

## A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO

Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho\*

### I- INTRODUÇÃO

A Lei de Responsabilidade Fiscal veio prevenir os riscos da atividade estatal estabelecendo princípios de uma gestão fiscal responsável, lastreada em mecanismos que impõem ao Administrador Público o dever de planejar suas ações, com vistas ao equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas.

A restauração do equilíbrio orçamentário com o estabelecimento de limitações mais rígidas na realização de gastos, a instituição de mecanismo de compensação compulsória para todo ato que implique aumento permanente de despesa, a maior transparência das relações fiscais, enfim, a própria responsabilização pela má gestão da coisa pública, são alguns dos pilares em que se alicerça a nova legislação, na busca do equilíbrio das finanças públicas.

Para DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “somente através da restauração da realidade orçamentária, podem ser controlados e até reduzidos a níveis suportáveis os três vilões das finanças públicas: o déficit público, que ocorre quando os governos gastam mais do que arrecadam; a dívida pública, que é a expressão do déficit que se transfere de um orçamento para o outro, prejudicando novos programas que poderiam ser executados; e o endividamento público, que se instala, cronicamente, no processo de acumulação da dívida pública e passa a absorver cada vez mais recursos públicos para seu serviço e amortização.

*Esses três vilões – déficit, dívida e endividamento públicos – sobreviveram e prosperaram, alimentados por hábitos financeiros atrasados e nocivos, de prática comum na Administração Pública brasileira, mantidos pela baixa qualidade e, sobretudo, pela irresponsabilidade de gestores públicos, que não estão preocupados com eficiência administrativa, mas com sua “eficiência” eleitoral, na condução de práticas patrimonialistas, paternalistas e demagógicas”.*

\* Procuradora do Estado do Rio de Janeiro; Professora de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da Universidade Gama Filho.

1 Conforme exposição apresentada no Seminário realizado pela EMERJ e pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em 5 de julho de 2000, sobre a Lei Complementar n.º 101/2000.

Na verdade, o administrador público nunca se importou muito com a equalização dos gastos com as receitas orçamentárias, sempre imaginando que, como instrumento-formal, o orçamento serviria somente para atender o formalismo econômico e não para aplicação prática.

Apesar das inovações trazidas pela nova legislação fiscal, somente após o advento da Lei n.º 10.028/00, que prevê a tipificação de crimes em razão do não cumprimento de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, é que a intranquilidade passou a fazer parte do cotidiano dos agentes públicos.

Mesmo sendo os preceitos contidos da Lei de Responsabilidade Fiscal cogentes só por serem norma, obrigatoriamente observados como conduta imperativa no cumprimento das leis orçamentárias, a inovação não seria suficiente para iniciar uma nova fase na história republicana brasileira, rompendo com um passado patrimonialista e eleitoreiro, se não fosse a coerção penal. O novo paradigma legislativo tinha de adentrar e interferir no imaginário do agente público, acostumado à irresponsabilidade fiscal associada à impunidade jurídica de seus atos. Com certeza a norma simplesmente diretiva, sem uma consequência sancionatória mais severa, não produziria os resultados almejados.

O Direito é, por natureza, uma ordem coativa, diferenciando-se da moral porque esta não conhece a dimensão sancionatória, presente na norma jurídica. Para KELSEN, a norma, para ser reconhecida objetivamente como *norma jurídica*, tem de estatuir um ato de coação ou estar em essencial ligação com uma norma que o estatua. Para o autor, deve-se rejeitar qualquer definição de Direito que não o tenha como ordem coativa, “... porque só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer ordem social, e porque, com o elemento coação, se toma por critério um fator sumamente significativo para o conhecimento das relações sociais e altamente característico das ordens sociais a que chamamos ‘Direito’ ”.<sup>3</sup>

Nestas circunstâncias, conforme os ensinamentos de KELSEN, com o advento da Lei n.º 10.028, de 19 de outubro de 2000, que define como crime a inobservância de alguns preceitos contidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, a norma jurídica se tornou mais efetiva, realçando seu elemento coativo com a inserção da responsabilidade penal.

