

Federalismo fiscal, autonomia financeira dos Municípios e dívida pública: a responsabilidade pessoal do agente público municipal pelo descumprimento de normas jurídicas que disciplinam a contratação de operações de crédito realizadas pelos Municípios

Marcelo Cheli de Lima

Procurador Municipal e Advogado, mestrando em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito da USP e pós-graduando em análise econômica do Direito pela UNICAMP.

Resumo: O presente artigo pretende investigar as relações jurídicas entre o agente público (especialmente os agentes públicos municipais) e a legislação de regência acerca da dívida pública e das operações de crédito, tendo como ponto nevrálgico as sanções pessoais aplicáveis, caso haja violação das normas jurídicas de gestão fiscal responsável, mormente a Lei de Responsabilidade Fiscal. Os conceitos mais importantes para compreensão do tema foram abordados *en passant*, *v.g.*, federalismo fiscal, autonomia municipal, crédito público, responsabilidade fiscal, atribuições do Senado da República na fixação de limites para o endividamento, entre outras. As sanções pessoais aplicáveis, em caso de descumprimento da legislação de regência, são bastante severas e podem ser aplicadas cumulativamente e concomitantemente, em razão do princípio da independência das instâncias, sem caracterização de *bis in idem*.

Palavras-Chave: Federalismo Fiscal. Autonomia Financeira Municipal. Dívida Pública. Operações de Crédito. Senado da República. Atribuições. Lei de Responsabilidade Fiscal. Responsabilidade Pessoal. Responsabilidade Subjetiva. Responsabilidade Objetiva. Responsabilidade Penal. Responsabilidade Penal do Prefeito. Atos de Improbidade Administrativa.

Sumário: **1** Introdução – **2** Federalismo e pacto fiscal: autonomia dos municípios – **3** Crédito público e limites para o endividamento: o papel do Senado Federal – **4** Dívida e endividamento na Lei de Responsabilidade Fiscal – **4.1** Conceitos importantes – **5** Da responsabilidade pessoal dos gestores públicos – **5.1** Responsabilidade subjetiva e objetiva – **5.2** Da responsabilidade penal do agente público por crime contra as finanças públicas: contratação irregular de operação de crédito – **5.2.1** Da responsabilidade penal do Prefeito – **5.2.1.1** Sujeito ativo, coautoria e participação e término do mandato de Prefeito – **5.3** Atos de improbidade administrativa – **6** Do princípio da independência das instâncias e da aplicação concomitante das sanções – **7** Conclusão – Referências.

1 Introdução

Com relativa frequência, o tema dívida pública é objeto de discussão entre especialistas. Alguns defendem o não pagamento (repúdio), porquanto, dentre outros argumentos, os juros (serviço da dívida) são imorais e ilegais; outros, seguindo caminho distinto, preferem assumir a defesa de que o Estado deve cumprir suas obrigações de pagamento – *pacta sunt servanda*.

Deixada a polêmica de lado, a dívida pública é contraída, em regra, através de operações de crédito entre o ente público e os prestamistas. Essas operações de crédito realizadas pelo Estado devem observar regras de gestão fiscal responsável, previstas na Constituição Federal e na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), sob pena, em caso de descumprimento, da aplicação de sanções institucionais e/ou pessoais.

Caso haja descumprimento das normas jurídicas que disciplinam limites e condições para realização de operações de crédito e concessão de garantia em operações dessa natureza, os agentes públicos competentes estarão sujeitos a sanções sobremaneira severas, quais sejam: pena de prisão; perda do cargo, emprego ou mandato eletivo; multa; suspensão dos direitos políticos; ressarcimento do dano; entre outras, inclusive, há possibilidade de aplicação simultânea das sanções, nas searas penal e administrativa, em razão do princípio da independência das instâncias.

Há, portanto, um verdadeiro “arsenal” jurídico cujo escopo é a tutela das finanças públicas, mormente, a estrita observância das regras de endividamento, mas, transparece-nos, infelizmente, que as sanções por descumprimento da legislação de regência não são efetivamente aplicadas, porquanto a situação fiscal dos entes federados, especialmente dos Municípios, não é das melhores. Prevalece a cultura da irresponsabilidade fiscal.

A escorreita aplicação das sanções pessoais aos agentes públicos municipais é necessária, porquanto o fator preventivo das sanções contribuiria para reduzir as más práticas na Administração Pública. Devemos evitar, todavia, o pernicioso processo de “criminalização” da atividade de gestão pública, fenômeno observável na conduta de algumas autoridades responsáveis pelo devido processo de aplicação das sanções que buscam punir agentes públicos pela mera posição que ocupam, sem a demonstração inequívoca da culpa do agente. Ademais, as penalidades deverão ser individualizadas (individualização da pena) e dosadas nos termos da lei.

Não pretendemos, ao escrever sobre, apresentar uma obra definitiva sobre o assunto, mas investigar o tema que é muito intrigante e, no que tange às sanções por descumprimento de normas de Direito Financeiro, especialmente aquelas relativas ao processo de endividamento público, pouco explorado.

2 Federalismo e pacto fiscal: autonomia dos municípios

O Estado Brasileiro é uma federação formada pela união indissolúvel dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme prevê nossa Constituição Federal (CF, art. 1º, *caput*). O federalismo é uma forma de Estado que pressupõe a conjugação de vários centros de poder políticos autônomos. No Brasil, a organização político-administrativa compreende 04 (quatro) entes federados: a União, os Estados membros, o Distrito Federal e os Municípios.

Etimologicamente, federação (do latim *foedus*) quer dizer pacto, aliança. O Estado Federal é, portanto, uma aliança ou união de Estados, todavia, em qualquer época da história humana encontram-se referências a alianças entre Estados, reconhecendo-se que só algumas constituíram federações, o que demonstra, desde logo, que essa união deve demonstrar algumas peculiaridades importantes que a distingue das demais.¹

Os Estados que optarem pela aliança que formará o Estado Federal abdicam de parte de sua soberania, porém, agora na condição de entes federados, passam a deter autonomia político-administrativa, ou seja, ainda lhes resta a capacidade de autogestão, autogoverno e autoadministração.

José Maurício Conti² nos ensina que a autonomia dos entes federados engloba vários aspectos, que podem ser sistematizados em 03 (três) categorias: a autonomia política; a autonomia administrativa e a autonomia financeira. Dentre as 03 (três) espécies de autonomia, o autor chama a nossa atenção para a importância fundamental da autonomia financeira dos entes federados:

A autonomia financeira é de fundamental importância. Não é exagero dizer ser ela quem garante a sobrevivência da federação. Sem recursos para se manter, as entidades federadas estão fadadas ao fracasso. Não poderão exercer as funções que lhes competem, e passarão a depender do poder central para financiar suas atividades, circunstância que aniquila todo e qualquer poder autônomo que se lhes atribua.³

O modelo de Estado adotado pelo constituinte de 1988 é o social-democrático (Estado do bem estar social), que exige dos entes federados – através das competências que lhes são outorgadas pela Constituição Federal – o dever de prestar serviços públicos essenciais à população, principalmente àqueles mais pobres, cujo objetivo

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 255.

² CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 12.

³ CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 14.

é a promoção dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana. Contudo, as competências outorgadas pela Constituição dependem, essencialmente, de recursos financeiros que podem ser obtidos de várias formas, *v.g.* tributação, operações de crédito, alienação de bens públicos dominicais, entre outras.

Outro conceito sobremaneira relevante para entendermos a autonomia financeira dos entes federados é o *federalismo fiscal*, segundo Marcus Abraham:

Assim, o *federalismo fiscal*, originário do pacto federativo brasileiro, consiste na distribuição constitucional da partilha de recursos patrimoniais e das competências financeiras e tributárias para legislar, fiscalizar e cobrar recursos, assim como a redistribuição de receitas entre os entes federados, no sentido de conferir a cada ente condições para realizar suas respectivas atribuições públicas, igualmente estabelecidas na Carta Constitucional.⁴

A Constituição Federal define as competências tributárias – cujo escopo é prover os entes federados de recursos para que possam realizar os fins que lhes são outorgados – seguindo uma certa lógica, vejamos: a) à União compete instituir impostos sobre o comércio exterior, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, sobre produtos industrializados, sobre operações financeiras, sobre propriedade territorial rural e grandes fortunas; b) aos Estados membros competem instituir impostos sobre a transmissão de bens *causa mortis* e doações, sobre a circulação de mercadorias, a prestação de serviços de transporte intermunicipal, interestadual e de comunicação e a propriedade de veículos automotores; c) aos Municípios é outorgada a competência para instituir impostos sobre a propriedade territorial urbana, a transmissão de bens imóveis e sobre serviços de qualquer natureza.

Podemos notar que a União detém competência tributária mais abrangente, porquanto, além da competência para instituir a maioria dos impostos supracitados, pode, ainda, instituir taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios. A concentração de competências tributárias na União denota certo desequilíbrio em nosso pacto federativo, conforme defende Régis Fernandes de Oliveira:

No Brasil, hoje, o pacto fiscal está torto. Há manifesto desequilíbrio em favor da União. A esta devem ser atribuídos recursos suficientes e necessários para atender a suas finalidades precípuas, quais sejam, segurança externa do país, representação diplomática, Justiça Federal, manutenção da estrutura burocrática dos Ministérios e da Administração Direta, recursos instrumentais para pagamento de seus servidores e da manutenção de seus equipamentos, prédios etc. O mais é de

⁴ ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 50.

ser repassado a Estados e Municípios, uma vez que destes é a dívida maior. Caso tivessem maiores recursos, desnecessário seria a assunção de suas dívidas pela União ou o repasse anual de fundos perdidos ou de ajuda para obras de saneamento básico, veículos etc. Meros convênios resolveriam o problema da União. Esta deve ter estrutura mínima de subsistência e para garantir o pagamento do endividamento externo, oportunidade em que se instituiria mecanismo para retenção de recursos de Estados e Municípios, para honrar a dívida interna ou externa.⁵

As críticas ao pacto fiscal não foram inócuas, pois tramita no Congresso Nacional o Projeto de Emenda à Constituição nº 188/2019 (PEC do pacto federativo) que estabelece novas regras de financiamento dos entes federados com maior descentralização de recursos em favor dos Estados membros e Municípios.

Tratando, agora, acerca dos Municípios e sua posição no federalismo brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 concede-lhes autonomia jamais vista nas Constituições anteriores, segundo Paulo Bonavides:

As prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história.

Com efeito, as mudanças havidas, conforme intentaremos demonstrar, largaram o raio de autonomia municipal no quadro da organização política do País, dando-lhe um alcance e profundidade que o faz indissociável da essência do próprio sistema federativo, cujo exame, análise e interpretação já se não pode levar a cabo com indiferença à consideração da natureza e, sobretudo, da dimensão trilateral do novo modelo de federação introduzido no País por obra da Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988.⁶

Os Municípios, na visão de Alexandre de Moraes,⁷ são entidades federativas indispensáveis à nossa forma federativa de Estado. Concordamos com o autor e ressaltamos que sua afirmação não é exagerada, porquanto a própria Constituição Federal (art. 1º, *caput*) determina que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 insere o Município na estrutura política-administrativa da federação, concedendo a esses entes subnacionais a mesma autonomia concedida aos demais entes federados, portanto, os Municípios

⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 111.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 344.

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 276.

detêm autonomia política, administrativa e financeira, nos termos da Constituição. Nesse sentido destacam Mendes e Branco:

Muitos sustentam que, a partir da Constituição de 1988, os Municípios passaram a gozar do *status* de integrantes da Federação, uma vez que, agora, além de autonomia, contando com Executivo e Legislativo próprios, contam também com o poder de auto-organização, por meio de lei orgânica (art. 29). É tido como definitivo para corroborar essa tese o artigo inaugural da Carta em vigor, em que se afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.⁸

Mendes e Branco dissertam, ainda, que:

Embora essa corrente receba adesões significativas, há ponderosas razões em contrário. Veja-se que é típico do Estado Federal a participação das entidades federadas na formação da vontade federal, do que resultada a criação do Senado Federal, que, entre nós, não tem, na sua composição, representantes de Municípios. Os Municípios também mantêm um Poder Judiciário, como ocorre com os Estados e com a União. Além disso, a intervenção nos Municípios situados em Estado-membro está a cargo deste. Afinal, a competência originária do STF para resolver pendências entre entidades componentes da Federação não inclui as hipóteses em que o Município compõe um dos polos da lide.⁹

Não concordamos, todavia, com tal posição doutrinária, pois nos transparece que o texto magno (arts. 1º, *caput*, 18, 23 e 29 a 31) insere, inequivocamente, os Municípios na organização política administrativa da República Federativa, atribuindo-lhes a condição de entes federados, em que pese não terem Poder Judiciário próprio e representação no Congresso Nacional (formado por uma casa com representantes do povo e outra casa com representantes dos Estados membros). Ademais, os Municípios detêm capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração, conforme já salientamos, portanto, não vislumbramos nenhuma razão para negar-lhes a condição de entes federados subnacionais.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 798.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 798.

3 Crédito público e limites para o endividamento: o papel do Senado Federal

O vocábulo crédito (do latim *creditum, credere*) significa crer, ter confiança, acreditar, confiar; crédito pode significar a confiança que uma pessoa inspira em outra no cumprimento de uma obrigação futura. Geraldo Ataliba ensina que: “a palavra crédito é antônima de débito, que, por sua vez, é sinônimo de dívida, que juridicamente significa o objeto de uma obrigação”.¹⁰

Especificamente no que tange ao crédito público, Marcus Abraham¹¹ define-o como uma operação de empréstimo sob duas óticas: 1) crédito público como sendo um instrumento de intervenção na sociedade, em que o Estado, agindo como credor, oferece recursos financeiros ao particular de maneira menos onerosa que o mercado, para que este possa desenvolver alguma atividade econômica ou social de interesse público; 2) crédito público como fonte de receitas públicas, em que o Estado empresta recursos financeiros do particular, para que possa atuar diretamente na realização de suas atividades, fazendo frente às despesas públicas.

