sê-lo-ia a partir do pagamento em dobro, mas crime do processante e não do processado.

Esvazia-se, pois, o tema para o campo vago e ilimitado das considerações subjetivas, confrontada, porém, a vontade de punir com o crime inexistente, ou, no máximo com o crime impossível.

De fato, se não houver lesão ao Erário, se as passagens foram pagas privadamente; se o pagamento em dobro não ocorreu; se a credora das passagens deu quitação pelo pagamento efetuado, por particular, o processo está em busca de um crime impossível (Código Penal, art. 17).

Damásio de Jesus diz que "há impropriedade absoluta do objeto material quando

inexiste o objeto material sobre o qual deveria recair a conduta, ou quando, pela sua situação ou condição, torna impossível a produção do resultado visado pelo agente." (*Código penal anotado*, V ed., Saraiva, 1989, p. 46).

Os bilhetes que teriam sido emitidos pelo Poder Público e sobre os quais correu o processo não existem.

Assim, o processo é nulo e persegue objetivo impossível.

*Falta de estrutura lógica da sentença*

Além dessas preliminares citadas anteriormente, apontadas a pedido do eminente Ministro do Planejamento, há a reparar outras e que incidem diretamente sobre a peça de *julgamento*.

Com efeito, S. Exª omitiu o Relatório, silenciou sobre as alegações da defesa e partiu para as suas conclusões, tendo por suporte apenas os Relatórios das Comissões de Inquérito que lhes foram oferecidos (*Constituição*, art. 5º, LIII).

*Mérito*

Apenas algumas palavras sobre o mérito. As preliminares intransponíveis anulam os processos reunidos.

a) Tânia Regina Paiva Albuquerque de Barros (processo nº 00600.004.317/87-90) é declarada "isenta de culpa" (item 2, alínea *a* da sentença).

Se é isenta de culpa, não há o que punir, como é óbvo. Não faz sentido, em tal contingência, ordenar medidas repressivas paralelas, como o envio de cópias do processo ao Tribunal Regional Eleitoral e à Procuradoria Geral da República.

Para quê? Para punir absolvição?

Como dizem os franceses é um *non sense*.

b) Aluízio Alves Filho e Herman Bento Ledebour (processo nº 00600.000.567/77-89).

A sentença assim os julga:

"Após examinar, cuidadosamente, as alegações da defesa, constato que os indiciados não conseguiram elidir as acusações que lhes foram imputadas e nem fundamentaram adequadamente as preliminares argüidas."

Ora, esse processo — por sinal o mais volumoso — é relativo às passagens emitidas pela Passaporte Viagens Turismo Ltda., no valor de NCz 25.648,09.

Está provado, e sobre isso já se falou antes, que essas passagens foram pagas pelo ex-Ministro Aluízio Alves.

Não há crime a punir. Do ato de liberalidade do ex-ministro só quem poderia reclamar, se fosse o caso, seria a sua família, e nunca a Fazenda Pública, que não dispendeu um só centavo.

Desse equívoco fundamental decorreu a nulidade do processo e o descabimento das alegadas faltas graves, que a sentença admite.

c) Hermann Bento Ledebour (processo nº 00830.0001.363/89).

A sentença sintetiza o processo nestas palavras:

"Segundo o Relatório da Comissão de Inquérito (itens 45 a 47) o indiciado, na defesa, provou estar isento de responsabilidade que lhe havia sido atribuída (...)

Aprovo, pois, a conclusão (itens 47 a 67 III) de não caber acusá-lo de falta funcional."

O envio do processo ao Tribunal de Contas não tem qualquer razão jurídica, portanto.

d) Vânia Maria Brito Ribeiro Dantas (processo nº 930.000.884/89).

Diz a sentença que a acusada "não logrou demonstrar a sua falta de responsabilidade (...)".

É "à Justiça que incumbe provar a falta e não o contrário. Ninguém tem de provar a sua inocência, pois esta se presume."

A douta sentença, mais uma vez, inova perigosamente e se distancia dos cânones constitucionais da tutela dos direitos civis.

O inciso LVII do art. 5º da Carta Magna declara que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória."

Por que Vânia haveria de ser incomodada a provar a sua inocência, na falta de uma acusação consistente? A inocência é a pre-

sunção legal, a culpa deve ser encargo do acusador: o Estado, na hipótese.

*Considerações finais*

Eis a que se resumem esses processos. Não suportam as preliminares; não representam o bom estudo e a sentença peca por esses defeitos fundamentais.

Devem, pois, os processos ser anulados e os acusados, pela ausência de culpa, desde logo absolvidos, cancelando-se as penas, as propostas de demissão e as demais medidas repressivas.

É o meu Parecer, salvo melhor juízo.

Brasília, 29 de janeiro de 1990.

*Clóvis Ferro Costa,* Consultor-Geral da República.