

031

ORÇAMENTO EM DISCUSSÃO

ISSN 2525-4898

**Operação de crédito ou não?
Uma análise crítica sobre o entendimento do
Ministério Público Federal no caso das
“pedaladas fiscais” no Plano Safra.**

Diego Prandino Alves

Consultoria de Orçamentos,
Fiscalização e Controle

SENADO
FEDERAL



SENADO FEDERAL
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF
Conselho Editorial

Diretor do Conselho Editorial

Luiz Fernando de Mello Perezino

Coordenadores

João Henrique Pederiva

Rita de Cássia Leal Fonseca dos Santos

Maria Liz de Medeiros Roarelli

Membros do Conselho

Diego Prandino Alves

Flávio Diogo Luz

Lívio Botelho Dantas

Marcel Pereira

Rafael Inacio de Fraia e Souza

Renan Bezerra Milfont

Rudinei Baumbach

Endereço

Senado Federal, Ala Filinto Müller, Gabinete 9 – Brasília, DF, Brasil–CEP 70.165-900

Telefone: +55 (61) 3303-3318

Página da internet

<http://www12.senado.gov.br/senado/institucional/orgaosenado?codorgao=1340>

Email: conselho.editorial@senado.leg.br

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados os autores e a Consultoria de Orçamentos do Senado Federal. São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito do Senado Federal. Este trabalho é de inteira responsabilidade de seus Autores, não representando necessariamente a opinião do Senado Federal ou de suas Comissões.

Operação de crédito ou não?
Uma análise crítica sobre o entendimento do Ministério
Público Federal no caso das “pedaladas fiscais” no Plano
Safra.*

Diego Prandino Alves[#]

2016

* O presente texto é baseado na Nota Técnica nº 220/2016, de 28/07/2016, elaborada sob solicitação da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal.

Consultor Legislativo do Senado Federal – Assessoramento em Orçamentos

RESUMO

Em 14/07/2016, a Procuradoria da República no Distrito Federal (MPF/DF), por meio de Despacho, requereu o arquivamento do Procedimento Investigatório Criminal (PIC) nº 1.16.000.001686/2015-25, que tem por objeto, entre outros, apurar eventual prática do crime tipificado no artigo 359-A do Código Penal, em decorrência das chamadas “pedaladas fiscais”, um dos pilares de sustentação do processo de impedimento da Presidente da República que tramitou no Senado Federal. O entendimento ministerial baseou-se na não ocorrência de operação de crédito e na ausência de dolo nas condutas perpetradas. Diante disso, o presente texto é dedicado a analisar criticamente as razões esposadas pelo MPF/DF para embasar o arquivamento do PIC, à luz do arcabouço legal, doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria. Sem adentrar no aspecto da autoria, o estudo conclui que houve dolo na conduta e que as operações entre União e Banco do Brasil constituem operação de crédito, havendo, inclusive, um Contrato de Reconhecimento de Dívida firmado entre a União e o Banco do Brasil, datado de 30/12/2015, que ensejou a emissão de títulos públicos diretamente à instituição financeira, práticas expressamente vedadas pelo art. 29, inciso III (emissão de título) e § 1º (reconhecimento de dívidas), c/c o art. 36, ambos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Palavras-chave: *impeachment*; operação de crédito; Lei de Responsabilidade Fiscal; Ministério Público Federal.

Sumário

1. Das considerações iniciais.....	6
2. Das pedaladas fiscais	7
3. Das razões expostas pelo MPF/DF para o arquivamento do PIC.....	9
4. Da análise crítica dos argumentos do MPF/DF.....	10
4.1. Da existência de operação de crédito	10
4.1.1. Da ocorrência da conduta descrita no art. 29, inciso III, da LRF.....	12
4.1.2. Da ocorrência da conduta descrita no art. 29, § 1º, da LRF	17
4.1.2.1. Da assunção de dívida	17
4.1.2.2. Do reconhecimento de dívida entre a União e o BB por instrumento contratual	21
4.2. Do dolo.....	25
4.3. Do elemento normativo do art. 359-A do CP.....	27
5. Das conclusões	29

Operação de crédito ou não?

Uma análise crítica sobre o entendimento do Ministério Público Federal no caso das “pedaladas fiscais” no Plano Safra.

Diego Prandino Alves

1. Das considerações iniciais

Em 14/07/2016, a Procuradoria da República no Distrito Federal (MPF/DF), por meio de Despacho¹ proferido pelo Procurador da República Sr. Ivan Cláudio Marx, requereu o arquivamento do Procedimento Investigatório Criminal (PIC) nº 1.16.000.001686/2015-25, que tem por objeto, entre outros, apurar eventual prática do crime tipificado no artigo 359-A do Código Penal (CP), em decorrência das chamadas “pedaladas fiscais”².

O pedido arquivamento, contudo, não é definitivo, a teor do que dispõe o art. 28 do Código de Processo Penal (CPP)³. O próprio site do MPF/DF confirma essa informação:

Arquivamento efetivo- O pedido de arquivamento será analisado pela 10ª ou 12ª Vara da Justiça Federal em Brasília. A distribuição para uma dessas duas é feita de forma automática, pelo sistema da JF. No caso de o juiz responsável pela avaliação do documento concordar com os argumentos apresentados pelo MPF, o arquivamento é efetuado. Se isso não ocorrer, o juiz encaminha a solicitação para a que a Procuradoria Geral da República decida sobre o arquivamento. Na PGR, o caso deve ser analisado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, que é dedicada ao tema de combate à corrupção. A Câmara pode concordar com o arquivamento, que então será definitivo, ou determinar que a investigação prossiga.⁴

No presente caso, o pedido de arquivamento foi distribuído à 12ª Vara Federal de Brasília, tramitando sob o número de processo 0041553-85.2016.4.01.3400. Na data da publicação deste estudo, o pedido de arquivamento ainda estava pendente de sentença.

¹ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/arquivamento-pedaladas-pic>>. Acesso em: 28/07/2016.

² No Despacho não consta o rol de investigados. Contudo, pode-se inferir que a Presidente da República não é uma das investigadas no PIC ora em análise, dado o conteúdo da Nota de Esclarecimento emitida pelo MPF/DF em 26/08/2016, cujo teor se transcreve, em parte: “Em momento algum, o procurador da República Ivan Cláudio Marx, autor do pedido, investigou atos da presidente afastada Dilma Rousseff. Em razão da atribuição, Marx investigou apenas os atos dos então ministros, servidores e diretores de bancos públicos. Dessa forma, ao concluir pela existência de improbidade administrativa e inexistência de crime, o procurador faz referência, apenas, aos atos praticados por esses últimos (ministros, servidores e diretores de bancos públicos)”. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/nota-de-esclarecimento-pedaladas-fiscais-1>>. Acesso em: 08/09/2016.

³ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

⁴ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-df-arquiva-investigacao-criminal-que-apurava-pedalada-fiscal>>. Acesso em: 28/07/2016.

A conclusão pelo arquivamento, delineada pelo MPF/DF em seu Despacho, teve ampla repercussão, mormente porque a prática das “pedaladas” – ao lado da edição de decretos que abriram crédito suplementar à revelia de autorização legislativa – constituiu um dos pilares de sustentação da Denúncia por Crime de Responsabilidade em desfavor da Presidente da República Sra. Dilma Vana Rousseff, processo que culminou em seu *impeachment*.

Diane disso, por solicitação da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal, foi elaborada a Nota Técnica nº 220/2016, de 28/07/2016, que teve por escopo fazer uma análise crítica das razões esposadas pelo MPF/DF para embasar o arquivamento do PIC, à luz do arcabouço legal, doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria. O presente texto é baseado, em larga medida, na referida Nota Técnica.

2. Das pedaladas fiscais

De início, é importante contextualizar as “pedaladas fiscais” e sua relação com o PIC instaurado no âmbito do Ministério Público.

As “pedaladas” consistem em atrasos deliberados de pagamento de compromissos financeiros assumidos pela União e têm como finalidade precípua, no entender do MPF/DF, a postergação da realização de despesas primárias e a consequente superavaliação do resultado primário apurado.

Embora a maioria desses atrasos tenha ocorrido em pagamentos devidos a instituições financeiras controladas pela própria União, houve, também, o registro de atrasos em repasses, devidos pela União a entes subnacionais, referentes aos royalties do petróleo e à compensação financeira pelo uso de recursos hídricos (Lei nº 7.990/1989⁵), bem como à cota-parte do salário educação (art. art. 212, §§ 5º e 6º, da Constituição Federal – CF/88).

Conforme apontado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no Acórdão nº 825/2015 – Plenário, os atrasos das parcelas devidas às instituições financeiras federais controladas e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) consubstanciaram-se em:

- a) utilização de recursos próprios da Caixa Econômica Federal (CEF) para a realização de pagamento de dispêndios de responsabilidade da União no âmbito do Programa Bolsa Família, do Seguro-Desemprego e do Abono Salarial;

⁵ A Lei nº 7.990/1989 institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continentais, mar territorial ou zona econômica exclusiva, e dá outras providências. (Art. 21, XIX da CF).