2 Com propriedade assevera Egon Bockmam Moreira, no artigo “O Princípio da Transparência e a Responsabilidade Fiscal”, publicado na coletânea *Os aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*, São Paulo: Dialética, 2001, p. 136: “O ‘orçamento’ era de tal forma apresentado ao espírito do agente público que sugeria a idéia de outro objeto: o ‘benefício social’ (isso sem contar com o objeto ‘promoção pessoal do governante’). A gestão e o controle fiscal eram formalidades, executados na medida da vontade do agente. Eventualmente, poderiam servir como limitador de gastos; mas o usual era o seu desprezo. Quando muito, prestavam-se a servir de fundamento para a negativa de pleitos formulados por adversários políticos.”

3 KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.60.

Ressaltamos, entretanto, que no texto da Lei de Responsabilidade já estão previstas outras formas de coerção para o cumprimento de seus dispositivos à Administração Pública de índole administrativa, tais como a vedação de transferências voluntárias (artigo 11 da Lei), declaração de nulidade de ato que importe em não cumprimento do preceito legal de limitação de despesas com pessoal (artigo 21, parágrafo único da Lei), etc.

Não será objeto do presente estudo, entretanto, a responsabilidade da Administração Pública, e sim, a responsabilidade pessoal do agente público, principalmente sob o enfoque da Lei n.º 10.028, de 19 de outubro de 2000.

A estrutura deste despretensioso trabalho engloba a abordagem das diferentes formas de responsabilização do agente público: administrativa, civil, criminal e fiscal. O termo "agente público" foi escolhido no título por "abranger todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho com os entes estatais, de qualquer poder"<sup>4</sup> e pelo fato de ter a própria Constituição da República de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 6.º, adotado a terminologia.

## II- DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

A responsabilidade administrativa decorre da conduta inadequada do agente que "afeta a ordem interna dos serviços"<sup>5</sup>, capaz de gerar a imposição de uma pena disciplinar.

De acordo com DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

*"A imposição da pena disciplinar é de competência exclusiva da Administração (salvo a de demissão) e independente de qualquer outra. Pode, destarte, ser aplicada autonomamente, antes, depois ou ao mesmo tempo que as sanções civis e penais.*

*A pena disciplinar tem, ademais, natureza própria, inconfundível com a sanção civil ou com a penal. A pena disciplinar é interna, imposta pela Administração no uso de seu poder disciplinar, e visa a manter a ordem dentro do grupo sujeito a determinado estatuto no interesse da depuração e do aperfeiçoamento do quadro de servidores"<sup>6</sup>.*

Decorrente de ato praticado sem a observância das normas preconizadas pelos estatutos e leis que regem os servidores públicos, a responsabilidade administrativa

4 MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 311.

5 MEDAUAR, Odete, ob. cit., p. 349.

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 11.ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

expressa as conseqüências aplicáveis ao servidor pela não observância de tais normas, devendo-se sempre proporcionar ao agente público o contraditório e a ampla defesa inerentes a qualquer processo administrativo, de acordo com o artigo 5.º, inciso LV, da Constituição da República de 1988.

## III- DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme ensinamentos de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

*"A sanção civil é externa, de competência do Judiciário, tem natureza indenizatória, e consiste na reparação de dano .*

.....omissis.....

*Deve-se distinguir duas situações especiais, no capítulo da responsabilidade civil dos servidores públicos, conforme tenham sido os danos causados direta ou indiretamente à Fazenda Pública.*

*Se o servidor causa, diretamente, por culpa ou dolo, dano ao erário da pessoa de direito público a que serve, tem o dever de repará-lo; mera aplicação da regra geral de proteção patrimonial, de sede civil.*

*Se o servidor inflige, indiretamente, um prejuízo à fazenda da pessoa de direito público a que serve, em razão de ter ela respondido objetivamente perante terceiros por danos por ele causados, nessa qualidade, a Constituição (art.37, § 6.º) lhe impõe o dever de reembolsá-la do que justamente pagou, desde que o servidor tenha agido comprovadamente com culpa ou dolo"<sup>7</sup>.*

O agente público pode ser responsabilizado a reparar o dano que, por ação ou omissão, tenha causado à Administração Pública.

Neste momento, cabe um parêntese sobre a responsabilidade da Administração Pública, prevista no artigo 37, parágrafo 6.º, da Carta Magna, e a responsabilidade pessoal do agente público, ora em estudo.

Dispõe o texto:

*"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".*

7 Ob. cit., p.232.

8 Ob. cit., pp.233/234.

Trata-se da responsabilidade objetiva<sup>9</sup> da Administração Pública, pelos atos causados pelos seus agentes. Estes, por sua vez, somente responderão subjetivamente, nos casos de dolo ou culpa.