Há certa celeuma doutrinária acerca da natureza jurídica dos empréstimos públicos. Aliomar Baleeiro aponta as 05 (cinco) principais correntes, a saber:

- a) O empréstimo ao Estado é um contrato mútuo de dinheiro da mesma natureza dos contratos semelhantes que os particulares celebram entre si. Em consequência, obedece às mesmas regras do Direito Civil para os contratos de mútuo, que não podem ser modificadas unilateralmente por qualquer das partes (...).
- b) O empréstimo público é contrato sob condição simplesmente potestativa subentendida pelo devedor: este poderá suspender as obrigações assumidas se circunstâncias excepcionais, a seu critério, o impossibilitarem de cumpri-las.
- c) O empréstimo público é ato de soberania, de sorte que, contraído, por efeito de uma lei, pode ser modificado unilateralmente por outra lei (...) O estado é senhor de cumprir ou não cumprir a obrigação assumida.
- d) O empréstimo público é contrato de Direito público, inconfundível com os contratos de direito privado.
- e) O empréstimo público é uma situação jurídica de caráter legal ou legislativo: as consequências práticas são as mesmas do ato de soberania.¹²

¹⁰ NOGUEIRA, José Geraldo de Ataliba. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978. p. 11.

¹¹ ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 190.

¹² BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 19. ed. rev. e atual. por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 614-615.

Nossa posição alinha-se àqueles que defendem a natureza jurídica do empréstimo público como contrato de Direito público, isto é, uma espécie de contrato administrativo.

Os contratos administrativos são regidos por normas cogentes de Direito público, porém, é possível a aplicação de normas de Direito privado (previstas no Código Civil), desde que sejam compatíveis com os princípios que norteiam a Administração Pública.

O crédito público é contraído através de operações de crédito que são compromissos financeiros assumidos 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 uso de derivativos financeiros. São equiparadas às operações de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívida pelo ente da Federação.

Realizar operações de crédito é uma das formas de obtenção de recursos financeiros à disposição dos entes federados, entretanto, há limites que devem ser observados, porquanto as operações de crédito (internas ou externas) têm como corolário o aumento da dívida pública da União, dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Acerca dos limites para realização de operações de crédito e endividamento dos entes federados, a Constituição Federal outorgou ao Senado da República a relevante função de fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada¹³ dos entes federados (CF, art. 52, VI). Ademais, compete ao Senado dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito internas e externas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal e estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 52, VII e IX).

Os limites globais para o montante da dívida consolidada dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios foram fixados pela Resolução nº 40/2001, do Senado, nos termos de seu art. 3º:

Art. 3º A dívida consolidada líquida dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao final do décimo quinto exercício financeiro contado a partir do encerramento do ano de publicação desta Resolução, não poderá exceder, respectivamente, a:

¹³ Dívida pública consolidada ou fundada é o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses. Também integram a dívida pública consolidada as operações de crédito de prazo inferior a doze meses cujas receitas tenham constado do orçamento.

- I – no caso dos Estados e do Distrito Federal: 2 (duas) vezes a receita corrente líquida, definida na forma do art. 2; e
- II – no caso dos Municípios: a 1,2 (um inteiro e dois décimos) vezes a receita corrente líquida, definida na forma do art. 2.

O montante global da dívida pública fundada ou consolidada no âmbito dos Estados e do Distrito Federal não poderá exceder (sob pena de aplicação das sanções¹⁴ previstas no art. 31, da Lei de Responsabilidade Fiscal) o montante de duas vezes suas respectivas receitas correntes líquidas.¹⁵ A dívida fundada dos Municípios, por sua vez, não poderá exceder 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) vezes sua receita corrente líquida.

Os limites globais e condições para dívida mobiliária da União serão fixados em lei complementar pelo Congresso Nacional (CF, art. 48, XIV c/c art. 163, II), cujo projeto será submetido à sanção do Presidente da República (CF, art. 48, *caput*).

Os limites e condições para as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios foram estabelecidos pelo Senado na Resolução nº 43/2001:

- Art. 7º As operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios observarão, ainda, os seguintes limites:
- I – o montante global das operações realizadas em um exercício financeiro não poderá ser superior a 16% (dezesesseis por cento) da receita corrente líquida, definida no art. 4;
 - II – o comprometimento anual com amortizações, juros e demais encargos da dívida consolidada, inclusive relativos a valores a desembolsar de operações de crédito já contratadas e a contratar, não poderá exceder a 11,5% (onze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida;
 - III – o montante da dívida consolidada não poderá exceder o teto estabelecido pelo Senado Federal, conforme o disposto pela Resolução que fixa o limite global para o montante da dívida consolidada dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

As duas resoluções editadas (40 e 43) não estabeleceram limites globais para dívida consolidada e limites e condições para operações de crédito da União. Contudo, há projeto de resolução (nº 46/2019) proposto pelo Senador Álvaro Dias

¹⁴ Proibição para realização de operações de crédito interno e externo, inclusive por antecipação de receita, vedação ao recebimento de transferências voluntárias entre outas.

¹⁵ Receita corrente líquida é o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea 'a' do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no §9º do art. 201 da Constituição.

(PODEMOS/PR), que pretende estabelecer limites e condições para endividamento e operações de crédito externo e interno e concessão de garantia pela União.

A intenção do parlamentar é louvável, porquanto é imprescindível estabelecer limites globais e condições para o endividamento da União. Contudo, no que tange à fixação de limites para dívida pública consolidada, o projeto de resolução padece de vício de inconstitucionalidade formal orgânica, pois compete ao Presidente da República propor seus respectivos limites globais, nos termos do art. 52, VI, da Constituição, logo, é o chefe do Poder Executivo que deve enviar proposta ao Senado contendo os limites para a dívida pública consolidada do ente central.

4 Dívida e endividamento na Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), dedica um capítulo inteiro (capítulo VII) à dívida pública e ao endividamento, há 06 (seis) seções, com 13 (treze) artigos que tratam sobre definições e conceitos básicos, limites da dívida pública e das operações de crédito, recondução da dívida pública aos seus limites, operações de crédito, garantias e contragarantias em operações de crédito e restos a pagar.

O legislador, ao aprovar a Lei de Responsabilidade Fiscal, cumpriu o quanto determinado pela Constituição, mormente o disposto no art. 163, II e III, que outorga à lei complementar a disciplina da dívida pública (interna e externa) e a regulamentação no que tange à concessão de garantias pelas entidades públicas.

4.1 Conceitos importantes

A Lei de Responsabilidade Fiscal definiu conceitos imprescindíveis para aplicação legítima das sanções decorrentes de ilícitos que atentam contra uma gestão fiscal responsável, principalmente acerca do descumprimento de regras relativas ao endividamento público.

Os conceitos fundamentais para escoreta compreensão do tema são: a) dívida pública consolidada ou fundada; b) operação de crédito; e c) concessão e garantia.