- b) adiantamentos concedidos pelo FGTS ao Ministério das Cidades, ao amparo do que dispõe o art. 82-A⁶ da Lei nº 11.977/2009;
- c) edição, pelo Ministério da Fazenda, das Portarias nºs 122/2012, 357/2012 e 29/2014, impondo a assunção de compromisso financeiro perante o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) no âmbito do Plano de Sustentação do Investimento (PSI); e
- d) registro, nas demonstrações financeiras do Banco do Brasil (BB), de valores devidos pelo Tesouro Nacional à instituição em decorrência da operacionalização do Plano Safra.

Na Nota à Imprensa datada de 05/02/2016⁷, o Ministério da Fazenda informou que, ao longo de 2015, pagou R\$ 72,4 bilhões aos bancos públicos e ao FGTS. O montante dos passivos mencionados no Acórdão TCU nº 825/2015 – Plenário totalizou R\$ 55,6 bilhões (referentes a exercícios anteriores a 2015), enquanto o restante (R\$ 16,8 bilhões) referiu-se a despesas do próprio exercício de 2015.

No já mencionado Acórdão TCU nº 825/2015 – Plenário, a Corte de Contas consignou que tais atrasos consubstanciariam realização de operação de crédito com inobservância de condição estabelecida em lei, conduta tipificada no art. 359-A do CP. Em razão disso, a Corte cientificou o Ministério Público Federal para que, relativamente aos atrasos de pagamento supramencionados, adotasse as medidas que julgasse oportunas e convenientes.

Após análise, o MPF/DF decidiu, quanto às condutas supostamente enquadráveis no art. 359-A do CP, requerer o arquivamento do PIC, sob os seguintes argumentos:

- i) atipicidade em razão da ausência do elemento típico “operação de crédito”, no caso dos atrasos por parte da União nos repasses de valores devidos ao BNDES (decorrentes da devida equalização da taxa de juros no âmbito do PSI), ao Banco do Brasil (decorrentes da devida equalização da taxa de juros no âmbito do Plano Safra) e aos estados da federação e ao Distrito Federal (nos repasses dos “royalties pela exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de recursos minerais” e do valor do “salário educação”);

⁶ Art. 82-A. Enquanto não efetivado o aporte de recursos necessários às subvenções econômicas de que tratam os incisos I e II do art. 2º e o art. 11 desta Lei, observado o disposto na lei orçamentária anual, o agente operador do FGTS, do FAR e do FDS, que tenha utilizado as disponibilidades dos referidos fundos em contratações no âmbito do PMCMV, terá direito ao ressarcimento das quantias desembolsadas, devidamente atualizadas pela taxa Selic.

⁷ Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2016/fevereiro/nota-a-imprensa-sobre-o-pagamento-dos-passivos-do-acordao-tcu-no-825-2015>>. Acesso em: 28/07/2016.

- ii) atipicidade em razão da ausência do elemento típico “sem prévia autorização legislativa”, no caso dos atrasos por parte da União nos repasses de valores devidos ao FGTS decorrentes de valores arcados por esse no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida;
- iii) atipicidade em razão da ausência de dolo, no caso dos atrasos por parte da União nos repasses de valores devidos à CEF decorrentes de valores arcados por essa no âmbito do Programa Bolsa Família, do Seguro-Desemprego, do Abono Salarial e das taxas decorrentes dessas operações.

Neste ponto, deve-se ressaltar que, embora o Despacho proferido pelo Procurador da República tenha analisado a possível ocorrência de operação de crédito em decorrência de atrasos de pagamentos devidos à CEF, ao BNDES e ao BB, para fins do presente estudo, a análise será detida, somente, às operações entre a União e o BB no âmbito do Plano Safra.

3. Das razões expostas pelo MPF/DF para o arquivamento do PIC

Nos termos do Despacho exarado pelo Procurador da República encarregado da análise do PIC nº 1.16.000.001686/2015-25, os atrasos de pagamento verificados no âmbito do Plano Safra não constituiriam crime. Tal conclusão deveu-se, fundamentalmente, à percepção de que tais atrasos não são “operação de crédito”, não havendo, portanto, adequação típica da conduta ao art. 359-A do CP. A seguir, transcreve-se parte da exposição constante do Despacho do MPF/DF às fls. 23/24:

Nos casos da equalização de taxas devidas pela União ao BNDES no PSI e ao Banco do Brasil no Plano Safra, não há que se falar em operação de crédito já que o Tesouro deve aos bancos a diferença da taxa e não ao mutuário. Não há abertura de crédito, mútuo ou qualquer dos outros itens referidos no artigo 29 da LRF. Os bancos não emprestam nem adiantam qualquer valor à União, mas sim a terceiros dos quais esta sequer é garantidora (**apenas custeia parte dos juros**). [grifo adicionado]

Adicionalmente, no caso do Plano Safra, o MPF/DF, ainda que de forma tímida, reputou não haver dolo na conduta, destacando tal entendimento em nota de rodapé⁸, à fl. 23 do Despacho. Esse argumento, contudo, sequer constou das razões finais para arquivamento, que, no caso do Plano Safra, ficou adstrita à “atipicidade em razão da ausência do elemento típico operação de crédito” (vide fls. 34/35 do Despacho).

⁸ Nos termos da nota de rodapé mencionada: “²⁶ Com relação à expressão 'ou outras operações assemelhadas', constante do referido artigo 29 da LRF, consideramos incabível sua utilização para fins penais. **De qualquer forma, conforme a explicação acima exposta sobre o intuito das denominadas 'pedaladas fiscais', resta claro inexistir o dolo de realizar operação de crédito ou mesmo de se financiar por meio de bancos públicos.** Para este último objetivo existiriam outros meios mais eficazes. A única intenção era a de 'driblar' as estatísticas de modo a maquiar o resultado fiscal”. [grifo adicionado]

Não obstante, a fim de oferecer subsídios completos à convicção do leitor, entende-se indispensável analisar os dois argumentos que, direta ou indiretamente, motivaram a conclusão do MPF/DF pelo arquivamento, quais sejam: i) atipicidade em razão da ausência do elemento típico “operação de crédito”; e, ii) atipicidade em razão da ausência de dolo na realização de operação de crédito ou de financiamento junto a bancos públicos.

4. Da análise crítica dos argumentos do MPF/DF

4.1. Da existência de operação de crédito

Um Estado de Direito deve não apenas proteger o indivíduo mediante o Direito Penal, mas deve protegê-lo do próprio Direito Penal. O Direito Penal, assim, não se presta somente a oferecer meios e métodos adequados à prevenção e à repressão de delitos, mas, também, se encarrega de impor limites à punição estatal arbitrária, baseada em uma lei imprecisa ou retroativa⁹.

Nesse sentido, é consabido que o princípio da legalidade é um dos mais caros ao Direito Penal, estando consignado no art. 1º do CP e no inciso XXXIX do art. 5º da CF/88. Assim, conforme ensina Nucci, “crime é a conduta descrita em tipo penal incriminador; ausente a descrição, inexistente o delito”¹⁰.

Do princípio da legalidade acima referido emanam outros dois: o da anterioridade e o da taxatividade, este último o mais relevante para a exposição ora construída.

Pelo princípio da taxatividade, veda-se a incriminação baseada em norma vaga ou imprecisa (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Trata-se de um princípio voltado, mormente, para o legislador, que deve ser suficientemente claro na definição do tipo penal e no estabelecimento da respectiva sanção. Assim, visa-se a proibir a utilização de casuísmos, cláusulas gerais ou termos incertos, indeterminados, vagos. Por *lex certa*, portanto, deve-se entender a disposição legal suficientemente determinada e clara para uma mais perfeita descrição do fato típico¹¹.

No mesmo sentido discorre Sznick, ao afirmar que:

A taxatividade significa determinar o fato punível de tal modo que, mesmo traduzido em uma figura abstrata, seja idônea no sentido de estabelecer os critérios gerais do

⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Thomson Civitas, 1997, p. 137.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 91.

¹¹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 82-3.

preceito, permitindo se possa chegar sem dificuldade aos contornos da conduta proibida.¹²

A taxatividade, contudo, não invalida a existência dos tipos penais abertos ou em branco. Os tipos abertos – em contraposição aos tipos fechados, que são aqueles que contêm apenas elementos descritivos, verificáveis objetiva e sensorialmente – são aqueles que, para sua incidência, requerem, por parte do magistrado, um juízo valorativo de ordem jurídica, ética ou cultural, ou mesmo uma avaliação quanto à vontade específica do agente. Os tipos em branco, por sua vez, são aqueles que dependem de outra norma para a sua correta e completa caracterização.