A norma legal cuida da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado **prestadoras de serviços públicos** pelos danos causados por seus agentes a **terceiros**.

Lembramos que a pretensão no momento, é o estudo da responsabilidade do agente público frente às inovações trazidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei n.º 10.028/2000.

Nestas circunstâncias, a atividade administrativa de disciplinar e executar as leis orçamentárias não pode ser compreendida como “prestação de serviço público”<sup>10</sup>, capaz de subsumir a conduta da má gestão orçamentária ao esculpido no artigo 37, parágrafo 6.º, da Constituição da República de 1988.

Além disto, o dano previsto na norma constitucional em comento atinge terceiros e não a própria Administração Pública.

Com este entendimento, a regra constitucional da responsabilidade objetiva da Administração e, conseqüentemente, responsabilidade do agente em casos de dolo ou culpa não se aplica, em tese, ao agente público quando este estiver na função de ordenador de despesas.

Por fim, a responsabilidade civil do agente público segue os ditames previstos no artigo 159 do Código Civil, o que não é nenhuma novidade, quer no serviço público, quer nas relações privadas.

Leia-se, a propósito, o *caput* do artigo:

*“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.*

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira, **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros editores, 1999, p. 665: “Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano”.

10 Neste sentido, leia-se, MEDAUAR, Odete, ob. cit., p. 368: “Em essência serviço público significa prestações; são atividades que propiciam diretamente benefícios e bens, aos administrados, não se incluindo aí as de preparação de infra-estruturas (arquivos, arrecadação de tributos). Abrange prestações específicas para determinados indivíduos, água, telefone, e prestações genéricas, iluminação pública, limpeza de ruas.”

Vale ainda a lembrança de que não constituem atos ilícitos “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.” (artigo 160 do Código Civil).

A Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992, ainda prevê algumas formas de responsabilidade civil em seus artigos 9.º a 11, que deixaram de ser abordados no momento por serem dispositivos que não apresentam grandes novidades, tal como ocorre com a Lei n.º 10.028, de 19 de outubro de 2000.

#### IV- DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL

A responsabilidade criminal é a que mais preocupa os agentes públicos por atingir um precioso bem jurídico tutelado pelo Estado: a liberdade.

A liberdade é um direito fundamental de primeira geração de valor histórico, inalienável e imprescritível<sup>11</sup>. Desta forma, plenamente justificável a preocupação dos agentes públicos, embora nosso entendimento seja o de que as normas previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal fossem de preocupação constante dos agentes públicos, sendo cumpridas independentemente do efeito sancionador penal.

Passemos a uma pequena digressão doutrinária sobre a conduta humana, o dolo e a culpa, antes da análise das novas figuras penais que foram incluídas pela Lei n.º 10.028/2000, também chamada Lei dos Crimes de Responsabilidade Fiscal.

De acordo com o penalista DAMÁSIO DE JESUS:

*“Conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade.*

.....*omissis*.....

*A conduta humana só tem importância para o Direito Penal quando voluntária, consistente num movimento ou abstenção de movimento corporal. Daí os elementos da conduta, que são: a) um ato de vontade dirigida a uma finalidade; b) atuação positiva ou negativa dessa vontade no mundo exterior (manifestação de vontade por meio de um fazer ou não fazer)”*<sup>12</sup>.

O Decreto-Lei n.º 2.848/40, nosso Código Penal, prevê no artigo 18 como crimes doloso e culposo:

11 Para uma leitura mais aprofundada sobre o tema, BONAVIDES, Paulo, *in Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, p. 516 “Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali ‘direitos naturais, inalienáveis e sagrados’, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

12 *In Imputação Objetiva*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 4.

*"Crime doloso*

*I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.*

*Crime culposo*

*II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*

*Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente."*

Do texto legal podemos inferir que, para que o agente seja responsabilizado criminalmente, a conduta do mesmo deve ser voltada à produção do resultado, ou seja, intencional. Só poderá responder por ato culposo (imprudência, negligência ou imperícia) se o tipo penal assim o prever.

O Código Penal já tipifica várias condutas como crimes contra a Administração Pública em seus artigos 312 e seguintes. A novidade, como veremos a seguir, foram os crimes acrescentados pela Lei n.º 10.028/00 (Lei dos Crimes de Responsabilidade Fiscal) relativos às finanças públicas, que são todos crimes dolosos, conforme se extrai do próprio estatuto repressivo em seu artigo 18, parágrafo único.

