

**CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO**

Doutorando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Financeiro e Tributário no Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Procurador do Estado do Amazonas. Advogado.

CURSO DE

# Direito Financeiro

2012

 **Editora  
Saraiva**

provisória que os houver aberto, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas decorrentes da referida medida (art. 62, § 3º, da CF<sup>31</sup>).

Para a abertura de crédito extraordinário prescinde-se da existência de recursos disponíveis para atender às despesas, conforme interpretação a *contrario sensu* do art. 167, V, da CF, e do art. 43 da Lei n. 4.320/64. Neste caso, a Constituição permite à União a obtenção de recursos pela cobrança de impostos extraordinários (art. 154, II, da CF)<sup>32</sup> e de empréstimos compulsórios (art. 148, I, da CF)<sup>33</sup>.

#### 4.3.3. Vigência

Observa-se, para a vigência dos créditos extraordinários, a mesma orientação relativa aos créditos especiais: terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que terão seus saldos transferidos ao exercício financeiro subsequente (art. 167, § 2º, CF)<sup>34</sup>.

31 Parágrafo acrescentado pela EC n. 32, de 11-9-2001. Não editando o Congresso Nacional o decreto legislativo anteriormente referido até sessenta dias após a rejeição ou perda da eficácia da medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas (art. 62, § 11, da CF – Parágrafo acrescentado pela EC n. 32, de 11-9-2001).

32 CF, art. 154: “A União poderá instituir: (...) II – na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação”.

33 CF, art. 148: “A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência”.

34 Decidiu, a respeito, o STF: “Medida provisória que abre crédito extraordinário não se exaure no ato de sua primeira aplicação. Ela somente se exaure ao final do exercício financeiro para o qual foi aberto o crédito extraordinário nela referido. Hipótese em que a abertura do crédito se deu nos últimos quatro meses do exercício, projetando-se, nos limites de seus saldos, para o orçamento do exercício financeiro subsequente (§ 2º do art. 167 da CF)” (ADI-MC 4.049/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, j. em 5-11-2008, DJe-084 divulg. 7-5-2009, public. 8-5-2009).

## Capítulo VII

### Crédito Público

#### 1. CONCEITO

Denomina-se crédito público o procedimento de que o Estado lança mão para captar, por meio de empréstimo, recursos monetários de quem deles dispõe e aplicá-los aos gastos públicos, tanto para custear investimentos como para antecipar receita, assumindo, em contrapartida, a obrigação de restituí-los nos prazos e condições fixados<sup>1</sup>. Também é conhecido como *empréstimo público*.

Genericamente, empréstimo público é o contrato administrativo pelo qual o Estado recebe determinado valor que se obriga a devolver, na forma por ele estipulada<sup>2</sup>, via de regra acrescido de juros e dentro de determinado prazo preestabelecido.

O crédito, como ressalta J. Petrelli Gastaldi, é uma modalidade de troca, “pela qual um dos contratantes aceita ceder um bem por uma contraprestação correspondente ao seu valor no futuro”<sup>3</sup>. A configuração do crédito, segundo o autor citado, repousa em dois elementos: a) o fato ou elemento *confiança*, que representa a confiança depositada pela pessoa que solicita o crédito e a confiança em si depositada pela pessoa que o concede; b) o fato ou elemento *tempo*, pois o crédito sempre representa o diferimento de uma obrigação presente para um momento futuro<sup>4</sup>.

Correspectiva à noção de crédito é a de *débito*, porquanto, ao adquirir crédito e obter o empréstimo público, o Estado torna-se devedor, pelo fato de ter necessariamente que reembolsar os valores recebidos. Por esta razão, pre-

1 SAMPAIO, Egas Rosa. *Instituições de ciência das finanças: uma abordagem econômico-financeira*, 1991, p. 249; ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*, 1998, p. 112.

2 OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*, 2001, p. 152.

3 GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de economia política*, 1995, p. 275.

4 Ob. cit., p. 275.

valece na doutrina a noção de que os recursos obtidos pelo Estado em decorrência de operações de crédito não constituem receita (no sentido estrito do termo), mas simples entradas de caixa ou ingressos, tendo em vista que não criam novos valores positivos para o patrimônio público<sup>5</sup>. Ressaltamos, contudo, como o fizemos no capítulo dedicado ao estudo das receitas públicas, que o direito positivo brasileiro recepcionou a definição *ampla* de receita pública. Assim, mesmo destituídos de caráter definitivo, os empréstimos públicos, que para a Ciência das Finanças são meras entradas de caixa ou ingressos, categorizam-se como receitas para o Direito Financeiro<sup>6</sup>.