A dívida pública consolidada ou fundada é o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a 12 (doze) meses (LRF, art. 29, I).

Também integra a dívida pública consolidada ou fundada as operações de crédito cuja amortização dar-se-á em prazo inferior a 12 (doze) meses, desde que as receitas constem na lei orçamentária anual (LRF, art. 29, §3º). A Lei de Responsabilidade Fiscal inovou o conceito, porquanto possibilitou que operações de crédito que sejam

realizadas para amortização em prazo inferior a 12 (doze) meses sejam equiparadas à dívida pública consolidada ou fundada, desde que as respectivas receitas constem no orçamento. Superou-se, portanto, o vetusto conceito de dívida pública, previsto no art. 98, *caput*, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.¹⁶

Emerson César da Silva Gomes e José Alexandre Magrini Pigatto defendem essa posição, da superação do critério de longo prazo (superior a 12 meses) para realizarmos a distinção entre dívida pública fundada ou consolidada e dívida flutuante, *verbis*:

A dívida fundada, por sua vez, é aquela classificada no passivo permanente (art. 105, §4º, da Lei nº 4.320/1964), cujo pagamento depende de autorização legislativa para amortização ou resgate. O critério de distinção, portanto, deixa de ser o do prazo de exigibilidade e passa a ser o da autorização legislativa.¹⁷

Por sua vez, as operações de crédito são compromissos financeiros assumidos pelos entes públicos através de mútuos, aberturas de crédito, emissão e aceite de títulos, 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 (LRF, art. 29, III). O reconhecimento ou a confissão de dívida pelo ente da Federação serão equiparados às operações de crédito (LRF, art. 29, §1º).

Finalmente, a concessão de garantia é o compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada (LRF, art. 29, IV).

Fixados os conceitos mais importantes, é hora de avançarmos à responsabilidade pessoal dos gestores públicos municipais por descumprimento de normas jurídicas relativas à dívida pública.

5 Da responsabilidade pessoal dos gestores públicos

A Lei de Responsabilidade Fiscal prevê algumas sanções institucionais, de natureza eminentemente financeira, que podem ser aplicadas aos entes públicos que descumprirem as disposições relativas à dívida pública e a seus institutos correlatos. São exemplos de sanções institucionais: a proibição da realização de novas operações de crédito, internas e externas, inclusive por antecipação de receita orçamentária; o impedimento ao recebimento de transferências voluntárias da União ou dos Estados

¹⁶ Art. 98. A dívida fundada compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financeiro de obras e serviços públicos.

¹⁷ GOMES, Emerson César da Silva; PIGATTO, José Alexandre Magrini; CONTI, José Maurício (Coord.). *Orçamentos públicos: a Lei nº 4.320/1964 comentada*. 4. ed. atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 347-348.

membros; entre outras. Porém, ao longo do texto da Lei de Responsabilidade Fiscal, não há descrição de condutas que praticadas pelos servidores públicos e agentes políticos levariam à aplicação de uma sanção pessoal, *v.g.*, pena privativa de liberdade, multa, suspensão de direitos políticos, entre outras.

Contudo, à míngua de infrações pessoais descritas na Lei de Responsabilidade Fiscal não isenta o gestor público da aplicação de sanções previstas no Código Penal, na lei que disciplina os crimes de responsabilidade, no Decreto-Lei que prevê infrações penais praticadas pelos Prefeitos e na lei que prevê as condutas e sanções aplicadas àqueles que praticam atos de improbidade administrativa.¹⁸

Os diplomas legais supracitados preveem sanções de caráter pessoal, isto é, não objetivam penalizar o ente federado que descumpriu regras de responsabilidade fiscal, mas a pessoa do agente público.

5.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva

O vocábulo responsabilidade é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. A responsabilidade servirá, portanto, para traduzir a posição daquele que não executou o seu dever.¹⁹

No exercício de suas funções é dever dos agentes públicos a estrita obediência à lei e ao interesse público, destarte, serão punidos eventuais atos ilegais que violem as regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico pátrio, especialmente aquelas que disciplinam a dívida pública. Todavia, é imprescindível investigar os fundamentos normativos da responsabilidade do agente público que, em sua atuação, viola normas jurídicas relativas ao endividamento público, em especial a presença de culpa *lato sensu* (dolo, negligência, imprudência ou imperícia). O escopo é evitar o processo de “criminalização” da atividade de gestão pública e, igualmente, garantir a aplicação esmerada das sanções previstas no ordenamento jurídico quanto a condutas ilegais eventualmente praticadas por seus agentes.

Todavia, José dos Santos Carvalho Filho²⁰ lembra que o fato gerador da responsabilidade não está atrelado, necessariamente, ao aspecto da licitude ou ilicitude do fato. Porém, como regra, o fato ilícito é que acarreta a responsabilidade, mas, em ocasiões especiais, o ordenamento jurídico faz nascer a responsabilidade

¹⁸ Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7, p. 33.

²⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 569-570.

até mesmo de fatos lícitos. Nesse ponto, a caracterização do fato como gerador da responsabilidade obedece ao que a lei estabelecer a respeito.

Das normas jurídicas que disciplinam a responsabilidade dos agentes públicos (seja a responsabilidade civil, administrativa, penal, financeira ou política) realçamos o relevante papel da culpa (dolo e culpa *strictu sensu*) para incidência de quaisquer sanções. A responsabilidade desdobra-se em duas espécies, quais sejam: responsabilidade objetiva e subjetiva. Nessa linha, destacamos os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Essa teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade... Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser “subjetiva”, a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade.²¹

A responsabilidade civil subjetiva pressupõe a existência de 03 (três) elementos para sua caracterização: conduta, dano e nexo de causalidade. A culpa *lato sensu* (dolo, negligência, imprudência ou imperícia) é relevante para caracterização dessa modalidade de responsabilidade e será aferida analiticamente no momento em que a conduta do agente se externa, isto é, o átimo exato em que o agente público transpõe à esfera da mera cogitação e pratica o ato ou fato ilícito que poderá acarretar danos aos interesses da Administração Pública. O ato ou fato, entretanto, deverá ser ilícito. Porquanto, o fato gerador da responsabilidade civil subjetiva é o ato ilícito, isto é, a ação ou a omissão voluntária, negligente ou imprudente, que violar direito e causar dano a outrem.²²

A responsabilidade objetiva, por sua vez, pode originar-se de um ato lícito, prescinde da demonstração de culpa e funda-se na teoria do risco. Logo, para caracterizá-la basta a mera relação de causalidade entre o comportamento de um agente público e o dano causado. A responsabilidade será objetiva nas hipóteses previstas expressamente no ordenamento jurídico, ou seja, depende de previsão em lei.

A responsabilidade dos agentes públicos (federais, estaduais ou municipais), por eventuais descumprimentos de regras que disciplinam o endividamento público, seja a sanção aplicável de natureza penal, administrativa, financeira, civil ou política, dependerá da demonstração de dolo ou culpa e pressupõe a prática de um ato ilícito,

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22.