## V – DA RESPONSABILIDADE FISCAL

Além das responsabilidades administrativa, civil e criminal já mencionadas, a Lei de Responsabilidade Fiscal inaugura esta nova nomenclatura para disciplinar especificamente a responsabilidade pelos atos causadores de danos à gestão pública financeira.

Como já discorremos, *en passant*, uma série de preceitos contidos na Lei Complementar n.º 101/00 já regulam sanções de ordem fiscal<sup>13</sup> e penal<sup>14</sup>, que agora foram disciplinadas de forma específica pela Lei n.º 10.028/00, com o fito de tutelar o bem jurídico *finanças públicas*.

Na verdade, a Lei Complementar n.º 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e a Lei n.º 10.028/00 (Lei dos Crimes de Responsabilidade Fiscal) acrescentam sanções que poderiam ser adaptadas aos tipos de responsabilidade que já conhecemos (administrativa, civil e criminal), mas preferimos adotar um conceito separado de responsabilidade, a responsabilidade fiscal, tendo em vista a especificidade do tema e a existência de princípios e normas próprias que a informam.

13 Artigos 11, parágrafo único; 23, parágrafo terceiro, inciso II; 40, parágrafo nono.

14 Artigo 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não foi a Lei n.º 10.028/00, entretanto, que inovou a ordem jurídica quando da previsão de crime<sup>15</sup> contra a lei orçamentária. A Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, já previa em seu artigo 10 a tipificação de vários crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária, procedendo a nova legislação ao acréscimo de novos incisos ao dispositivo, em conformidade com as novas diretrizes orçamentárias.

A Lei n.º 10.028/00 introduziu as seguintes alterações na Lei n.º 1.079/50:

"Art. 10.

....."

"5) deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal;" (AC)

"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;" (AC)

"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;" (AC)

"8) deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro;" (AC)

"9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente;" (AC)

15 Embora a Lei n.º 1.079/50 utilize a nomenclatura de "crime contra a lei orçamentária", a doutrina balizada e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já consolidaram o entendimento de que se trata de um ilícito político administrativo. Tanto assim que as sanções são de natureza política, com a perda do cargo e a inabilitação até cinco anos para o exercício de qualquer função pública (art. 78 da Lei). Frise-se, ainda, que a denúncia, que pode ser proposta por qualquer cidadão, perante a Assembléia Legislativa, não será recebida depois que o Governador, por qualquer motivo, houver deixado definitivamente o cargo (art. 76, parágrafo único, da Lei).

"10) captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido;" (AC)

"11) ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou;" (AC)

"12) realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei." (AC)

"Art. 39-A – Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da Presidência, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas." (AC)

"Parágrafo único – O disposto neste artigo aplica-se aos Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição." (AC)

"Art. 40-A – Constituem, também, crimes de responsabilidade do Procurador-Geral da República, ou de seu substituto quando no exercício da chefia do Ministério Público da União, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas." (AC)

"Parágrafo único – O disposto neste artigo aplica-se:" (AC)

"I – ao Advogado-Geral da União;" (AC)

"II – aos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, aos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições." (AC)

"Art. 41-A – Respeitada a prerrogativa de foro que assiste às autoridades a que se referem o parágrafo único do art. 39-A e o inciso II do parágrafo

único do art. 40-A, as ações penais<sup>16</sup> contra elas ajuizadas pela prática dos crimes de responsabilidade previstos no art. 10 desta Lei serão processadas e julgadas de acordo com o rito instituído pela Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990, permitido, a todo cidadão, o oferecimento da denúncia." (AC)

Destacamos a inclusão de outros agentes públicos como possíveis sujeitos ativos do ilícito político-administrativo.

Já no Código Penal, a Lei n.º 10.028/00 inseriu oito novos tipos penais. O estudo de cada tipo penal foi realizado com bastante propriedade pelos penalistas LUIZ FLÁVIO GOMES e ALICE BIANCHINI<sup>17</sup>, em obra sobre os Crimes de Responsabilidade Fiscal, que será utilizada em todo o decorrer do presente trabalho como fonte para a explanação da parte penal, juntamente com o trabalho de AMIR ANTÔNIO KHAIR<sup>18</sup>.