## 2. NATUREZA JURÍDICA

Várias são as correntes e as teorias no definir a natureza jurídica do empréstimo público, podendo ser assinaladas as seguintes:

a) *teoria do ato de soberania*, sustentada por Sayagués Laso, Luiz María Drago<sup>7</sup>, Sá Filho e Giuliani Founrouge, segundo a qual o empréstimo público expressaria manifestação de soberania, que, por definição, é insuscetível de restrições jurídicas. O crédito público, nestes termos, é concebido como *obrigação unilateral autônoma de direito público*, tendo o Estado, decorrentemente, obrigação moral, mas não jurídica, de respeitar as cláusulas que condicionam os empréstimos públicos<sup>8</sup>;

b) *teoria civilista*, cujos defensores sustentam que se cuida de *contrato de direito privado*. Encampam tal posição, dentre outros: Gabriel Franco e Henri Laufenburger;

c) *teoria do contrato de direito público*, sustentada por Lafarrière, Vellasco, Gabino Fraga e Carlos José Assis Ribeiro<sup>9</sup>.

5 PEREIRA, José Matias. *Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil*, 1999, p. 37.

6 Nesse sentido é a lição de José Dalton Vitorino Leite, que aduz: “o conceito doutrinário de receita não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, vez que a Lei n. 4.320/64 inclui como receita os empréstimos obtidos, deixando assente que a ‘definitividade’ é irrelevante para caracterizar o ingresso como receita” (*Temas de direito público*, 1999, p. 52-53). Ver, a respeito, o art. 3º e o art. 11, §§ 1º a 4º, ambos da Lei n. 4.320/64, e o art. 12, § 2º, da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

7 Ministro argentino que, em 1902, sustentou em Washington a impossibilidade da execução forçada dos empréstimos públicos. Ver, a respeito: DEODATO, Alberto. *Manual de ciência das finanças*, 1965, p. 333; OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*, 2001, p. 153.

8 RIBEIRO, Carlos José de Assis. *O crédito público no Brasil: teoria e prática*, 1972, p. 23.

9 RIBEIRO, Carlos José de Assis. *O crédito público no Brasil: teoria e prática*, 1972, p. 22 e 25-26.

Apesar da divergência doutrinária a respeito do tema, prevalece o entendimento que dá ao crédito público natureza tipicamente *contratual*<sup>10</sup>.

Trata-se, mais precisamente, de *contrato de direito público* porque: “a) deve haver prévia previsão orçamentária; b) exige disposição legal específica; c) há obrigatoriedade de autorização e controle do Senado; d) necessária a finalidade pública; e) é possível alteração unilateral de determinadas cláusulas, se assim foi previsto na lei; f) há sujeição a prestação de contas; g) há inviabilidade de execução específica; e h) pode ocorrer possibilidade de rescisão unilateral (resgate antecipado)”<sup>11</sup>.

Cumprir destacar que nem todo o passivo do Estado pode ser incluído no conceito de “dívida pública”. De fato, nem toda operação de que o Estado resulte devedor pode ser considerada crédito público: não se compreendem no tema outras relações jurídicas em que o Estado seja devedor, como é o caso dos pagamentos que deve a seus servidores, fornecedores etc. Se, por exemplo, o Estado foi condenado em ação de indenização, *deve*, tem *débito*, mas não firmou *empréstimo*; tornou-se devedor por outro título, qual seja, uma decisão judicial<sup>12</sup>.

Para a caracterização do crédito público, a *vontade* do indivíduo em contratar com o Estado é fundamental para que se evitem discussões sobre o denominado “empréstimo compulsório” (art. 148 da CF), que possui natureza tributária<sup>13</sup>. Nesse sentido é a lição de Kiyoshi Harada, que, procurando definir a natureza jurídica do crédito público, assevera: “O empréstimo voluntário ou crédito público próprio é aquele contraído sob a égide do princípio da autonomia da vontade. Resulta sempre de um contrato de mútuo ou

10 Nesse sentido: ALVES, Benedito Antônio; GOMES, Sebastião Edilson Rodrigues. *Curso de direito financeiro*, 2001, p. 111; FERREIRA, José Ribamar Gaspar. *Curso de direito financeiro*, 1979, p. 80; ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*, 1998, p. 117-118.