²² Código Civil, art. 186.

portanto, será subjetiva. Aplicar a responsabilidade objetiva, *in caso*, acarretaria graves injustiças e contribuiria para o fenômeno da “criminalização” ou “responsabilização” pelo mero exercício de funções relacionadas à gestão pública, porquanto a teoria que busca fundamentar a existência da responsabilidade objetiva é o risco inerente ao exercício de determinada atividade.

As sanções aplicáveis em caso de inobservância de regras de direito financeiro que disciplinam a dívida pública são muito severas, podem levar à prisão, à perda do cargo ou mandato eletivo, à suspensão de direitos políticos, à aplicação de multa, ao ressarcimento integral do dano, à perda de bens ou valores, à proibição de contratar com o Poder Público entre outras penalidades aplicáveis. Portanto, a responsabilização de servidores e gestores públicos deve ser analisada com parcimônia pelos órgãos competentes para aplicar as sanções supracitadas, sob pena de afastar do exercício das funções públicas correlatas à ordenação de receitas e despesas boa parte dos interessados em exercê-la, porque os riscos da eventual penalização não compensariam os ganhos auferidos pelo agente público.

5.2 Da responsabilidade penal do agente público por crime contra as finanças públicas: contratação irregular de operação de crédito

A Lei nº 10.028/2000 inseriu ao título XI (Dos crimes contra a Administração Pública), do Código Penal, um capítulo dedicado aos crimes contra as finanças públicas. Houve a inserção de 08 (oito) novos artigos (359-A a 359-H) em que são descritas algumas condutas que, caso praticadas, podem sujeitar o agente público à pena de reclusão ou detenção, dependendo do delito praticado.

A doutrina de José Paulo Baltazar Júnior elogia a inserção dos arts. 359-A a 359-H, no Código Penal, *verbis*:

O capítulo IV foi acrescentado ao Título XI do CP pela Lei nº 10.028/00, que também criou infrações administrativas e alterou: a) o art. 339 do CP; b) a Lei nº 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade; c) o DL nº 201/67, que trata dos crimes cometidos por prefeitos.

O presente capítulo incrimina condutas reguladas, do ponto de vista administrativo ou financeiro, pela LRF (LC nº 101/00), a qual está baseada em quatro grandes eixos, a saber: planejamento, transparência, controle e responsabilização, todos visando ao equilíbrio das contas públicas (Gomes; Bianchini: 12-13). *Louva-se, na introdução do novo capítulo ao CP, a possibilidade de que a responsabilização alcance também os agentes políticos em exercício nos Poderes Executivos estaduais e federais, uma vez que a responsabilização penal era,*

*anteriormente, praticamente limitada aos Prefeitos Municipais (Bitencourt: XVIII-XIX).*²³

O art. 359-A, parágrafo único, I e II, tipifica as condutas do agente público que ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo, com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal e quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei. O bem jurídico tutelado pela norma penal são as finanças públicas, conforme podemos inferir do capítulo IV, “Dos crimes contra as finanças públicas”, especialmente a estrita observância da legalidade na realização de operações de crédito internas e externas.

Responderá pela prática das condutas descritas no art. 359-A, parágrafo único, I e II, o agente público (funcionário público *lato sensu*), porém, somente cometerá o tipo penal quem possui atribuição legal para ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, caso o funcionário que emitir o ato administrativo (ordem, autorização ou ele próprio realizar a operação) não tiver atribuição legal para tanto, o referido ato poderá ser anulado pela Administração Pública. Essa falta de atribuição legal torna a conduta atípica. Destacamos que pode cometer esse delito tanto o agente público que emite o ato administrativo (ordena ou autoriza a operação de crédito) quanto aquele funcionário subordinado que realiza a operação.²⁴ Os Prefeitos Municipais, em regra, responderão pelas condutas descritas no Decreto-Lei nº 201/1967, porquanto, em homenagem ao princípio da especialidade – *lex specialis derogat legi generali* –, a lei especial prevalecerá em face da lei geral.

As ações descritas no tipo legal são: *ordenar*, autorizar ou realizar. Ordenar tem o sentido de mandar que se faça ou determinar; *autorizar*, por sua vez, deve ser entendido como permitir que se faça; finalmente, *realizar*, importa em tornar real, efetivo, concretizar. A prática de mais de uma conduta importará em infração penal única, porquanto o tipo penal descrito no art. 359-A, parágrafo único, do Código Penal é misto alternativo.²⁵ Trata-se, o art. 359-A, de norma penal em branco, isto é, de conteúdo incompleto, vago ou lacunoso, portanto, o intérprete necessita de outras normas jurídicas para realizar a subsunção do fato social à norma jurídica,²⁶ v.g., a Lei de Responsabilidade Fiscal.

O crime restará consumado quando o agente público efetivamente ordenar, autorizar ou realizar a operação de crédito irregular, trata-se, portanto, de crime formal,

²³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 454.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos*: anotações à Lei nº 10.028, de 19.10.2000. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32.

²⁵ GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018. p. 1283.

²⁶ Os conceitos de operação de crédito e dívida consolidada, bem como as condições, os montantes e os limites máximos desses institutos foram analisados nos itens 3, 4 e 4.1, os quais remetemos ao leitor.

porém, exige-se o dolo (elemento subjetivo do tipo penal), face à minguada de previsão legal de modalidade culposa (negligência, imprudência ou imperícia), que consiste na vontade (elemento volitivo) e consciência (elemento cognitivo) de ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interna ou externa, com inobservância dos limites, condições ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado ou quando o montante da dívida consolidada ultrapassar o limite máximo autorizado por lei.

A tentativa é admitida pela doutrina,²⁷ em razão da possibilidade de fracionamento do *inter criminis*, portanto, trata-se de crime plurissubsistente.

5.2.1 Da responsabilidade penal do Prefeito

Os Prefeitos responderão pelas infrações penais, nos termos do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, especialmente pelas condutas descritas no art. 1º, XIV, XVIII e XX (crimes de responsabilidade dos Prefeitos relativos à dívida pública).

De proêmio, consigna-se, que a redação do art. 1º, *caput*, do Decreto-Lei nº 201 não observou a melhor técnica, porquanto as condutas descritas no bojo do artigo não são crimes de responsabilidade propriamente ditos (infrações políticas), mas crimes comuns, porquanto as penas aplicadas serão privativas de liberdade (reclusão ou detenção) que variam de 02 (dois) a 12 (doze) anos ou 03 (três) meses a 03 (três) anos; as sanções políticas, por sua vez, acarretam, em regra, a suspensão de direitos políticos e a perda do cargo.

O Prefeito responderá, desde que demonstrado o dolo, por responsabilidade subjetiva, portanto, por “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”.²⁸

Trata-se de crime omissivo próprio ou de pura omissão, isto é, o delito se perfaz com a simples abstenção da realização de um ato, independentemente de um resultado posterior. O resultado é imputado ao sujeito ativo pela simples omissão normativa.²⁹

A conduta descrita no inciso XVI, do art. 1º, depende, assim como a maior parte dos delitos contra as finanças públicas, de outra lei para realização do processo de subsunção do fato à norma jurídica (norma penal em branco homogênea). Nesse caso, o aplicador deve observar o prazo previsto no art. 31, *caput*, da Lei

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos: anotações à Lei nº 10.028, de 19.10.2000*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 35; GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018. p. 1284.