Nesse sentido, o art. 359-A do CP é uma típica norma penal em branco¹³, pois “para se ter exata noção de seu conteúdo é preciso conhecer quais são os limites, as condições e os montantes fixados em lei ou em resolução do Senado”¹⁴, o que não se encontra delimitado no corpo do tipo penal:

Art. 359-A. Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa:
 Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.
 Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:
 I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal;
 II – quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

Por esse motivo, para a correta análise do tipo, é imprescindível a definição do que é, no âmbito das finanças públicas, uma **operação de crédito**. Não por acaso, ao proferir o Despacho ora em análise, o Procurador, à fl. 23, buscou o conceito de operação de crédito no art. 29, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que assim consigna:

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:
 [...]
 III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros; [grifo adicionado]

Em sua exposição, o Procurador ponderou que o conceito legal de operação de crédito não poderia ser alargado, em respeito ao princípio da legalidade estrita. Por esse motivo, rechaçou a consideração da expressão “e outras operações assemelhadas” para fins penais.

Embasando esse raciocínio, a exposição contida no Despacho prossegue, alicerçada no seguinte (fls. 23/24):

¹² SZNICK, Valdir. *Direito penal na nova constituição*. São Paulo: Ícone, 1993, p. 27.

¹³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1484.

Nos casos da equalização de taxas devidas pela União ao BNDES no PSI e ao Banco do Brasil no Plano Safra, não há que se falar em operação de crédito já que o Tesouro deve aos bancos a diferença da taxa e não ao mutuário. Não há abertura de crédito, mútuo ou qualquer dos outros itens referidos no artigo 29 da LRF. Os bancos não emprestam nem adiantam qualquer valor à União, mas sim a terceiros dos quais esta sequer é garantidora (apenas custeia parte dos juros).

[...]

O Plano Safra, de acordo com a Lei 8.427/92, oferece subvenções com o objetivo de garantir competitividade à agricultura brasileira. Da mesma forma que no PSI, à União cabe apenas a equalização da subvenção, por meio do pagamento ao Banco do Brasil da diferença entre as taxas de juros inferiores concedidas aos agricultores e as taxas superiores praticadas pelo mercado.

Em ambos casos, há um simples inadimplemento contratual quando o pagamento não ocorre na data devida, não se tratando de operação de crédito. Entender de modo diverso transformaria qualquer relação obrigacional da União em operação de crédito, dependente de autorização legal, de modo que o sistema resultaria engessado. E essa obviamente não era a intenção da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em respeito à tipicidade fechada do Direito Penal, não se pode estender o conceito de 'operação de crédito'. Essa situação não resulta alterável, em que pese a gravidade dos fatos.

Do raciocínio supratranscrito, extraem-se os seguintes argumentos nucleares que sustentam o pedido de arquivamento: *i*) não há operação de crédito, mútuo, ou qualquer outra operação descrita no art. 29 da LRF, pois a União deve a diferença de taxa ao BB, e não ao mutuário (o efetivo tomador do crédito rural); *ii*) o BB não empresta ou adianta qualquer valor à União; *iii*) há um simples inadimplemento contratual quando o pagamento não ocorre na data devida, não se tratando de operação de crédito; *iv*) não se pode estender o conceito de “operação de crédito”, em respeito à tipicidade fechada. Por fim, como já apontado, utilizou-se, ainda, o argumento acessório de não ter havido dolo na conduta.

A seguir, serão apresentadas análises críticas a essas ponderações ministeriais.

4.1.1. Da ocorrência da conduta descrita no art. 29, inciso III, da LRF

O preceito em epígrafe dispõe o seguinte:

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

[...]

III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e **outras operações assemelhadas**, inclusive com o uso de derivativos financeiros; [grifo adicionado]

Em seu arrazoado, o MPF/DF conclui que, “[n]os casos da equalização de taxas devidas pela União ao BNDES no PSI e ao Banco do Brasil no Plano Safra, não há que se falar em operação de crédito já que o Tesouro deve aos bancos a diferença da taxa e não ao mutuário” (fl. 23).

Preliminarmente, há de ser rechaçado tal argumento. Ora, é justamente porque o Tesouro deve ao BB, e não ao mutuário, que se debateu o *impeachment* da Chefe do Poder Executivo, bem como a eventual prática de crime previsto no art. 359-A do CP. O fato de haver

compromissos financeiros assumidos (e pagos com largo atraso, com a incidência de vultosos juros, como se verá adiante) pela União perante o BB já seria elemento suficiente para caracterizar, em sua essência, a operação de crédito descrita no art. 29, inciso III, da LRF, e, pois, proibida pelo art. 36, *caput*, do mesmo normativo. Por isso, no âmbito da DEN nº 1, de 2016, concluiu-se ter havido contratação ilegal de operações de crédito, bem como omissão na amortização de operações de crédito ilegalmente contraídas, condutas descritas na Lei nº 1.079/1950, em seus arts. 10, itens 6 e 7, e 11, item 3:

Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

[...]

6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;

7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei;

[...]

Art. 11. São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos:

[...]

3 - Contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal;

A despeito disso, o Órgão Ministerial concluiu pela não ocorrência das condutas descritas no art. 29 da LRF, afastando, inclusive, qualquer hipótese de alargamento do conceito de operação de crédito, sob a alegação de que, no Direito Penal, é defeso a analogia *in malam partem*. Por isso, segundo o MPF/DF (fl. 23), seria incabível a utilização, para fins penais, da expressão “e outras operações assemelhadas” constante art. 29, inciso III, da LRF:

Inicialmente, cabe esclarecer que o conceito legal não pode ser ampliado em respeito ao princípio da legalidade estrita. Além disso, no direito penal é indene de dúvidas que **resulta vedada a analogia prejudicial ao réu (*in malam partem*)**. [grifo adicionado]

O argumento do MPF/DF, contudo, parece ignorar o que, de fato, é a analogia para fins de hermenêutica jurídica.

Segundo Bobbio, entende-se por analogia “aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso **não regulado** a mesma disciplina de um caso regulado de *maneira similar*”¹⁵. Aqui, é relevante, ainda, a distinção que o professor italiano traça entre **analogia e interpretação extensiva**: “o efeito da primeira é a criação de uma nova norma jurídica; o efeito da segunda é a extensão de uma norma a casos não previstos por ela”¹⁶.

Sobre o tema, Cezar Roberto Bittencourt pontua que a interpretação extensiva ocorre quando as “palavras do texto legal dizem menos do que sua vontade, isto é, o sentido da norma

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011, pp. 146-147.

¹⁶ *Ibidem*, p. 150.

fica aquém de sua expressão literal. Essa interpretação ocorre sempre que o intérprete amplia o conceito e o alcance da lei examinada”.¹⁷

Nesse específico, é clarificadora a manifestação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial 121.428/RJ¹⁸:

3. **Não se pode confundir analogia com interpretação analógica ou extensiva.** A analogia é técnica de integração, vale dizer, recurso de que se vale o operador do direito diante de uma lacuna no ordenamento jurídico. Já a **interpretação, seja ela extensiva ou analógica, objetiva desvendar o sentido e o alcance da norma, para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão. A norma existe, sendo o método interpretativo necessário, apenas, para precisar-lhe os contornos.** [grifo adicionado]

No caso aqui em análise, é de fácil percepção que a subsunção dos atrasos de pagamento no âmbito do Plano Safra ao disposto no inciso III do art. 29 da LRF, especialmente no que tange à expressão “e outras operações assemelhadas”, **não configura analogia, mas genuína técnica de interpretação extensiva.** Isso porque é a própria LRF que autoriza ao intérprete ampliar o entendimento do que vem a ser uma operação de crédito, **desde que a operação represente um compromisso financeiro que se amolde aos vetores de interpretação** expressos no próprio dispositivo: “mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros”.

Desse modo, não configura operação de crédito **apenas** as operações listadas no art. 29, inciso III, mas **qualquer** operação a elas semelhante que resulte em compromisso financeiro assumindo pelo órgão ou ente.

Assim, considerando que a própria LRF franqueia ao intérprete a ampliação do conceito, afasta-se, de plano, a ocorrência de analogia no caso, não havendo se falar, pois, em analogia *in malam partem*¹⁹.

Mas, tratando-se, pois, de interpretação extensiva, cabe a indagação: mesmo com o permissivo conferido pela expressão “e outras operações assemelhadas”, **seria possível, para fins penais, interpretar o inciso III do art. 29 da LRF extensivamente, a fim de alcançar condutas não expressamente nele enumeradas?**

¹⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v1, p. 196.

¹⁸ Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16/08/2004.

¹⁹ ASÚA, Luiz Jiménez. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 141.

A resposta é dada por Bittencourt, para quem “[...] **a interpretação analógica, ao contrário da analogia, pode ser, e normalmente é, aplicada às normas penais incriminadoras.**”²⁰

A técnica da interpretação extensiva é necessária para se conhecer o espectro de incidência de diversos dispositivos penais. Ela tem espaço quando a própria lei determina que se amplie seu conteúdo ou alcance, fornecendo critério específico para isso.²¹

O Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso em *Habeas Corpus* 106.481/MS, já se manifestou no sentido de admitir a interpretação extensiva em matéria penal, desde que a interpretação esteja alinhada ao espírito da lei:

2. A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na *mens legis*.²²

Nesse sentido, para que a interpretação extensiva seja aplicada, devem ser verificados dois requisitos básicos: *i*) a lei deve permitir a interpretação ampliativa – assim, tratando-se de rol taxativo, será descabida a interpretação; e, *ii*) o sentido atribuído à expressão interpretada deve estar de acordo com o espírito da lei (*mens legis*). Obedecidos esses requisitos, restarão observados os princípios da legalidade e da taxatividade.