11 OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*, 2001, p. 157. No mesmo sentido: ASSONI FILHO, Sérgio. *Crédito público e responsabilidade fiscal*, 2007, p. 48.

12 BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*, 1996, p. 476; ATALIBA, Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, 1973, p. 14. Apoiando-se nas lições de Louis Trotabas, Sérgio Assoni Filho observa que “enquanto as outras dívidas do Estado aparecem nas contas públicas como despesas, a dívida pública propriamente dita (decorrente do recurso ao crédito público), ao contrário, é destinada a realizar imediatamente uma receita, pois surgirá como despesa somente mais tarde, como fruto do pagamento futuro do seu serviço, ou da sua futura amortização ou reembolso” (*Crédito público e responsabilidade fiscal*, 2007, p. 50).

13 OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*, 2001, p. 159.

da aquisição de títulos representativos da dívida pública. O elemento volitivo, a espontaneidade do prestamista, é essencial<sup>14</sup>.

### 3. TÉCNICAS DA CAPTAÇÃO DO EMPRÉSTIMO

Os empréstimos públicos, como assinala Carlos José de Assis Ribeiro<sup>15</sup>, podem ser levantados de duas formas:

- a) por meio de contratos, em estabelecimentos de crédito oficial ou de entidades financeiras, nacionais ou estrangeiras, sujeitas a controle estatal;
- b) mediante emissão de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, caso em que o Estado procura o investidor, interessado na aquisição daqueles<sup>16</sup>. Os investidores poderão ser pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, internas ou externas<sup>17</sup>.

### 4. CLASSIFICAÇÃO

A classificação do crédito público (ou da dívida pública) não é uniforme entre os doutrinadores, dada a diversidade de critérios que podem ser adotados para seu enquadramento em espécies ou categorias afins.

Sendo, pois, várias as possíveis classificações jurídicas do crédito público, veremos apenas aquelas mais citadas pela doutrina pátria.

#### 4.1. Quanto à pessoa jurídica que obtém o crédito

Em relação à *pessoa jurídica que obtém o crédito*, podemos classificá-lo em federal, estadual, municipal ou distrital, na medida em que pode ser obtido pela União, pelos Estados, pelos Municípios ou pelo Distrito Federal<sup>18</sup>.

14 HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*, 1998, p. 97.

15 RIBEIRO, Carlos José de Assis. *O crédito público no Brasil: teoria e prática*, 1972, p. 8.

16 Confira-se, a respeito, o seguinte julgado do STF: "O Estado, ao emitir títulos da dívida pública e colocá-los no mercado, visando a obter recursos para o Tesouro, não atua como instituição financeira" (Apn 351/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, Rev. Min. Ellen Gracie, 1ª Turma, j. em 12-8-2004, DJ, 17-9-2004, p. 52). No mesmo sentido: STF, Inq 1690/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. em 4-12-2003, DJ, 30-4-2004, p. 33. Assim, diante da impossibilidade de ser equiparado a uma instituição financeira, cujo conceito é definido no art. 1º da Lei n. 7.492, de 16-6-1986, o Estado não responde pelos tipos penais nela estabelecidos, tendo em vista que na aplicação da lei penal vigora o princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da CF).

17 CASTRO, Róbison de. *Administração e direito financeiro e orçamentário*, 1996, p. 159.

18 ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*, 1998, p. 120.

#### 4.2. Quanto à origem territorial da dívida

Quanto à *origem territorial*, a dívida pública pode ser:

a) interna: "quando decorre de obrigação assumida no próprio território do Estado, inclusive mediante colocação de títulos no mercado de capitais através do Banco Central (art. 164, CF), pouco importando que os credores (investidores) sejam nacionais ou estrangeiros"<sup>19</sup>. O crédito interno é aquele que o Estado pode realizar no seu mercado interno, naquilo que se convencionou designar de praça financeira, que está dentro do próprio território do Estado<sup>20</sup>;

b) externa: quando decorre de obrigação assumida pelo Estado fora dos limites de seu território. O empréstimo externo é o subscrito por pessoas ou instituições que se encontram fora do território controlado pelo ente público que contrai a dívida<sup>21</sup>. No dizer de Ricardo Lobo Torres, externa "é a dívida contraída com Estados Estrangeiros, com instituições financeiras mantidas pela ONU e por outros organismos internacionais (Fundo Monetário Internacional, Banco Internacional para Reconstrução e o Desenvolvimento Econômico – BIRD), com bancos estrangeiros ou através de títulos colocados nos mercados internacionais de capitais"<sup>22</sup>.