²⁸ Decreto-Lei nº 201, art. 1º, XVI.

²⁹ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal, volume I, parte geral*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 193.

de Responsabilidade Fiscal, que disciplina o processo de recondução da dívida consolidada aos seus limites.³⁰

O chefe do Poder Executivo local responderá, igualmente, caso deixe 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.³¹

O delito previsto no inciso XVIII possui as mesmas peculiaridades daquele previsto no inciso XVI, pois a conduta descrita também necessita de outra lei para realização do processo de subsunção (norma penal em branco homogênea, portanto) e o crime é omissivo próprio.

As condutas descritas no art. 1º, XVI e XVIII, do Decreto-Lei nº 201, por configurarem crime omissivo próprio, não admitem a modalidade tentada.³²

Por fim, o Prefeito que “ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer dos demais entes da Federação, inclusive entidades da Administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente” responderá pelo delito previsto no art. 1º, XX, do Decreto-Lei nº 201.

Busca-se, mais uma vez, criminalizar o endividamento ilegal do Município, desta feita de forma específica em relação a créditos tomados de outros entes da federação.³³ Contudo, a Lei de Responsabilidade Fiscal proibiu expressamente a realização de operações de crédito entre os entes da Federação, ressalvando a possibilidade de operações de crédito entre um ente federado e uma instituição financeira estatal.³⁴

Além da pena de detenção de 03 (três) meses a 03 (três) anos, a condenação definitiva (exige-se, portanto, o trânsito em julgado do processo penal) acarretará a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 05 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular. Da leitura do §2º, do art. 1º, do Decreto-Lei nº 201, infere-se que os efeitos extrapenais, do acórdão condenatório, serão automáticos, sendo dispensável o dever de motivação da imposição das demais sanções, porquanto são corolários da própria condenação do Prefeito.

³⁰ Se a dívida consolidada de um ente da Federação ultrapassar o respectivo limite ao final de um quadrimestre, deverá ser a ele reconduzida até o término dos três subsequentes, reduzindo o excedente em pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro.

³¹ Decreto-Lei nº 201, art. 1º, XVIII.

³² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Nº 00002421620118260602-SP 0000242-16.2011.8.26.0602. Relator: Lauro Mens de Mello. Data de Julgamento: 24.08.2017, 6ª Câmara de Direito Criminal. Data de Publicação: 29.08.2017.

³³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 538.

³⁴ Lei Complementar nº 101, art. 35, *caput*, §1º.

5.2.1.1 Sujeito ativo, coautoria e participação e término do mandato de Prefeito

Os crimes previstos no Decreto-Lei nº 201 são funcionais próprios, ou seja, somente podem ser cometidos pelo Prefeito ou por quem esteja no exercício desse cargo, como o Vice-Prefeito ou o Presidente da Câmara de Vereadores.

É possível a ocorrência de coautoria ou participação, desde que os corréus estejam cientes da especial qualidade de Prefeito do autor. Nessa hipótese, a qualidade de Prefeito, por configurar elementar do tipo, comunica-se aos coautores e partícipes.³⁵ Por coautoria poderá responder, por exemplo, o Secretário Municipal de Finanças.³⁶

O término do mandato não inviabiliza eventuais punições por fatos cometidos no decorrer do seu exercício, conforme orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça³⁷ e do Supremo Tribunal Federal.³⁸

5.3 Atos de improbidade administrativa

Os agentes públicos³⁹ deverão ser submetidos, em caso de ilegalidades na celebração de operações de crédito, às sanções previstas na Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre atos de improbidade administrativa.

O fundamento da punição do agente público ímprobo decorre da própria Constituição da República,⁴⁰ que determina a imposição das seguintes sanções pela prática de atos de improbidade administrativa: a) suspensão dos direitos políticos; b) perda da função pública; c) indisponibilidade dos bens; e d) ressarcimento ao erário.

O poder constituinte originário fixou apenas 04 (quatro) espécies de sanções, porém, o legislador infraconstitucional foi além, porquanto a Lei nº 8.429/1992 prevê outras sanções aplicáveis aos agentes públicos ímprobos, quais sejam: a) perda de bens; b) multa civil; c) proibição de contratar com o Poder Público por prazo

³⁵ Código Penal, art. 30.

³⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *APR nº 00126759620118260361 SP 0012675-96.2011.8.26.0361*. Relator: Ely Amioka. Data de Julgamento: 23.05.2019, 8ª Câmara de Direito Criminal. Data de Publicação: 24.05.2019.

³⁷ STJ, Súmula nº 164.

³⁸ STF, Súmula nº 703.

³⁹ Considera-se agente público, para fins de aplicação da lei de improbidade administrativa, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (Lei nº 8.429, arts. 1º, *caput* e 2º).

⁴⁰ CF, art. 37, §4º.

determinado; d) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios por prazo determinado.

A gradação das sanções previstas abstratamente na lei decorre de um juízo de proporcionalidade realizado *a priori* pelo legislador, pois foram descritas de maneira abstrata diversas situações que, caso restem demonstradas, acarretariam a imposição de uma ou mais sanções.

A gravidade das sanções também obedece a um juízo de proporcionalidade, porquanto aos atos de improbidade mais graves reservaram-se as sanções mais severas.

Destarte, podemos identificar 04 (quatro) espécies de atos de improbidade administrativa, quais sejam: a) aqueles que importam em enriquecimento ilícito;⁴¹ b) os que causam prejuízo ao erário;⁴² c) os decorrentes da concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário;⁴³ e, finalmente, d) aqueles atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.⁴⁴

Acerca da aplicação da lei de improbidade administrativa àqueles agentes públicos municipais que descumprem normas de direito financeiro, mormente normas de responsabilidade fiscal que devem ser observadas na celebração de operações de crédito com os prestamistas, dispõe o art. 10, *caput*, VI, da Lei nº 8.429/1992, que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres e, notadamente, a realização de operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea”.

Entende-se por operação financeira qualquer transação que envolve dinheiro público, tais como empréstimo, operação de crédito em geral, emissão de títulos da dívida pública e assunção de obrigações financeiras. Envolve, pois, a gestão das finanças públicas, que deve obedecer, em especial, aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (art. 37, *caput*, da CF).⁴⁵

Marino Pazzaglini Filho recorda que:

Qualquer operação financeira, por envolver patrimônio público, tem que cumprir rigorosamente as normas de finanças públicas. Seu

⁴¹ Lei nº 8.429/1991, art. 9º.

⁴² Lei nº 8.429/1991, art. 10.

⁴³ Lei nº 8.429/1991, art. 10-A.

⁴⁴ Lei nº 8.429/1991, art. 11.

⁴⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, cíveis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 75.

descumprimento, geralmente, compromete a gestão fiscal, afeta o equilíbrio das contas públicas e causa, pois, lesão ao Erário.