Assim, a interpretação extensiva tem vez, por exemplo, na verificação da qualificadora prevista no inciso II do art. 121 do CP. Segundo o dispositivo, comete homicídio qualificado quem mata alguém mediante paga ou promessa de recompensa, ou por **outro motivo torpe**. Ora, o CP não se encarregou de enumerar todas as hipóteses em que se verificaria um “motivo torpe”. Como bem assinala Bittencourt:

Note-se que a lei penal vale-se, nesse caso, da interpretação analógica [ou extensiva] admitida em Direito Penal (o que é vedado é a analogia), pois estabelece dois exemplos iniciais de torpeza e, em seguida, generaliza, afirmando “ou outro motivo torpe” para deixar a cargo do intérprete a inclusão de circunstâncias não expressamente previstas, mas consideradas igualmente ignóbeis.²³

Nesse lance, pode-se lançar mão da interpretação extensiva ou analógica (que não deve ser confundida com analogia) no caso de interpretação dos seguintes dispositivos – neles há uma exemplificação, um direcionamento interpretativo, para, em seguida, se permitir a generalização: art. 121, incisos III e IV; art. 146, *caput*; art. 147, *caput*; art. 171, *caput*; art. 213, *caput*; art. 215, *caput*; art. 217-A, *caput*; art. 218-A, *caput*; art. 230, § 2º; art. 234, parágrafo

²⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v1, p. 198.

²¹ *Ibidem*, p. 199.

²² Rel. Min. Carmen Lúcia, 1ª Turma, DJE de 03/03/2011.

²³ *Idem*. *Código penal comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 708.

único, inciso II; art. 257, *caput*; art. 260, inciso IV; art. 265, *caput*; art. 284, inciso II; art. 293, inciso V; art. 296, § 1º, inciso III; entre outros.

No caso ora em análise, o art. 29, inciso III, da LRF permite, de forma expressa, caracterizar como “operação de crédito” outras operações, desde que sejam observados os vetores interpretativos enumerados no próprio dispositivo – o que nada mais é que a *mens legis*. A LRF, portanto, não deixou ao alvedrio do intérprete a definição do que é uma “operação de crédito”. É imprescindível, no processo interpretativo, que seja observada a finalidade da lei.

Especificamente no que tange ao art. 359-A do CP c/c o art. 29, inciso III, da LRF, a expressão “e outras operações assemelhadas” deve ser penalmente desvendada considerando, de forma imediata, os vetores interpretativos descritos no próprio art. 29, inciso III, e, de forma mediata, os pilares da LRF, descritos em seu art. 1º: planejamento, transparência, controle e responsabilidade. No labor interpretativo, não se pode olvidar, outrossim, os bens jurídicos tutelados pelos art. 359-A do CP: o patrimônio fiscal do Estado²⁴, a Administração Pública e as finanças públicas²⁵.

Todos esses vetores devem ser considerados ao se subsumir a conduta ao tipo penal. Nesse sentido, cabe destacar que o MPF/DF, em seu Despacho, afirmou categoricamente, por inúmeras vezes, que as “pedaladas” tinham por objetivo maquiar as contas públicas e o resultado fiscal. O Procurador consignou no Despacho, inclusive, que tais maquiagens fiscais “configuram, sem dúvida alguma, atos de improbidade administrativa”.

Quando o Procurador, à fl. 24 de seu Despacho, menciona a **intenção da LRF**²⁶, acaba por trazer o espírito da Lei para o centro do debate. Porém a exposição ministerial parece contraditória: vale-se da intenção da LRF para não “engessar o sistema”, mas a ignora para fins de preservação da higidez das finanças públicas. Assim, se a LRF não tem como fim “engessar o sistema”, tampouco visa a autorizar que, por meio de meandros interpretativos, o gestor burle seus princípios basilares – os quais, com vênias, novamente transcrevem-se: planejamento, transparência, controle e responsabilidade.

²⁴ NEVES, Eduardo Viana Portela. *Crimes contra as finanças públicas: aspectos criminológicos e políticos-criminais*. In: MARTIS, Ivens Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, pp. 408-9.

²⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade dos prefeitos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

²⁶ “Em ambos casos, há um simples inadimplemento contratual quando o pagamento não ocorre na data devida, não se tratando de operação de crédito. Entender de modo diverso transformaria qualquer relação obrigacional da União em operação de crédito, dependente de autorização legal, de modo que o sistema resultaria engessado. E essa obviamente não era a intenção da Lei de Responsabilidade Fiscal”.

Ressalta-se, nesse específico, ser descabida qualquer alusão à eventual finalidade social da conduta criminosa, pois, “ainda que se comprove que a operação destinou-se adequadamente aos fins públicos legalmente previstos, haveria adequação típica [...]”²⁷.

Ora, diante desse quadro, não se pode pretender afastar a tipicidade dos atrasos no âmbito do Plano Safra, uma vez que tal conduta claramente caracteriza operação de crédito vedada pelo art. 36 da LRF. Não se trata, no caso, de recurso à analogia, mas à legítima técnica da interpretação extensiva, que, como visto, é aplicável ao Direito Penal, à luz da doutrina e da jurisprudência pátrias.

Não obstante, ainda que pareça algum desconforto com o amoldamento, para fins penais, das “pedaladas” ao conceito de operação de crédito descrito no art. 29, inciso III, da LRF, cumpre discorrer sobre a incidência, à conduta inquinada, do § 1º do art. 29 do mesmo diploma.

4.1.2. Da ocorrência da conduta descrita no art. 29, § 1º, da LRF

4.1.2.1. Da assunção de dívida

Sem motivo aparente, parece ter havido omissão no Despacho ministerial quanto ao enquadramento – ou não – da conduta inquinada ao disposto no § 1º do art. 29 da LRF, cujo teor é o seguinte: “Equipara-se a operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências dos arts. 15 e 16”.

Note-se que, para que a prática se subsuma ao disposto no art. 29, § 1º, da LRF, não se exige que o BB conceda mútuo à União, tampouco que haja adiantamento de valores da instituição financeira para esta; o que se exige é que haja a **assunção**, o **reconhecimento** ou a **confissão de dívidas**. Ora, o que é o atraso sistemático e consciente de obrigações financeiras senão a assunção de uma dívida?

É cediço que, no âmbito do Plano Safra, o BB concede crédito ao tomador a taxas inferiores às de mercado, cabendo à União equalizar essas taxas perante o BB. Ou seja, à União compete arcar com a diferença entre a taxa do mútuo concedido e a taxa de referência fixada. As Portarias editadas pelo Ministério da Fazenda que regulam os pagamentos devidos pela União ao BB no âmbito do Plano Safra estabelecem que a equalização é limitada ao diferencial de taxas entre o custo de captação de recursos, acrescido dos custos administrativos e tributários, e os encargos cobrados do tomador final do crédito (nesse sentido: art. 2º, *caput*, da Portaria MF nº 315/2014; art. 2º, *caput*, da Portaria MF nº 517/2014; art. 2º, *caput*, da Portaria MF nº 419/2015; e art. 2º, *caput*, da Portaria MF nº 915/2015).

²⁷ Ibidem, p. 32.

Ou seja, há, sim, a constituição de uma dívida por parte da União perante o BB. Tanto que, embora nenhuma das Portarias supramencionadas estabeleça uma data em que deve ocorrer o pagamento, todas determinam um instante a partir do qual a equalização é **devida**, havendo, ainda, cláusulas que estabelecem a **correção do montante devido, com base, entre outros índices, na taxa SELIC** – taxa de juros que possui característica de remuneração do capital, e não somente de atualização monetária.

Nos Esclarecimentos ao Laudo Pericial²⁸ apresentados pela Junta Pericial no âmbito da Comissão Especial do Impeachment - CEI, destacou-se, à fl. 100, haver uma dúvida razoável acerca do momento em que se caracterizaria a operação de crédito entre o Tesouro Nacional e o BB: *i*) se no momento da concessão do mútuo pelo BB ao tomador; *ii*) se no momento em que a equalização é reputada devida; ou, *iii*) se no momento em que passa a haver a atualização dos valores devidos – que, não necessariamente, nos termos das Portarias, coincide com o momento a partir do qual a equalização é devida. Nessa linha, adotando o posicionamento mais conservador, assim concluiu a Junta:

A relação obrigacional entre o Tesouro Nacional e o Banco do Brasil surge, junto com a contratação do mútuo, entre este Banco e os beneficiários daquela relação de mútuo, estabelecida nas condições previstas para a subvenção econômica de equalização da taxa de juros. **Contudo, essa ainda não é uma obrigação exigível nem líquida, pois a exigibilidade ocorre apenas após o período de apuração e a liquidação do valor depende da verificação pelo Tesouro Nacional das informações pertinentes prestadas pelo Banco do Brasil.** Dada a falta de exigibilidade, o reconhecimento contábil dessa relação obrigacional assume a forma de provisão, consoante respostas aos Quesitos 43 a 45 da Defesa.