#### 4.3. Quanto aos prazos de duração

Quanto aos *prazos de duração*, a dívida pública pode ser:

a) flutuante: quando, sendo dívida de curto prazo, deva ser paga no mesmo exercício financeiro<sup>23</sup>. A dívida pública flutuante, também chamada *administrativa*<sup>24</sup>, é aquela contraída para atender às momentâneas necessidades de caixa ou para a administração de bens de terceiros<sup>25</sup>. Por ser adquirida para suprir deficiência de caixa, deve ser resgatada a curto prazo<sup>26</sup>.

19 ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*, 1998, p. 125.

20 ATALIBA, Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, 1973, p. 75.

21 DALTON, Hugh. *Princípios de finanças públicas*, 1948, p. 273; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, 1994, v. 3, p. 137.

22 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, 1997, p. 186. Os créditos externos, por seu turno, podem ser classificados em créditos estrangeiros ou internacionais, consoante lecionam Benedito Antônio Alves e Sebastião Edison Gomes (*Curso de direito financeiro*, 2001, p. 113). O crédito estrangeiro é o que se obtém de um governo de outro país ou de uma instituição financeira sediada num outro país. Já o chamado crédito internacional é o que se obtém de instituições plurinacionais, multinacionais ou internacionais, ou seja, que não estão vinculadas a nenhum país determinado.

23 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, 1997, p. 187.

24 KOHAMA, Heilio. *Contabilidade pública: teoria e prática*, 1991, p. 158.

25 CAMPOS, Dejalma de. *Direito financeiro e orçamentário*, 1995, p. 56.

26 MORSELLI, Manuel. *Compendio de ciencia de las finanzas*, 1947, p. 258.

De acordo com o art. 92 da Lei n. 4.320/64, a dívida flutuante compreende: a) os restos a pagar, excluídos os serviços da dívida a pagar; b) os serviços da dívida a pagar, que compreendem “as parcelas das amortizações e de juros da dívida fundada ou da dívida consolidada”<sup>27</sup>; c) os depósitos; e d) os débitos de tesouraria, que são as “dívidas provenientes de operações de crédito para antecipação da receita orçamentária”<sup>28</sup>. Na Constituição vigente há um exemplo, apenas, de dívida flutuante, a saber, aquela adquirida “por antecipação de receita orçamentária” (ARO), tal como previsto no § 8º do art. 165<sup>29</sup>;

b) fundada (ou consolidada): quando seja inscrita nos livros da Fazenda Pública para pagamento em data previamente determinada (empréstimo amortizável) ou sem prazo fixado para a amortização (empréstimo perpétuo)<sup>30</sup>. A dívida pública consolidada é contraída pelo Estado para fazer face a gastos de grandes proporções<sup>31</sup>.

De acordo com o art. 98 da Lei n. 4.320/64, a dívida fundada compreende “os compromissos de exigibilidade superior a 12 (doze) meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financeiro de obras e serviços públicos”<sup>32</sup>.

Caracteriza-se, assim, a dívida fundada por sua estabilidade<sup>33</sup>, já que resulta de empréstimos a médio e longo prazos<sup>34</sup>. A expressão “fundada”, consoante leciona Pinto Ferreira, “surgiu de uma circunstância histórica na Inglaterra, pois, quando se emitia empréstimos de tal tipo, instituiu-se um *fundo*,

27 SILVA, Jair Cândido da; VASCONCELOS, Edilson Felipe. *Manual de execução orçamentária e contabilidade pública*, 1997, p. 329.

28 SILVA, Jair Cândido da; VASCONCELOS, Edilson Felipe. *Manual de execução orçamentária e contabilidade pública*, 1997, p. 318.