Vejamos a parte que nos interessa:

"Art. 2.º – O Título XI do Decreto-Lei n.º 2.848, de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte capítulo e artigos:"

#### "CAPÍTULO IV

#### "DOS CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS" (AC)

"Contratação de operação de crédito" (AC)

"Art. 359-A – Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa:" (AC)

"Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos." (AC)

16 Para Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, "Não são poucas perplexidades que o novo texto legal encerra".

Primeiramente, se for entendido que as condutas previstas no art. 10 da Lei n.º 1.079/50 são de caráter penal (e isso já foi anteriormente afastado), torna-se absurdo permitir a todo cidadão o oferecimento de denúncia, pois amplia o rol dos legitimados para a propositura de ação penal, em total afronta ao art. 129, I, da Constituição, que estabelece a competência privativa do Ministério Público.

17 GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice, *Crimes de Responsabilidade Fiscal Lei n.º 10.028/00. Crimes contra as Finanças Públicas. Crimes de Responsabilidade Fiscal de Prefeitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

18 *Lei de Responsabilidade Fiscal: As Transgressões à Lei de Responsabilidade Fiscal e Correspondentes Punições Fiscais e Penais*, trabalho incentivado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, BNDES e Governo Federal, em atenção ao artigo 64 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

*"Parágrafo único – Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:"* (AC)

*"I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal;"* (AC)

*"II – quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei."* (AC)

*"Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar"* (AC)

As normas gerais que tratam de operações de crédito encontram-se nos artigos 32 a 39 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Para os Autores LUIZ FLÁVIO GOMES e ALICE BIANCHINI<sup>19</sup>, a interpretação possível, a fim de adquirir *status* de crime (em sentido material), exige algo mais que a realização da conduta sem a devida autorização legislativa. O bem jurídico protegido no *caput* do artigo é o controle legislativo do orçamento e das contas públicas. A tipificação visa a impedir o arbítrio administrativo perpetrado quando da contratação de operação de crédito à revelia do legislativo.

O parágrafo único visa a proteger o equilíbrio das contas públicas, para o que, segundo os Autores, é preciso que a conduta do agente provoque o risco de referido equilíbrio; caso contrário, não haverá crime.

Alguns acréscimos promovidos no artigo 359 (359-B, 359-C, 359-F e 359-G) tratam das obrigações assumidas em final de mandato, principalmente sobre a questão dos *"restos a pagar"*. Por esta razão, a análise dos mesmos será realizada de forma agrupada.

Vejamos:

*"Art. 359-B – Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei."* (AC)

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

*"Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura"* (AC)

*"Art. 359-C – Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste*

<sup>19</sup> Ob. cit., p. 43.

*parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:"* (AC)

*"Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."* (AC)

*"Art. 359-F – Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei."* (AC)

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

*"Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura"* (AC)

*"Art. 359-G – Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura."* (AC)

*"Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."* (AC)

*"Oferta pública ou colocação de títulos no mercado"* (AC)

No intuito de impedir o legado de débitos ao sucessor<sup>20</sup>, a Lei de Responsabilidade Fiscal disciplinou o tratamento que deve ser adotado na inscrição dos Restos a Pagar, pelo Administrador Público, para encerrar as contas do exercício financeiro, correspondente aos dois últimos quadrimestres do mandato eleitoral, no Capítulo da Dívida e do Endividamento.

Segundo a Lei Complementar n.º 101/2000 em seu artigo 42<sup>21</sup>:

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

<sup>20</sup> Destacamos que este planejamento da despesas não é feito só nos dois últimos quadrimestres previstos no artigo 42 da LRF e sim, de acordo com o artigo 9.º da Lei, de dois em dois meses deverá o administrador verificar o cumprimento de suas metas: *"Art. 9.º - Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias"*.

<sup>21</sup> Ainda sobre os restos a pagar, ver arts. 25, inciso IV, 42, 50, inciso V, 53, 55, inciso III, alínea b, e 59, inciso II, da LRF.

Mais adiante, no parágrafo único, explicita-se que:

*“Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício”.*

Ou seja, o governante fica impedido de assumir obrigação que não possa ser paga até o final do ano, ou que tenha disponibilidade de caixa suficiente para pagamento no exercício seguinte.

O tema é tormentoso, tendo em vista a possibilidade de dúvidas sobre quais seriam as obrigações, que não poderiam ser contraídas neste último quadrimestre; e como realizar a continuidade do serviço público, frente a referida vedação legal, ainda mais das inovações trazidas pela Lei n.º 10.028/00, mormente os acréscimos ao texto penal, ora em análise.