Considerando que a exigibilidade e a liquidez da obrigação são posteriores ao surgimento da relação obrigacional descrita no parágrafo anterior, esta Junta Pericial adotou interpretação conservadora para a definição do momento crítico de reconhecimento da operação de crédito, o que elide eventuais questionamentos ou dúvidas sobre a efetividade do termo inicial da operação de crédito.

Dado o já exposto, o atraso de pagamento e a previsão da incidência de juros, são marcos acessórios que contribuem para a determinação conservadora do termo inicial da operação de crédito, mas não são essenciais para o reconhecimento da essência jurídica e contábil dessa operação de crédito. [grifos adicionados]

E parece que, aqui, se encontra a maior impropriedade que macula a execução do Plano Safra: a utilização de recursos próprios de instituição financeira controlada para a concessão de subvenções a que a União estará, por lei, obrigada a equalizar.

Isso porque sempre haverá o debate legítimo acerca do momento crítico em que se verificará a configuração da operação de crédito perante o BB, independentemente de haver ou não atraso nos pagamentos devidos. Assim, se for dada estrita observância ao comando do art.

²⁸ Vide DOC 161. Disponível em: <<http://www19.senado.gov.br/sdleg-getter/public/getDocument?docverid=c92fd13f-3c7b-4aee-a4d7-ce75a6b7baf5;1.1>>. Acesso em: 28/07/2016.

50, inciso II, da LRF²⁹, a assunção de compromisso financeiro junto ao BB – e, pois, a consubstanciação da operação de crédito e a afronta ao art. 36 da LRF – ocorrerá no momento em que o valor for devido, ou seja, no momento em que a assunção do compromisso for escriturada, independentemente do seu pagamento, com ou sem atraso.

Contudo, esse compromisso financeiro perante o BB não foi, apenas, assumido. As parcelas foram deliberadamente inadimplidas, e os atrasos superaram, em alguns casos, 6 anos.

Sobre esses atrasos nos pagamentos, é relevante o conteúdo do DOC 057³⁰ que integra o processo de *impeachment* no âmbito do Senado Federal. Nesse documento, constam as solicitações de pagamento de equalização do Plano Safra emitidas pelo BB e endereçadas à Secretaria do Tesouro Nacional (STN), de acordo com o disciplinado nas Portarias publicadas pelo Ministério da Fazenda. Chamam atenção as informações constantes das fls. 55/56, 106/107, 185 e 394 do DOC 057, conforme descrito a seguir:

- Ofício Diretoria de Governo 2014/01152, de 29/07/2014 (fls. 55/56): o BB solicita a quitação de valores devidos pelo Tesouro, no valor R\$ 7,59 bilhões. Desse total, R\$ 147,68 milhões referem-se a quatro faturas referentes a 2008, 2009 e 2010;
- Ofício Diretoria de Governo 2014/01771, de 05/09/2014 (fls. 106/107): o BB solicita a quitação de valores devidos pelo Tesouro, no valor R\$ 5,37 bilhões. Há a reiteração do pagamento de R\$ 147,68 milhões relativos às quatro faturas referentes a 2008, 2009 e 2010 supracitadas;
- Ofício Diretoria de Governo 2015/00698, de 13/04/2015 (fl. 185): o BB reitera o pagamento das quatro faturas referentes a 2008, 2009 e 2010 supracitadas. O valor atualizado, agora, é de R\$ 162,13 milhões – ante um valor original de R\$ 102,65 milhões; e
- Ofício Diretoria de Governo 2015/001219, de 20/08/2015 (fl. 394): o BB solicita a quitação de valores devidos pelo Tesouro, no valor R\$ 10,27 bilhões. A cobrança compreende faturas referentes a 2013, 2014 e 2015.

Vê-se que os atrasos, portanto, eram conscientes, pois, mesmo diante de sucessivas cobranças, o Tesouro manteve-se inerte.

²⁹ Art. 50. Além de obedecer às demais normas de contabilidade pública, a escrituração das contas públicas observará as seguintes: [...] II - a despesa e a **assunção de compromisso serão registradas segundo o regime de competência**, apurando-se, em caráter complementar, o resultado dos fluxos financeiros pelo regime de caixa;

³⁰ Disponível em: <<http://www19.senado.gov.br/sdleg-getter/public/getDocument?docverid=e5bdd968-431e-4a62-bd91-ed024f1d581f;1.0>>. Acesso em: 28/07/2016.

No ano de 2015, em decorrência desses atrasos, o Tesouro arcou com R\$ 1,13 bilhão a título de correção do principal devido (ou seja, juros) ao BB. Caso houvesse pagamento tempestivo das parcelas devidas ao BB, esse montante poderia ser revertido para outras finalidades, como a consecução ou ampliação de políticas públicas.

Adicionalmente, o que também se pode notar, no caso desses atrasos, é a canalização de recursos que seriam devidos ao BB – tanto a título do principal devido quanto a título de correção do principal – para a consecução de outras necessidades governamentais – inclusive o pagamento de juros da dívida, já que as “pedaladas” serviram para inflar o resultado primário da União.

Tal conduta não parece diferir, materialmente, do financiamento da União com a utilização de recursos próprios do BB, sujeitando-se a União a compromisso futuro de pagamento sob a cobrança de juros – o que seria, indiscutivelmente, uma operação de crédito³¹. Assim, no caso concreto, ainda que não haja um instrumento de contrato de empréstimo, de mútuo, ou assemelhado, ou mesmo o pagamento adiantado de despesas da União pelo BB, remanesce patente o direcionamento de recursos que, em princípio, seriam devidos ao BB, para finalidades outras.

E é justamente por isso que o art. 29, § 1º, da LRF, visando a inibir o abuso de forma, equipara à operação de crédito a assunção, a confissão ou o reconhecimento de dívida. Sobre o abuso de forma, destaca-se a explanação de Castro Meira, Ministro STJ, no bojo do Recurso em Mandado de Segurança nº 15.166/BA³²:

Ademais, como bem lançado no Parecer Ministerial acostado às fls. 173/179, **o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico**. Seria uma grande incongruência admitir-se a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como seria desarrazoado permitir-se, com base no Princípio da Legalidade, como é o caso dos autos, a sobrevida de um ato praticado à margem da legalidade e com ofensa ao ordenamento jurídico. **Não pode o direito, à guisa de proteção ao Princípio da Legalidade, atribuir validade a atos que ofendem a seus princípios e institutos**. [grifo adicionado]

E é importante destacar que o art. 29, § 1º, da LRF não configura elástico indevido do conceito de “operação de crédito”. Ao contrário, constitui genuína descrição legal de uma conduta que enseja as mesmas consequências jurídicas aplicáveis às operações descritas no art. 29, inciso III. Não se trata, por isso, nem mesmo, de interpretação extensiva, já que há uma clara descrição legal da conduta, não havendo espaço interpretativo. Logo, havendo a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívida, restará configurada a operação de crédito – e, como

³¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Curso de direito financeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 132.

³² Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 08/09/2003.

essa operação é vedada pelo art. 36 da LRF, restará configurada a realização de operação de crédito em desacordo com lei.

Cabe, neste ponto, tecer breves considerações sobre a acepção da expressão “assunção de dívida”, extraída do §1º do art. 29 da LRF.

Poder-se-ia questionar se o termo não remete ao instituto da assunção de dívida, regulado nos arts. 299 a 303 do Código Civil (CC). Segundo o CC, a assunção de dívida ocorre quando um terceiro assume a obrigação do devedor, ficando este, em regra, exonerado perante o credor. Seria possível alegar que tal interpretação teria espaço, uma vez que a LRF surgiu após um contexto de crise fiscal aguda nos estados, cujas dívidas, em grande parte, foram assumidas pela União. Sob essa ótica, o termo “assunção” constante do art. 29, § 1º, da LRF poderia ser interpretado como uma ressalva a essa prática, em que um ente passa a titularizar a dívida previamente constituída por outro.

Contudo, não parece ser o direito civilista a melhor fonte para se buscar a real acepção da expressão “assunção de dívida”, tal como constante da LRF.

Ives Gandra e Carlos Valder, ao comentarem o art. 29, § 1º, da LRF, e as restrições a ele impostas pelos arts. 15, 16 e 17 do mesmo diploma, destacam a possibilidade de que a expressão “assunção de dívida” não se refira, somente, à dívida de terceiros, havendo a possibilidade de assunção – na acepção de constituição – de dívida própria: “Dentro desse quadro, há de se compreender que a assunção da dívida, **se de terceiros**, é praticamente inviável”.³³

O debate pode ser mais aclarado quando se considera o valor bilionário inscrito e reinscrito em restos a pagar pela União em favor do BB. Entende-se que, se a constituição de restos a pagar não representa a **assunção** de uma dívida própria, deve ser considerada, no mínimo, **reconhecimento** de uma dívida própria, conforme se discorrerá no próximo tópico.