29 OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*, 2001, p. 168.

30 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, 1997, p. 187. Ressalte-se, como o faz Sérgio Assoni Filho, que, entendido o critério da perpetuidade como sendo o da impossibilidade ou não obrigatoriedade de restituição ou reembolso do capital por parte da pessoa jurídica de direito público tomadora do empréstimo, deve ser refutada tal classificação, uma vez que o empréstimo traz implícito em seu bojo o seu caráter transitório (*Crédito público e responsabilidade fiscal*, 2007, p. 52-53).

31 MORSELLI, Manuel. *Compendio de ciencia de las finanzas*, 1947, p. 263.

32 Ressalte-se que, para os efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, é adotada a seguinte definição de dívida pública consolidada ou fundada: “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” (art. 29, I, da LRF).

33 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*, 1996, p. 484.

34 PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*, 1994, v. 6, p. 11.

abrangendo os juros e o resgate do principal, para enfrentar os ônus da dívida contraída”<sup>35</sup>.

#### 4.4. Classificação constitucional

Alguns autores apontam uma divisão dos créditos públicos que qualificam como *constitucional*. É o caso de Geraldo Ataliba, que distingue, segundo tal classificação, as seguintes espécies: a) operações de crédito por antecipação de receita e b) operações de crédito em geral<sup>36</sup>.

As operações de crédito por Antecipação de Receita Orçamentária (ARO) são empréstimos de curto prazo, efetuados exclusivamente para suprir déficit momentâneo de caixa<sup>37</sup>.

As operações de crédito em geral, por seu turno, seriam aquelas que não se compreendem como antecipação de receitas, tratando-se de empréstimos a longo prazo.

Essa classificação, de certa forma, assemelha-se àquela que divide o empréstimo público em dívida flutuante e dívida fundada<sup>38</sup>.

### 5. PRINCÍPIOS DOS EMPRÉSTIMOS PÚBLICOS

Segundo Ricardo Lobo Torres<sup>39</sup>, os empréstimos públicos subordinam-se aos seguintes princípios:

a) da *legalidade*, segundo o qual há necessidade de lei para as operações de crédito, devendo ser respeitado o subprincípio da reserva da lei complementar no que diz respeito às normas gerais sobre a dívida pública externa e interna, sobre a concessão de garantias pelas entidades públicas e sobre a emissão e resgate de títulos da dívida pública (art. 163, II, III e IV, da CF);

b) do *equilíbrio orçamentário*, o qual depende da contenção dos empréstimos públicos. A vedação de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital (art. 167, III, da CF) tem por objetivo igualmente evitar o desequilíbrio orçamentário;

35 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*, 1994, v. 6, p. 11.

36 ATALIBA, Geraldo. *Empréstimos públicos e seu regime jurídico*, 1973, p. 101. No mesmo sentido: ALVES, Benedito Antônio; GOMES, Sebastião Edilson Rodrigues. *Curso de direito financeiro*, 2001, p. 114. Estes últimos autores, contudo, denominam tal classificação *legal*.

37 Nesse sentido é o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 4.320/64, e no art. 38, *caput*, da LRF.

38 HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*, 1998, p. 98.

39 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, 1997, p. 185.

c) da *transparência*, que impõe a inclusão no orçamento de todos os empréstimos, até mesmo daqueles por antecipação de receita (art. 165, § 8º, da CF);

d) da *seriedade* ou da *irretratabilidade* da promessa de restituição do empréstimo, subprincípio da própria legalidade, é importante para o equilíbrio das contas nacionais e sem ele inexistente o crédito público, que é sinônimo de credibilidade e confiança;

e) da *equidade entre gerações*, que sinaliza no sentido de que a geração atual não deve exceder o limite da razoabilidade no endividamento, a fim de não sobrecarregar as gerações futuras, às quais caberá suportar o ônus do resgate.