O agente público, responsável pela gestão fiscal, tem a obrigação legal de conhecer toda a legislação que rege a matéria em seu campo de atribuições. E, no exercício dessa função, é inescusável o desconhecimento das normas que regem a aplicação dos recursos públicos.⁴⁶

As normas que disciplinam as contratações de operações de crédito estão previstas na lei de responsabilidade fiscal⁴⁷ e devem ser observadas pelos ordenadores

⁴⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 75.

⁴⁷ Art. 32. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente.

§1º O ente interessado formalizará seu pleito fundamentando-o em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a relação custo-benefício, o interesse econômico e social da operação e o atendimento das seguintes condições:

I – existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica;

II – inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação, exceto no caso de operações por antecipação de receita;

III – observância dos limites e condições fixados pelo Senado Federal;

IV – autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo;

V – atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição;

VI – observância das demais restrições estabelecidas nesta Lei Complementar.

§2º As operações relativas à dívida mobiliária federal autorizadas, no texto da lei orçamentária ou de créditos adicionais, serão objeto de processo simplificado que atenda às suas especificidades.

§3º Para fins do disposto no inciso V do §1º, considerar-se-á, em cada exercício financeiro, o total dos recursos de operações de crédito nele ingressados e o das despesas de capital executadas, observado o seguinte:

I – não serão computadas nas despesas de capital as realizadas sob a forma de empréstimo ou financiamento a contribuinte, com o intuito de promover incentivo fiscal, tendo por base tributo de competência do ente da Federação, se resultar a diminuição, direta ou indireta, do ônus deste;

II – se o empréstimo ou financiamento a que se refere o inciso I for concedido por instituição financeira controlada pelo ente da Federação, o valor da operação será deduzido das despesas de capital;

III – (VETADO)

§4º Sem prejuízo das atribuições próprias do Senado Federal e do Banco Central do Brasil, o Ministério da Fazenda efetuará o registro eletrônico centralizado e atualizado das dívidas públicas interna e externa, garantido o acesso público às informações, que incluirão:

I – encargos e condições de contratação;

II – saldos atualizados e limites relativos às dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito e concessão de garantias.

§5º Os contratos de operação de crédito externo não conterão cláusula que importe na compensação automática de débitos e créditos.

§6º O prazo de validade da verificação dos limites e das condições de que trata este artigo e da análise realizada para a concessão de garantia pela União será de, no mínimo, 90 (noventa) dias e, no máximo, 270 (duzentos e setenta) dias, a critério do Ministério da Fazenda. (Incluído pela Lei Complementar nº 159, de 2017).

Art. 33. A instituição financeira que contratar operação de crédito com ente da Federação, exceto quando relativa à dívida mobiliária ou à externa, deverá exigir comprovação de que a operação atende às condições e limites estabelecidos.

§1º A operação realizada com infração do disposto nesta Lei Complementar será considerada nula, procedendo-se ao seu cancelamento, mediante a devolução do principal, vedados o pagamento de juros e demais encargos financeiros.

de despesas e gestores públicos, sob pena de restar configurado ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário.

Aceitar garantia insuficiente ou inidônea em operação de crédito pode caracterizar, igualmente, ato de improbidade administrativa.

Acerca da conduta de aceitar “garantia graciosa”, Marino Pazzagliani Filho leciona:

No tocante à aceitação de garantia insuficiente ou inidônea, cumpre, inicialmente, lembrar que garantia, na espécie, é o compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual contraída por empresa particular ou pública junto às entidades públicas mencionadas no art. 1º da LIA, prestada por terceiro alheio a tal obrigação. A garantia insuficiente é a fornecida em qualquer tipo de operação de crédito pelo devedor em valor incapaz de cobrir o crédito e os encargos da dívida na hipótese de eventual inadimplemento da obrigação financeira pactuada com ente público. A garantia inidônea, por sua vez, é a prestada, por exemplo, ao devedor contratante por entidade inadimplente quanto a suas obrigações junto ao ente credor. De se ver que, nessa hipótese de improbidade administrativa, a lesividade ao Erário reside na insuficiência ou inidoneidade da garantia, e prescinde, para sua configuração, do inadimplemento da obrigação pela entidade devedora. É requisito subjetivo para caracterizá-la que o agente público realize operação financeira consciente de que está descumprindo normas legais e regulamentares ou que a garantia que lhe foi oferecida para resguardar a liquidação da operação financeira é insuficiente ou inidônea. Nesses casos, sua conduta é mais grave, pois lesa o Erário dolosamente. Pode a ilegalidade da operação financeira ou da garantia decorrer, também, de conduta culposa do agente público que a celebrou ou a aceitou por ter sido leviano (culpa) no exame do cumprimento das normas de finanças públicas a elas aplicadas.⁴⁸

Por fim, a responsabilidade do agente público pela prática de atos de improbidade administrativa é subjetiva, isto é, a aplicação das sanções depende da demonstração do elemento culpa (dolo, negligência, imprudência ou imperícia) para serem aplicadas ao agente público.

§2º Se a devolução não for efetuada no exercício de ingresso dos recursos, será consignada reserva específica na lei orçamentária para o exercício seguinte.

§3º Enquanto não efetuado o cancelamento, a amortização, ou constituída a reserva, aplicam-se as sanções previstas nos incisos do §3º do art. 23.

§4º Também se constituirá reserva, no montante equivalente ao excesso, se não atendido o disposto no inciso III do art. 167 da Constituição, consideradas as disposições do §3º do art. 32.

⁴⁸ PAZZAGLIANI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 76.

6 Do princípio da independência das instâncias e da aplicação concomitante das sanções

Algumas condutas praticadas por agentes públicos violam mais de uma disposição legal, destarte, haverá independência das instâncias (administrativa, civil, penal e etc.), isto é, será possível aplicar mais de uma sanção ao mesmo fato, sem caracterizar *bis in idem*.

Segundo Carlos Eduardo Elias de Oliveira:

Um mesmo fato pode caracterizar ilícito penal, administrativo e civil, e, portanto, pode desencadear responsabilização nas três instâncias concomitantemente e de modo independente. O indivíduo pode ser absolvido em uma instância e ser condenada em outra, pois, em regra, as instâncias de responsabilidade são independentes. Trata-se do princípio da independência das instâncias.⁴⁹

Há, contudo, exceções ao princípio da independência das instâncias, quais sejam: a) suspensão da prescrição das ações civis *ex delicto* e b) vinculação das decisões penais sobre as demais esferas (administrativa, civil, penal e etc.).

Vigora, portanto, no direito brasileiro, o princípio da independência das instâncias, de modo a se afastar a ação cível somente se restar demonstrado, no âmbito administrativo ou penal, a cabal comprovação da inexistência de ação ou de fato imputado ao réu.⁵⁰

A inexistência de qualquer exceção ao princípio da independência das instâncias dará ensejo à dupla responsabilização, *v.g.*, o Secretário de Finanças de determinado Município que realiza operação de crédito interna com inobservância dos limites estabelecidos em resolução do Senado da República e acarrete lesão ao erário, responderá, na esfera criminal, pelo crime previsto no art. 359-A, parágrafo único, I, do Código Penal, e, na esfera civil/administrativa, pela prática de ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, nos termos do art. 10, VI, da Lei nº 8.429/1992.