Ademais, houve, por parte da União, reconhecimento expresso de dívida perante o BB, mediante assinatura de instrumento específico para tanto. Essa abordagem será feita, também, no próximo tópico.

4.1.2.2. Do reconhecimento de dívida entre a União e o BB por instrumento contratual

Inicia-se o presente tópico trazendo a lume uma informação extremamente relevante dada pela STN à CEI, por meio do DOC 132³⁴. Instada a responder se houve a ocorrência, em

³³ MARTINS, Ives Gandra; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Orgs.). *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 325.

³⁴ Disponível em: <<http://www19.senado.gov.br/sdleg-getter/public/getDocument?docverid=ad73461d-0103-4134-814c-3f8eaf92507e;1.0>>. Acesso em: 28/07/2016.

2015, de emissão direta de títulos públicos para o Banco do Brasil, assim respondeu a STN (os grifos não constam do original):

A emissão direta, cujo valor econômico atingiu R\$ 1.506.232.999,24, teve por objetivo equacionar, junto ao Banco do Brasil - BB, obrigação pretérita, com origem no Contrato n° 297/TN, formalizado em 1996, que previa o pagamento do diferencial entre o saldo devedor em 30.11.95 da operação repactuada e o valor devido pelo mutuário na mesma data com base na equivalência em produto. **A regularização da obrigação foi estabelecida a partir da celebração, entre a União e o Banco do Brasil - BB, do Contrato de Reconhecimento de Dívida e Pagamento Parcial n° 017/PGFN/CAF, de 30.12.2015**, com fundamento nos seguintes normativos e documentos:

- (i) Art. 1° e 6° da Lei n° 9.138, de 29.11.1995;
- (ii) Parágrafo 5° do art. 5° da Resolução CMN no 2.164, de 19.06.1995;
- (iii) Caput e Parágrafo Único do Art. 13 da Resolução CMN n° 2.238, de 31.01.1996;
- (iv) Parágrafo Primeiro da Cláusula Vigésima-Terceira do **Contrato de Equalização de Encargos Financeiros e de Alongamento de Dívidas Originárias do Crédito Rural n° 297/TN**, de 24.06.1996;
- (v) Termo de Responsabilidade firmado pelo Banco do Brasil em 23.10.2002, de reconhecimento do valor original de R\$ 114.084.882,55, em 30.11.1995;
- (vi) Portaria STN/SUDIP n° 780, de 30.12.2015, de emissão de títulos.

Os títulos emitidos pela Portaria STN/SUDIP n° 780, de 30.12.15, são os explicitados no quadro abaixo, todos emitidos para o mesmo objetivo e com os mesmos fundamentos informados acima:

TITULO	EMISSÃO	VENCIMENTO	PU (em R\$)	QUANTIDADE	VALOR FINANCEIRO (em R\$)
NTN-F	30/12/2015	01/01/2017	999,718201	376.662	376.555.857,02
NTN-F	30/12/2015	01/01/2021	846,191303	445.009	376.562.745,55
NTN-B	30/12/2015	15/08/2018	2.776,666465	135.615	376.557.622,65
NTN-B	30/12/2015	15/08/2022	2.656,878790	141.729	376.556.774,02
TOTAL				1.099.015	1.506.232.999,24

Esse valor de R\$ 1,506 bilhão constitui dívida da União perante o BB no âmbito do Crédito Rural e é parte das “pedaladas” identificadas pelo TCU em seu Acórdão n° 825/2015 – Plenário, tal como informação constante do site do Ministério da Fazenda³⁵.

A passagem grifada deixa cristalina a seguinte informação: **houve a assinatura de um instrumento de reconhecimento de dívida, firmado entre a União e o BB, intitulado Contrato de Reconhecimento de Dívida e Pagamento Parcial n° 017/PGFN/CAF, de 30.12.2015**. E aqui parece termos encontrado *Wally!*³⁶

Tal como informado pela STN, esse Contrato foi assinado com fulcro nos arts. 1° e 6° da Lei n° 9.138/1995, cujos conteúdos são os seguintes:

³⁵ Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2016/fevereiro/nota-a-imprensa-sobre-o-pagamento-dos-passivos-do-acordao-tcu-no-825-2015>>. Acesso em: 28/07/2016.

³⁶ Em referência ao seguinte pronunciamento do Advogado de Defesa, José Eduardo Cardozo, na 8ª Reunião da CEI, em 05/05/2016: “Ou seja, com a devida vênia, é óbvio que a denúncia é inepta e óbvio que nós não sabemos até agora qual é o ato. **Isso me lembra aquele joguinho de criança Onde está Wally?**: onde está o ato? Não existe, ninguém sabe dizer. Passamos pela Câmara, e ninguém disse. Passamos agora pelo relatório do Senado, e ninguém aponta qual é o ato, e vamos apurar, depois que ela for afastada, qual é o ato” [sem grifos no original]. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/4874>>. Acesso em: 28/07/2015.

Art. 1º É autorizada, para o crédito rural, a equalização de encargos financeiros, observado o disposto na Lei nº 8.427, de 27 de maio de 1992.

§ 1º Compreende-se na equalização de encargos financeiros de que trata o caput deste artigo o abatimento no valor das prestações com vencimento em 1995, de acordo com os limites e condições estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º O Poder Executivo e o Poder Legislativo providenciarão a alocação de recursos e a suplementação orçamentária necessárias à subvenção econômica de que trata este artigo. [...]

Art. 6º É o Tesouro Nacional autorizado a emitir títulos até o montante de R\$ 7.000.000.000,00, (sete bilhões de reais) para garantir as operações de alongamento dos saldos consolidados de dívidas de que trata o art. 5º.

§ 1º A critério do Poder Executivo, os títulos referidos no caput poderão ser emitidos para garantir o valor total das operações nele referidas ou, alternativamente, para garantir o valor da equalização decorrente do alongamento.

§ 2º O Poder Executivo, por iniciativa do Ministério da Fazenda, fundamentará solicitação ao Senado Federal de aumento dos limites referidos nos incisos VI, VII e VIII do art. 52 da Constituição Federal.

Por esses dispositivos, a União estaria autorizada a **garantir** o alongamento das dívidas contraídas por produtores rurais junto a instituições financeiras no âmbito do crédito rural. **Não há permissivo, contudo, para o acúmulo, postergação ou reconhecimento de dívidas pela União perante o BB.** Não há de se confundir os institutos da concessão de garantia (art. 29, inciso IV, da LRF) e da operação de crédito (art. 29, inciso III e § 1º, da LRF). Assim, a permissão para concessão e garantia não induz a permissão para o reconhecimento de dívidas.

Por outro lado, vislumbra-se a ocorrência de operação e crédito também à luz do art. 29, inciso III, da LRF, uma vez que, segundo esse dispositivo, configura operação de crédito a “**emissão** ou aceite **de título**”. Dessa maneira, a emissão de títulos públicos diretamente ao BB constitui mais um elemento apto a materializar a operação de crédito proibida pela LRF³⁷.

Parece evidente, assim, a afronta ao art. 36 c/c o art. 29, inciso III e § 1º, ambos da LRF, já que estes últimos dispositivos equiparam a emissão de título e o reconhecimento de dívidas a operação de crédito. Mais que isso, resta evidente a adequação da assinatura do referido Contrato ao tipo penal descrito no art. 359-A do CP.

Esse **Contrato de Reconhecimento de Dívida** revela outra grave afronta às finanças públicas. Ao emitir títulos diretamente ao BB, com o fim de pagar dívidas reconhecidas, a União, por meio de instrumentos questionáveis sob a ótica da responsabilidade fiscal e da probidade administrativa, dilapida o **resultado nominal**, mediante o pagamento de juros decorrentes dos títulos emitidos.

É sabido que o pagamento dos juros decorrentes da dívida mobiliária não afeta o resultado primário, mas agrava o resultado nominal. Assim, ao emitir dívida mobiliária diretamente às instituições financeiras controladas, o governo vale-se das lacunas da lei para,

³⁷ Sobre a adequação típica no que tange ao elemento normativo “sem prévia autorização legislativa” constante do art. 359-A do CP, ver item 5.3 deste Documento.

de forma ilegítima, dilapidar as finanças públicas, sem que tal conduta prejudique o atingimento da meta de resultado primário. Registre-se que, em 2015, segundo dados do Banco Central³⁸, o déficit nominal do Governo Federal foi superior a meio trilhão de reais (R\$ 544,2 bilhões), ante um resultado primário deficitário de R\$ 115,96 bilhões. Esse déficit nominal é 85% superior ao resultado de 2014 (R\$ 294, 22 bilhões).