## 6. REGIME CONSTITUCIONAL DO CRÉDITO PÚBLICO

São várias as normas existentes na Constituição Federal de 1988 acerca do crédito público. Entre outras disposições, a CF estabelece que:

a) lei complementar disporá sobre dívida pública interna e externa, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público (art. 163, II), sobre a concessão de garantias pelas entidades públicas (art. 163, III), bem como sobre a emissão e resgate de títulos da dívida pública (art. 163, IV);

b) cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre operações de crédito e dívida pública (art. 48, II);

c) compete privativamente à União legislar sobre política de crédito (art. 22, VII)<sup>40</sup>;

d) compete à União fiscalizar as operações de crédito em geral (art. 21, VIII);

e) compete privativamente ao Senado Federal – não exigida a sanção do Presidente da República (art. 48, *caput*) – dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal (art. 52, VII);

40 Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no art. 22 da CF, consoante dispõe o parágrafo único do referido dispositivo constitucional. O parágrafo único do art. 22 da CF não menciona o Distrito Federal. Todavia, levando-se em consideração o disposto no art. 32, § 1º, da CF (“Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”), há que se concluir que a lei complementar também poderá autorizar o Distrito Federal a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no art. 22 da CF. A omissão no parágrafo do art. 22 deve-se à imprecisa técnica legislativa.

f) é vedado à União tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações (art. 151, II);

g) é vedado ao Banco Central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão que não seja instituição financeira (art. 164, § 1º), sendo-lhe ainda facultado realizar operações de compra e venda de títulos emitidos pelo Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros (art. 164, § 2º);

h) a Lei Orçamentária Anual poderá conter dispositivo que autorize a contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita (art. 165, § 8º)<sup>41</sup>;

i) autorizadas as operações de crédito, devem seus efeitos ser incluídos na Lei Orçamentária Anual (art. 165, § 6º);

j) é vedada a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta (art. 167, III);

l) é possível intervenção pelo não pagamento da dívida pública fundada (arts. 34, V, a, e 35, I).

## 7. O CRÉDITO PÚBLICO, A DÍVIDA PÚBLICA E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

### 7.1. Noções gerais

Entre os temas regulados pela LC n. 101/2000 aquele que mais destaque recebeu do legislador foi o relativo à dívida pública (aqui abrangido o crédito público): é sobre ela o capítulo mais longo de toda a lei (Capítulo VII), com 14 artigos (arts. 29 a 42).

A relação entre a dívida pública e a responsabilidade na gestão fiscal preconizada pela Lei Complementar n. 101/2000 é evidente, porquanto uma gestão responsável dos recursos públicos deve, necessariamente, enfatizar o

41 Tal disposição constitucional é reproduzida no art. 7º da Lei n. 4.320/64, nestes termos: “A Lei de Orçamento poderá conter autorização ao Executivo para: (...) II – realizar, em qualquer mês do exercício financeiro, operações de crédito por antecipação da receita, para atender a insuficiências de caixa”. Como se vê, a norma constitucional é mais abrangente que a da Lei n. 4.320/64, pois permite que a LOA contenha autorização para a contratação de operações de crédito em geral, inclusive por antecipação de receita, e não apenas esta última modalidade.

controle não apenas sobre os gastos propriamente ditos (despesas públicas), mas também sobre o endividamento público.

Partindo dessa premissa, na Lei de Responsabilidade Fiscal são definidos os conceitos de operação de crédito e de dívida pública e propostas regras bastante precisas para o controle da dívida, para a realização de operações de crédito destinadas ao giro da dívida mobiliária e para a prestação de garantias pelas entidades públicas.

## 7.2. Conceituações legais

A LRF traz, no capítulo reservado à dívida pública, os seguintes conceitos (art. 29):

a) *dívida pública consolidada ou fundada*: montante total 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 um ano (art. 29, I) e aquelas de prazo inferior a um ano cujas receitas tenham constado do orçamento (art. 29, § 3º)<sup>42</sup>;

b) *dívida pública mobiliária*: dívida representada por títulos emitidos pelos entes da Federação (art. 29, II)<sup>43</sup>;

c) *operação de crédito*: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outros derivativos financeiros (art. 29, III), além da assunção, reconhecimento ou confissão de dívidas pelo ente da Federação (art. 29, § 1º)<sup>44</sup>;

d) *concessão de garantia*: compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da federação ou entidade a ele vinculada (art. 29, IV);

e) *refinanciamento de dívida mobiliária*: emissão de títulos para pagamento do principal acrescido da atualização monetária (art. 29, V)<sup>45</sup>.

42 No caso específico da União, será incluída na sua dívida pública consolidada a relativa à emissão de títulos de responsabilidade do Banco Central (art. 29, § 2º, da LRF).

43 No caso específico da União, será incluída na sua dívida pública mobiliária a representada pelos títulos do Banco Central do Brasil (art. 29, II, da LRF).