O princípio da independência das instâncias viabiliza um verdadeiro “combo” de sanções legais que poderão ser acumuladas em face dos agentes públicos que descumpram normas jurídicas de gestão fiscal responsável, porém, as sanções aplicáveis não são capazes, *de per se*, impedir às más práticas na Administração Pública,

⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, set. 2018 (Texto para discussão nº 251). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/>. Acesso em 23 jun. 2020.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *AC nº 00002742920134025104 RJ 0000274-29.2013.4.02.5104*. Relator: Alfredo Jara Moura. Data de Julgamento: 25.04.2019.

quicá pela baixa probabilidade dos maus agentes públicos serem surpreendidos e fracassarem na prática de condutas perniciosas às finanças públicas.

7 Conclusão

O endividamento público é um dado da realidade, uma das várias formas que o Estado possui para financiar suas atividades, portanto, diante da importância do tema, o legislador estabeleceu regras rígidas para a realização de operações de crédito entre os entes públicos e os particulares, cujo escopo era (e ainda é) tutelar as finanças públicas e impor aos agentes públicos o dever de observar boas práticas no exercício da gestão fiscal, porém, as referidas normas que disciplinam as operações de crédito seriam inócuas sem a previsão de sanções em caso de descumprimento.

No bojo deste artigo apontamos que há duas espécies de sanções, quais sejam, institucionais e pessoais, esta, foco do presente artigo, permite a aplicação de penalidades aos agentes públicos que descumprirem regras relativas ao processo de endividamento público. As sanções pessoais aplicáveis poderão ser de natureza política, administrativa, civil e penal, mas, no âmbito local, os agentes públicos municipais responsáveis pela gestão das finanças públicas responderão, em caso de ilegalidades, nas esferas penal e administrativa, ou seja, por delitos previstos no Código Penal, no Decreto-Lei nº 201/1967 (Prefeitos) e por ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992.

As sanções deverão ser aplicadas, cumulativamente ou isoladamente, quando demonstrada a culpa do agente público, isto é, serão punidas apenas as condutas dolosas (no caso das sanções penais e ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário) e as condutas que violem o dever objetivo de cuidado inerente ao exercício da função (negligência imprudência ou imperícia), no caso de atos de improbidade administrativa que acarretam lesão ao erário, portanto, a responsabilidade do agente público é subjetiva, pois pressupõe a existência de ato ilícito e a demonstração inequívoca do elemento culpa. A aplicação da responsabilidade objetiva (responsabilidade sem culpa) acarretaria odioso processo de “criminalização” da atividade de gestão pública e, como corolário, as sanções aplicáveis serviriam como forte desestímulo ao exercício da atividade, situação que poderia afastar do exercício da gestão da coisa pública pessoas bem intencionadas e de boa índole.

Fiscal federalism, financial autonomy of Municipalities and public debt: the personal responsibility of the Municipal public agent for noncompliance with legal rules that govern the contraction of credit operations

Abstract: This article aims to investigate the legal relations between the public agent (especially municipal public agents) and the legislation that governs public debt and credit operations, having as a critical point the personal sanctions applicable in case of violation of the legal rules of management. responsible

tax authority, especially the Fiscal Responsibility Law. The most important concepts for understanding the theme were addressed en passant, e.g., fiscal federalism, municipal autonomy, public credit, fiscal responsibility, the duties of the Senate of the Republic in setting limits on indebtedness, among others. The applicable personal sanctions, in case of non-compliance with the governing legislation, are quite severe and can be applied cumulatively and concurrently, due to the principle of independence of the instances, without characterizing bis in idem.

Keywords: Fiscal Federalism. Municipal Financial Autonomy. Public debt. Credit Operations. Senate of the Republic. Assignments. Fiscal Responsibility Law. Personal Responsibility. Subjective Liability. Strict Responsibility. Criminal Responsibility. Criminal Responsibility of the Mayor. Administrative Improbability Acts.

Riassunto: Il presente articolo intende indagare le relazioni giuridiche tra l'agente pubblico (in particolare gli agenti pubblici comunali) e la legislazione in materia di debito pubblico e operazioni creditizie, avendo come punto critico le sanzioni personali applicabili in caso di violazione delle norme legali di gestione autorità fiscale responsabile, in particolare la legge sulla responsabilità fiscale. I concetti più importanti per comprendere il tema sono stati affrontati en passant, ad esempio, federalismo fiscale, autonomia municipale, credito pubblico, responsabilità fiscale, doveri del Senato della Repubblica nel fissare limiti all'indebitamento, tra gli altri. Le sanzioni personali applicabili, in caso di inosservanza della normativa applicabile, sono piuttosto severe e possono essere applicate cumulativamente e contestualmente, a causa del principio di indipendenza dei casi, senza caratterizzare bis in idem.

Parole chiave: Federalismo Fiscale. Autonomia Finanziaria Comunale. Debito Pubblico. Operazioni di Credito. Senato della Repubblica. Compiti. Legge sulla Responsabilità Fiscale. Responsabilità Personale. Responsabilità Soggettiva. Responsabilità Rigorosa. Responsabilità Penale. Responsabilità Penale del Sindaco. Atti di Improbabilità Amministrativa.

Referências

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BALÉEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 19. ed. rev. e atual. por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra as finanças públicas e crimes de responsabilidade de prefeitos*: anotações à Lei nº 10.028, de 19.10.2000. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *AC nº 00002742920134025104 RJ 0000274-29.2013.4.02.5104*. Relator: Alfredo Jara Moura. Data de Julgamento: 25.04.2019.

CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GOMES, Emerson César da Silva; PIGATTO, José Alexandre Magrini; CONTI, José Maurício (Coord.). *Orçamentos públicos: a Lei nº 4.320/1964 comentada*. 4. ed. atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal, volume I, parte geral*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOGUEIRA, José Geraldo de Ataliba. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Conexões entre as instâncias penal, administrativa, civil e de improbidade: prescrição e efeito vinculante*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, set. 2018 (Texto para discussão nº 251). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/>. Acesso em 23 jun. 2020.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *APR nº 00126759620118260361 SP 0012675-96.2011.8.26.0361*. Relator: Ely Amioka. Data de Julgamento: 23.05.2019, 8ª Câmara de Direito Criminal. Data de Publicação: 24.05.2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Nº 00002421620118260602-SP 0000242-16.2011.8.26.0602*. Relator: Lauro Mens de Mello. Data de Julgamento: 24.08.2017, 6ª Câmara de Direito Criminal. Data de Publicação: 29.08.2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LIMA, Marcelo Cheli de. Federalismo fiscal, autonomia financeira dos Municípios e dívida pública: a responsabilidade pessoal do agente público municipal pelo descumprimento de normas jurídicas que disciplinam a contratação de operações de crédito realizadas pelos Municípios. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 21, n. 78, p. 21-45, out./dez. 2020.