Se, ainda assim, restarem dúvidas quanto ao enquadramento das “pedaladas” no conceito de operação de crédito e, pois, quanto à tipicidade da conduta, o debate pode ser estendido, à luz do art. 50, inciso V, da LRF, cujo teor é o seguinte:

V - as operações de crédito, **as inscrições em Restos a Pagar e as demais formas de financiamento ou assunção de compromissos junto a terceiros**, deverão ser escrituradas de modo a **evidenciar o montante e a variação da dívida pública no período**, detalhando, pelo menos, a natureza e o tipo de credor. [grifo adicionado]

O dispositivo é claro em considerar que operações de crédito e **inscrição em restos a pagar** são **formas de financiamento** ou de assunção de compromisso que impactam o montante da dívida pública. Ademais, cabe destacar que, nos termos do inciso I do art. 92 da Lei nº 4.320/1964, os restos a pagar integram a dívida flutuante, de modo que a inscrição de novas parcelas em restos a pagar, além de representar a assunção de compromisso financeiro, a teor do que dispõe o art. 50, inciso V, da LRF, convolam esses compromissos em dívida.

Nesse cenário, relativamente ao Plano Safra, a Junta Pericial, à fl. 200 de seu Laudo, concluiu ter havido, no início do exercício de 2015, a inscrição e a reinscrição de R\$ 11,11 bilhões em restos a pagar não processados referentes ao Plano Safra. Desse montante, R\$ 5,36 bilhões referiam-se ao exercício de 2014, enquanto R\$ 5,75 referiam-se a parcelas que deveriam ter sido pagas em 2011, 2012 e 2013.

Fica patente, portanto, que os reiterados atrasos de parcelas referentes a exercícios anteriores, ao serem inscritos e reinscritos em restos a pagar, constituíram não apenas a assunção de compromisso financeiro, mas genuíno reconhecimento de dívida – se não fosse uma dívida reconhecida, os empenhos deveriam ser cancelados, e não inscritos e sucessivamente reinscritos em restos a pagar.

Ademais, contrariamente ao que concluiu o Órgão Ministerial, as sucessivas reinscrições em restos a pagar de obrigações financeiras bilionárias constituem, sim, forma de financiamento perante o BB, a teor do que dispõe o art. 50, inciso V, da LRF. Descabe, nesse ponto, exigir instrumento de reconhecimento de dívida. A inscrição em restos a pagar constitui ato administrativo e, como tal, é dotado de presunção de legitimidade. Assim, não bastasse a assinatura do Contrato de Reconhecimento de Dívida e Pagamento Parcial nº 017/PGFN/CAF,

³⁸ Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/ftp/NotaEcon/NI201606pfp.zip>>. Acesso em: 28/07/2016.

firmado entre a União e o BB, esse é mais um elemento que demonstra a efetiva ocorrência de reconhecimento de dívida pela União em favor do BB.

Por fim, destaca-se a declaração do Tesouro Nacional em resposta a um questionamento formulado pela Junta Pericial, constante do DOC 132³⁹ do processo de impedimento:

(xiii) o passivo exigível registrado pelo Tesouro Nacional em favor do Banco do Brasil em 1 de janeiro de 2015 e em 30 de junho de 2015 e a posição correspondente registrada no balanço patrimonial do Banco do Brasil, apontando a conciliação de eventuais divergências;

Resposta: O passivo exigível reconhecido pelo Tesouro Nacional referente às subvenções do Plano Safra devido ao Banco do Brasil, em 1º de janeiro de 2015 e em 30 de junho de 2015, é de R\$ 12.181.017.645 e R\$ 11.085.702.200, respectivamente, pelos seus valores atualizados.

Os valores apontados como exigíveis para o Tesouro foram obtidos a partir da própria cobrança apresentada pelo banco, pelos seus valores atualizados.

Novamente a STN afirma ter reconhecido dívida em favor do BB, cujo valor, em 30/06/2015, atingiu a cifra de R\$ 12,18 bilhões. Tal informação foi dada pela STN à CEI. Trata-se de documento oficial, o que inviabiliza, portanto, qualquer alegação de inexistência de instrumento formal de reconhecimento de dívida.

4.2. Do dolo

A doutrina é assente no sentido de que o elemento subjetivo do tipo penal descrito no art. 359-A do CP é o dolo, não se admitindo a forma culposa⁴⁰.

No caso ora analisado, a assinatura de um instrumento contratual com o fim de reconhecer dívidas – e, pois, de realizar operação de crédito, a teor do que dispõe o art. 29, § 1º, da LRF – já seria suficiente para caracterizar o dolo da conduta. Aqui, não se pretendeu, somente, “maquiar” o resultado fiscal. O fim era, especificamente, reconhecer dívida, pois é o que informa o próprio título do contrato: **Contrato de Reconhecimento de Dívida e Pagamento Parcial nº 017/PGFN/CAF, de 30.12.2015**. Parece ser o dolo direto e incontestável.

Contudo, relativamente às demais condutas já analisadas – atrasos sistemáticos e inscrição em restos a pagar – não se pode afastar o dolo unicamente porque a finalidade precípua era “maquiar” as contas públicas. Se, para atingir o resultado pretendido, lançou-se mão de uma prática criminosa, é imperioso investigar possível dolo direto de segundo grau.

Sobre o dolo direto de segundo grau, é cristalina a lição de Cezar Roberto Bittencourt:

O dolo direto em relação ao fim proposto e aos meios escolhidos é classificado como de primeiro grau, e em relação aos efeitos colaterais, representados como necessários, é classificado como de segundo grau. [...]

³⁹ Disponível em: <<http://www19.senado.gov.br/sdleg-getter/public/getDocument?docverid=ad73461d-0103-4134-814c-3f8eaf92507e;1.0>>. Acesso em: 28/07/2016.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1482.

Já os efeitos colaterais representados como necessários (em face da natureza do fim proposto, ou dos meios empregados) são abrangidos, mediatamente, pela vontade consciente do agente, mas a sua produção necessária os situa, também, como objetos do dolo direto: não é a relação de imediatidade, mas a relação de necessidade que os inclui no dolo direto. [grifos no original].⁴¹

E, aqui, assume relevo a alegação ministerial, transcrita no rodapé da fl. 23 de seu Despacho, que, novamente, transcrevemos:

[...] De qualquer forma, conforme a explicação acima exposta sobre o intuito das denominadas 'pedaladas fiscais', resta claro inexistir o dolo de realizar operação de crédito ou mesmo de se financiar por meio de bancos públicos. **Para este último objetivo existiriam outros meios mais eficazes. A única intenção era a de 'driblar' as estatísticas de modo a maquiagem o resultado fiscal.** [grifo adicionado]

Esses “meios mais eficazes” são aqueles referidos por Arno Augustin, então Secretário do Tesouro Nacional, em depoimento ao MPF/DF (fls. 08/09 do Despacho):

[...] Que, sobre isso, o próprio parágrafo único do art. 36 da LRF possibilita que a União venda títulos no mercado e que bancos públicos possam comprar; Que com essa venda de títulos a União pode se financiar por meio de bancos estatais, não havendo necessidade de usar as alegadas operações de crédito referidas pelo TCU; Que o objetivo do governo é macroeconômico; [...]

A afirmação, contudo, ignora o fato de que o financiamento mediante emissão de títulos (receita de natureza financeira) para o pagamento de despesas primárias deteriora o resultado primário, justamente o que o governo buscou evitar, como reconhecido pelo próprio MPF/DF. Assim, ao emitir títulos para compra, no mercado, pelos bancos públicos federais, a União poderia até se financiar de forma consentânea com a LRF, mas isso prejudicaria seu o resultado primário.

Como fazer, portanto, para se conjugar ambos os objetivos? Vale dizer, como obter financiamento oriundos de bancos controlados – que se sujeitam aos mandos e desmandos do controlador –, e, ao mesmo tempo, não impactar o resultado primário? A resposta é: “**pedalar**”, ou seja, assumir compromisso financeiro junto a instituições controladas e postergar os pagamentos devidos ao máximo possível – postura inviável de ser adotada ante instituições financeiras não controladas, já que estas, uma vez que a União se tornasse inadimplente, certamente se valeriam dos meios legais cabíveis para compeli-la a quitar tais dívidas.

Nesse sentido, encontrou-se uma saída conveniente e confortável: ao tempo em que eram inscritos e reinscritos restos a pagar, a União atrasava pagamentos (art. 29, inciso III, da LRF) e reconhecia dívidas perante o BB (art. 29, § 1º, da LRF), financiando-se (art. 50, inciso V, da LRF). Todas essas condutas vedadas pelo art. 36 da LRF e subsumíveis ao art. 359-A do CP.

⁴¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v1, p. 360.

Assim, o financiamento ilegal perante instituição financeira controlada, conduta equiparada a operação de crédito, era **consequência necessária** ao fim proposto: maquiagem o resultado fiscal. Há, aqui, portanto, a figura do dolo direito de segundo grau.