Nestas circunstâncias, se a única interpretação possível fosse a literalidade da lei, caberia ao Administrador cancelar todos os empenhos que não comportassem a disponibilidade de caixa até trinta e um de dezembro, sob pena de estar incorrendo em crime<sup>22</sup>.

Não é bem assim.

De acordo com CARLOS MAXIMILIANO, *“deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”*<sup>23</sup>.

Assim sendo, a interpretação de qualquer dispositivo legal não deve ser meramente literal e isolada do restante do ordenamento jurídico.

É necessária uma interpretação sistemática de todas as demais normas, princípios e valores jurídicos pertinentes para *“revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso em concreto”*<sup>24</sup>.

Em Restos a Pagar, devem ser inscritas todas aquelas despesas, processadas ou não, que serão efetivadas no exercício seguinte. É a chamada dívida flutuante de curto prazo<sup>25</sup>.

22 Art. 55, III, “a”, da LRF.

23 In *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 12.ª ed., p. 166.

24 BARROSO, Luís Roberto, in *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103.

25 Segundo Aliomar Baleeiro, “a dívida flutuante se caracteriza pelos vencimentos em termos brevíssimos, como meses ou um ano no máximo, muito embora a prática de alguns países abra maiores períodos”. In *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 513.

Na prática, no ano seguinte, a receita do ente público terá que ser suficiente para o adimplemento de todas as despesas previstas no orçamento do ano corrente, mais aquelas advindas do ano anterior, por conta dos Restos a Pagar.

Contrair obrigação de despesa não tem o mesmo significado que empenhar despesa.

O conceito de empenho de despesa é expresso no art. 58 da Lei n.º 4.320, de 1964, *in verbis*:

*“O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento pendente ou não de implemen-  
to de condição”.*

Assim, uma das interpretações possíveis do artigo 42 da LRF é que o termo *“contrair obrigação de despesa”* abarcaria apenas a vedação de assumir compromissos novos, os quais não existiam antes dos últimos oito meses do término do mandato, e não às despesas empenhadas assumidas anteriormente.

Outra proposta seria a exclusão do alcance normativo do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal das despesas previstas no artigo 9.º, § 2.º, da lei, a saber:

“Art. 9.º – .....

§ 2.º – *Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias*. (Negritei)

Da leitura do texto constitucional podemos inferir que, entre as obrigações constitucionais, estão as folhas de pagamento, décimo terceiro salário (artigos 7.º e 39, parágrafo 3.º, da CRFB/88), e os encargos legais decorrentes (previdência social, PASEP, etc.), bem como a revisão geral anual prevista no artigo 37, inciso X, da Constituição da República de 1988.

Desta forma, as obrigações decorrentes de obrigações constitucionais ou decorrentes de obrigações legais do ente público não poderiam sofrer a restrição prevista no artigo 42 da LRF.

Ressaltamos que a ausência de limitação, porém, não é absoluta, devendo obedecer os ditames constitucionais e da própria Lei de Responsabilidade Fiscal; por exemplo, as despesas com pessoal, apesar de serem constitucionalmente previstas, não podem ultrapassar os limites dos artigos 15, 16, 17, 19, 20 e, principalmente, do artigo 21, parágrafo único, da Lei Complementar n.º 101/2000.

Caso o governante, no final de mandato, verifique a incompatibilidade da norma legal com os limites expostos, deverá propor as medidas cabíveis, como o cancelamento do empenho e o ingresso de representação de inconstitucionalidade em face da lei ou ato normativo que afronte as disposições constitucionais oriundas do artigo 169 da Constituição da República de 1988.

De igual forma, entendemos ainda que as obrigações contraídas para dar continuidade à ação governamental já existente também não podem sofrer com a restrição prevista no artigo 42, visto que se pode, com isto, inviabilizar a continuidade do serviço público com impedimento de ação governamental planejada, nos moldes dos artigos 15 e 16 da própria Lei de Responsabilidade Fiscal.

A matéria ainda é nova, controversa e, por isso mesmo, ainda não suficientemente sedimentada pela doutrina e jurisprudência. Isto não impede o Administrador de aplicar a interpretação do direito que melhor preserve o princípio da continuidade do serviço público, em prol da eficiência do mesmo<sup>26</sup>.