Ademais, conforme reconhecido pelo próprio MPF/DF, as condutas perpetradas no âmbito das “pedaladas” constituíram ato de improbidade, para o qual se exige o dolo ou culpa grave – que é equiparada ao dolo:

[...] Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10. [...] ⁴²

Por fim, sobre o dolo, é relevante aduzir o conteúdo do e-mail constante à fl. 181 do DOC 057⁴³, datado de 10/04/2015, em que um servidor da STN categoricamente informa ao BB que havia autorização para pagar somente R\$ 600 milhões e que a orientação seria para pagar apenas as faturas mais antigas:

Informamos que, a princípio, estamos autorizados a pagar R\$ 600 milhões. A orientação é pagar os valores mais antigos. Das faturas enviadas hoje, só as faturas 22 e 24 estavam aptas ao pagamento no valor de R\$ 237,6 milhões (estamos tentando efetuar o pagamento desse valor hoje). Com base nos valores enviados pelo BB para fins de programação financeira, **pedimos priorizar o envio para conferência e pagamento para a semana que vem de todos os valores pendentes até a referência de dezembro de 2011**, conforme quadro abaixo: [...], grifo adicionado]

As faturas 22 e 24 citadas são referentes aos meses de julho a dezembro de 2011 (fl. 171 do DOC 057), ou seja, foram pagas com atraso superior a 3 anos. Pelo e-mail fica notório o conhecimento de outras faturas datadas ainda de 2011 e pendentes de pagamento, ou seja, os atrasos eram deliberados, conscientes e reiterados.

4.3. Do elemento normativo do art. 359-A do CP

O tipo penal descrito no art. 359-A do CP veicula o elemento normativo “sem prévia autorização legislativa”. Elementos normativos “são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa”⁴⁴. No caso do art. 359-A do CP, o intérprete deve valorar se a conduta tem ou não prévia autorização legislativa, baseando-se no ordenamento jurídico vigente.

⁴² AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011.

⁴³ Disponível em: <<http://www19.senado.gov.br/sdleg-getter/public/getDocument?docverid=e5bdd968-431e-4a62-bd91-ed024f1d581f;1.0>>. Acesso em> 28/07/2016.

⁴⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v1, p. 350.

Nucci, ao discorrer sobre a autorização prévia do Poder Legislativo descrita no tipo penal ora em análise, assim leciona:

[...] trata-se de elemento vinculado à ilicitude, porém trazido pelo tipo penal, constituindo seu elemento normativo. Assim, torna-se **fundamental para o aperfeiçoamento da tipicidade que o agente público ordene, autorize ou realize operação de crédito, não possuindo, anteriormente ao ato, autorização legislativa.**⁴⁵ [grifo adicionado].

No mesmo sentido é a dicção de Ivan Luiz da Silva:

Calha dizer que a ausência da prévia autorização legislativa, de que deveria ser dada pelos referidos órgãos, é elemento normativo do tipo penal do art. 359-A. Mas o elemento indica, também, uma causa de justificação da conduta, já que a autorização legislativa, ao tempo que exclui a tipicidade, exclui, também, a antijuridicidade. **Assim, no dizer de Luiz Régis Prado, “a existência de prévia autorização legal [...] torna a conduta não só atípica como permitida”**⁴⁶ [grifo adicionado]

A autorização legislativa prévia, portanto, constitui elemento inafastável de procedibilidade a ser observado pelo agente público, sob pena de incorrer em crime⁴⁷.

Nos casos ora analisados, seja a condutada enquadrada no art. 29, inciso III, da LRF, seja no seu art. 29, § 1º, o que se observou é que **a conduta foi perpetrada não apenas à míngua de autorização legislativa, mas sob a vedação expressa do art. 36 da LRF**, que veda a realização de operação de crédito entre a União e instituições financeiras controladas.

E essa proibição era de conhecimento do Poder Executivo. Conforme Parecer ASMG/CGU/AGU/01/2015 – emitido no âmbito da Câmara de Conciliação de Arbitragem da Administração Federal, em controvérsia oposta pela CEF ante a União em decorrência das “pedaladas” na operacionalização do Programa Bolsa-Família –, assim se manifestou a Advocacia Geral da União (AGU), sobre os atrasados nos repasses de recursos às CEF (fl. 46 do DOC 060⁴⁸ que integra o processo de *impeachment* que tramitou no Senado Federal):

No entanto, essa situação não pode (e nem poderia) se renovar indefinidamente, porquanto nessa hipótese, continuada, **poderia se alcançar situação vedada pela Lei de Responsabilidade Fiscal**. Por isso, a necessidade de melhoras nos sistemas de repasses de valores, entre CEF e União Federal [grifo adicionado].

No mesmo Parecer, a AGU concluiu da seguinte maneira (fls. 85 a 87 do DOC 060):

P. Os pagamentos parecem qualificar o mero fluxo de recursos, com índices variáveis, positivos e negativos; não se poderia afirmar com absoluta segurança que haveria operação de crédito na hipótese de mero adiantamento de valores, **com resultados negativos compensados com fluxos também eventualmente positivos**;

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1483.

⁴⁶ SILVA, Ivan Luiz. Título XI – Dos crimes contra a administração pública. In: QUEIROZ, Paulo (Coord.). *Curso de direito penal: parte especial*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 1530.

⁴⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

⁴⁸ Disponível em: <<http://www19.senado.gov.br/sdleg-getter/public/getDocument?docverid=9d5d71e5-2fe9-400b-84f9-05c917fea1f2;1.0>>. Acesso em: 09/08/2016.

Q. A relação entre saldos e débitos deveria ser aferida dentro de um determinado período de tempo. Preferencialmente ao longo de um dado ano civil, de modo que se tenha, ao fim do período uma exata dimensão do que foi recebido e repassado;

R. Ao fim desse período, **deve haver urna identidade entre valores recebidos e repassados, trata-se da equação que comprova o fluxo de caixa e a inexistência de financiamento, da controlada em relação ao controlador** [grifos adicionados]

Denota-se que a AGU já manifestava o entendimento de que seria necessário haver, num dado intervalo de tempo, identidade entre os valores repassados pela instituição financeira aos beneficiários e os valores pagos pela União à mesma instituição financeira. Só assim seria assegurada a inexistência de financiamento entre a instituição controlada e a União, situação que afronta a LRF, conforme apontado pela própria AGU. Embora se trate de entendimento atinente à relação jurídica entre CEF e União, seus fundamentos, nesses pontos, são perfeitamente transportáveis à relação entre BB e União,

Assim, além de haver adequação da conduta aos elementos objetivo-descritivo e subjetivo do tipo penal previsto no art. 359-A, há, também, adequação ao elemento normativo descrito no art. 359-A do CP, uma vez que o Executivo tinha ciência de que a conduta perpetrada tinha potencial de afrontar a LRF e, pois, de macular o bem jurídico tutelado pelo art. 359-A do CP.

5. Das conclusões

Ao longo do presente estudo, foram apresentados argumentos contrários à conclusão do MPF/DF pela atipicidade das “pedaladas” à luz do art. 359-A do CP, seja porque restou caracterizada a ocorrência de operação de crédito, nos termos da LRF, seja porque demonstrou-se o dolo, ao menos de segundo grau, já que a prática da conduta descrita no art. 359-A do CP constituiu consequência necessária à maquiagem fiscal.

Ademais, demonstrou-se que, em 30/12/2015, houve a assinatura do Contrato de Reconhecimento de Dívida e Pagamento Parcial n° 017/PGFN/CAF, firmado entre a União e o BB. Por constituir instrumento de reconhecimento de dívida, sua assinatura é expressamente equiparada a realização de operação de crédito pelo art. 29, § 1º, da LRF, e proibida pelo art. 36 do mesmo diploma. Tal Contrato materializa, ainda, o crime descrito no art. 359-A do CP.

Em Nota datada de 26/08/2016⁴⁹, o MPF/DF pontuou que “a improbidade administrativa apontada [no Despacho aqui analisado] se refere apenas aos atos ocorridos até o ano de 2014”, e que “ainda não há conclusão sobre a existência ou não de improbidade

⁴⁹ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/nota-de-esclarecimento-pedaladas-fiscais-1>>. Acesso em: 08/09/2016.

administrativa no que se refere aos atos posteriores a 2014, existindo, contudo, “conclusão sobre a inexistência de crime”. Assim, é possível entender que: i) o MPF/DF entendeu que as condutas ora descritas e praticadas até 2014 constituem ato de improbidade, não havendo ainda juízo acerca dos atos posteriores a 2014; e ii) **não há crime nas condutas anteriores ou posteriores a 2014.**

A análise tecida no presente estudo demonstrou que o entendimento ministerial é passível de questionamentos e de críticas, seja porque não analisou de forma minudente o farto acervo probatório referente às pedaladas fiscais no âmbito do Plano Safra, seja porque se careceu de uma apreciação mais detalhada dos atos inquinados à luz do arcabouço jurídico que regula a atividade financeira do Estado.

Por fim, ressalta-se que, no presente texto, não se fez juízo sobre a responsabilidade pelas condutas analisadas, tendo apenas sido demonstrado que estas ferem de maneira inequívoca tanto o art. 395-A do CP quanto os art. 36 c/c art. 29, inciso III e § 1º, ambos da LRF.