*“Ordenação de despesa não autorizada”* (AC)

*“Art. 359-D – Ordenar despesa não autorizada por lei:”* (AC)

*“Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”* (AC)

*“Prestação de garantia graciosa”* (AC)

Para o cumprimento da norma legal, deve o agente público observar os artigos 15, 16, 17, 21, 22, 24 e 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Ressaltamos a importância desta norma penal como forma de interpretação, ou seja, caso haja uma lei autorizando a despesa, esta poderá ser realizada sem implicações de âmbito penal. A conclusão pode parecer singela, mas atende a um dos princípios que regem a Administração Pública preconizado pelo saudoso HELY LOPES MEIRELLES:

*“na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”<sup>27</sup>.*

Caso o Governante entenda que uma despesa fixada em lei não atende ao interesse público, ou está em desconformidade com as normas constitucionais, deve propor ação direta de inconstitucionalidade, a fim de afastar a aplicabilidade da mesma.

<sup>26</sup> Entendemos que, pelo princípio da harmonia entre os Poderes, preconizada pelo artigo 2.º da Carta Magna, em interpretação conjunta com o artigo 59, inciso II, da LRF, deve o Poder Legislativo, na fiscalização *dos restos a pagar*, buscar a compatibilização da norma com a realidade fática vivida pela Administração Pública, neste período tormentoso, auxiliando-a em prol do interesse público. <sup>27</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, in *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 78.

*“Art. 359-E – Prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei:”* (AC)

*“Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.”* (AC)

*“Não cancelamento de restos a pagar”* (AC)

A concessão de garantia está inserida no inciso IV do artigo 29 da LRF, tratando os parágrafos 1.º a 10 do artigo 40 da garantia e contragarantia, estabelecendo inúmeras condições, situações, vedações e exceções para a obtenção de garantias.

Para os Autores LUIZ FLÁVIO GOMES e ALICE BIANCHINI, *“a inexistência de contragarantia quando da prestação de uma garantia não é motivo suficiente para se punir penalmente a conduta, visto que, para não configurar mero ilícito administrativo, exige-se a comprovação do perigo concreto de lesão às finanças públicas (ou ao equilíbrio das contas públicas). Exige-se, portanto, para a consumação do crime, a comprovação do perigo a um bem jurídico de natureza supra-individual”*.

*“Art. 359-H – Ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia:”* (AC)

*“Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”* (AC)

Ao ver de LUIZ FLÁVIO GOMES e ALICE BIANCHINI<sup>28</sup>, a preocupação do legislador neste tipo penal é com o controle legislativo do orçamento e das contas públicas, devendo a norma penal ser interpretada conjuntamente com o artigo 29, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

AMIR ANTÔNIO KHAIR acrescenta, ainda, para melhor interpretação do tipo penal, a observância do artigo 61 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não trataremos da responsabilidade fiscal dos Prefeitos (artigo 4.º da Lei n.º 10.028/00) em separado, por ser assunto específico da esfera municipal.

Por fim, o artigo 5.º da Lei n.º 10.028/00 disciplina algumas infrações administrativas que são punidas com a aplicação de multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua **responsabilidade pessoal**.

<sup>28</sup> Ob. cit., p. 55.

Vamos à compreensão dos incisos que compõem o artigo 5.º da Lei n.º 10.028/00<sup>29</sup>:

*"Art. 5.º – Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:*

*I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei;"*

Para o cumprimento do dispositivo legal, deve o administrador observar a norma estatuída nos artigos 54 e 55 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

*"II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei"<sup>30</sup>;*

*III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei;"*

Refere-se aos artigos 9.º e 31, parágrafo primeiro, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

*"IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo."*

Refere-se ao artigo 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

*"§ 1.º – A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.*

*§ 2.º – A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida."*

Em anexo, segue um quadro geral das transgressões à Lei de Responsabilidade e correspondentes punições, organizado por AMIR ANTÔNIO KHAIR.

29 Também utilizamos como fonte: GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice, *in Crimes de Responsabilidade Fiscal Lei n.º 10.028/00. Crimes contra as Finanças Públicas. Crimes de Responsabilidade Fiscal de Prefeitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

30 De grande importância para o controle das contas públicas, é a previsão do Anexo de Metas Fiscais, nos parágrafos 1.º e 2.º do artigo 4.º da Lei de Responsabilidade Fiscal, que cumpre um papel determinante para a efetividade do texto.

## VI- CONCLUSÃO

Após a presente explanação, que procurou orientar e esclarecer quais são as responsabilidades do agente público, no exercício de suas funções, dentro do controle das finanças públicas, destacamos que, o mais importante para o cumprimento de todas as normas é a consciência da ética na alocação de recursos.

A dificuldade maior é saber : onde buscar a ética, a moral?

Afinal, como bem assevera PERELMAN<sup>31</sup>:

*"em moral, não existem obras que contemham o conjunto das regras válidas numa dada sociedade e todos parecem qualificados para emitir um juízo moral sobre qualquer situação humana, com uma autoridade variável segundo as circunstâncias. Não é nada espantoso que os juízos morais referentes às situações particulares nem sempre sejam seguros ou concordes."*

*"Quando nos encontramos diante das controvérsias, em moral, é que o papel dos princípios se mostra mais importante."*

Dentro da importância dos princípios, a Lei de Responsabilidade Fiscal erigiu o princípio da Transparência Fiscal como norma, que deve ser observado pelo agente público na sua conduta fiscal.

Como lembrado por RICARDO LOBO TORRES, *"o dever de transparência incumbe ao Estado e à Sociedade. A sociedade deve agir de tal forma transparente que no seu relacionamento com o Estado desapareça a opacidade dos segredos e da conduta abusiva fundada na prevalência de forma sobre o conteúdo dos negócios jurídicos. O Estado, por seu turno, deve revestir a sua atividade financeira da maior clareza e abertura, tanto na legislação instituidora de impostos, taxas, contribuições e empréstimos como na feitura do orçamento e no controle da sua execução"*<sup>32</sup>.

Desta forma, a transparência não pode ser excluída do direito orçamentário, tendo em vista a busca dos valores éticos, que criam um ambiente axiológico propício para aplicação dos princípios.

Isto não é uma novidade inerente somente às relações pertinentes ao setor público, pois *"o público é o campo de ação do Estado, mas não mais seu monopólio"*<sup>33</sup>.

31 PERELMAN, Chaïm, *Ética e Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp.292-293

32 De acordo com conferência realizada em 27.10.2000 no XIV Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo IDEPE/IBET.

33 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.185

Ora, mesmo no "mercado" o administrador privado deve agir com transparência na busca do atendimento dos interesses de seus clientes, procedendo de forma ética para o alcance eficiente desses interesses, sob pena de sofrer a responsabilização por seus atos.

Não é diferente na Administração Pública.

Desta forma, o agente público deve conhecer as normas aplicáveis, suas respectivas sanções, para o bom desempenho de suas funções. Isto não significa agir com o temor reverencial, diante da ordenação de despesas. O ato omissivo também gera a responsabilização.

A Lei de Responsabilidade Fiscal é um desafio para todos os agentes públicos, aliado ao fato de que este é o primeiro ano em que ela é aplicada para o final de mandato dos Governadores de Estado. Temos o costume de temer tudo o que não conhecemos, e, para vencer este desafio, somente o aprendizado contínuo dos preceitos nela contidos fará com que se realize uma boa administração.

Comungando da mesma opinião de PEDRO DEMO<sup>34</sup>, entendemos fundamental investir em disciplina e organização como método de conhecimento, mormente por conta de nossos vezos culturais. A ciência é sobretudo procedimento metódico, implicando em um processo progressivo, cumulativo, sempre avaliado e controlado.

Ainda está se formando no Brasil o conhecimento sobre a gestão fiscal responsável, o que não implica em ignorá-la ou temer as suas conseqüências. O agente público deve ter a consciência desta formação, buscando o conhecimento metodológico de forma sistemática, com o auxílio dos demais órgãos da Administração Pública, a fim de melhor alcançar os resultados.

A preocupação com a sua responsabilização, **que é sempre pessoal**, apesar de ser um fator importante para a limitação do poder, não pode ser a trava para a conduta lícita do agente público e sim apenas uma forma de apenar os que dele abusam.

Na lição de MONTESQUIEU, exposta no Livro Décimo Primeiro de "O Espírito das Leis":

*"... trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder".*

Rio de Janeiro, 24 de maio de 2002.

34 DEMO, Pedro, **Pesquisa e construção de conhecimento: metodologia científica no caminho de Habermas**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996, p.94. O autor discorre acerca de várias formas de aprendizagem para a metodologia de uma aula.