44 Nos casos de assunção, reconhecimento ou confissão de dívidas por ente da Federação, o § 1º do art. 29 da LRF determina, ainda, o “cumprimento das exigências dos arts. 15 e 16”.

45 LRF, art. 29, § 4º: “O refinanciamento do principal da dívida mobiliária não excederá, ao término de cada exercício financeiro, o montante do final do exercício anterior, somado ao das operações de crédito autorizadas no orçamento para este efeito e efetivamente realizadas, acrescido de atualização monetária”.

## 7.3. Limites da dívida pública e das operações de crédito

Os limites ao montante (estoque) da dívida pública serão fixados tomando-se por base a dívida consolidada da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que compreende a dívida da administração direta, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes – sempre em relação à Receita Corrente Líquida (RCL).

O inciso I do art. 30 da LRF determina que o Presidente da República, no prazo de noventa dias após a sua publicação, submeta ao Senado Federal uma proposta de limites globais para o montante da dívida consolidada da União, Estados e Municípios, cumprindo o que estabelece o inciso VI do art. 52 da Constituição<sup>46</sup>. Também determina que, no mesmo prazo, deve o Presidente encaminhar ao Senado proposta de limites e condições relativos aos incisos VII, VIII e IX do art. 52 da CF<sup>47</sup>.

Adicionalmente, o inciso II do art. 30 da LRF determina que o Presidente da República apresente, no mesmo prazo, ao Congresso Nacional projeto de lei que estabeleça limites para o montante da dívida mobiliária federal<sup>48</sup>, acompanhado da demonstração de sua adequação aos limites fixados para a dívida consolidada da União.

As propostas acima mencionadas deverão conter (art. 30, § 1º, da LRF):

a) demonstração de que os limites e condições guardam coerência com as normas estabelecidas na LRF e com os objetivos da política fiscal do governo;

b) estimativas do impacto da aplicação dos limites a cada uma das três esferas de governo;

c) razões de eventual proposição de limites diferenciados por esfera de governo;

d) metodologia de apuração dos resultados primário e nominal.

46 CF art. 52: “Compete privativamente ao Senado Federal: (...) VI – fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

47 CF art. 52: “Compete privativamente ao Senado Federal: (...) VII – dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; VIII – dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; IX – estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

48 CF art. 48: “Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, (...) dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: (...) XIV – moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal” (grifamos).

Os limites do montante (estoque) da dívida pública (consolidada e mobiliária) serão fixados em percentual da Receita Corrente Líquida (RCL) para cada esfera de governo e aplicados igualmente a todos os entes da Federação que façam parte de seu cálculo, constituindo, para cada um deles, limites máximos (art. 30, § 3º, da LRF).

A apuração do montante da dívida consolidada, para fins de verificação do atendimento de seu limite, será efetuada ao final de cada quadrimestre (art. 30, § 4º, da LRF).

Ressalte-se que os limites e condições para o montante da dívida consolidada e mobiliária, a que se referem os incisos I e II do *caput* do art. 30 da LRF, não são definitivos e imutáveis. Com efeito, a mencionada lei complementar traz a possibilidade de o Presidente da República, ao apresentar o projeto do orçamento<sup>49</sup>, enviar ao Senado Federal ou ao Congresso Nacional, conforme o caso, proposta de manutenção ou alteração daqueles limites e condições (art. 30, § 5º, da LRF).

Ademais, sempre que alterados os fundamentos das propostas dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, em razão de instabilidade econômica ou alterações nas políticas monetária ou cambial, o § 6º do art. 30 autoriza o Presidente da República a encaminhar ao Senado ou ao Congresso Nacional, conforme o caso, solicitação de revisão desses limites (art. 30, § 6º, da LRF).

É importante observar que a partir da vigência da LRF, os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada (art. 30, § 7º, da LRF).

#### 7.4. Recondução da dívida aos limites

Como vimos, a apuração do montante da dívida pública consolidada do ente da Federação, para fins de verificação do atendimento de seu limite, será efetuada ao final de cada quadrimestre (art. 30, § 4º, da LRF).

Uma vez excedido o limite máximo ao final de um quadrimestre, é dado prazo de três quadrimestres subsequentes para a eliminação do excesso que deve ser reduzido em pelo menos 25% no primeiro quadrimestre (art. 31, *caput*, da LRF).

Enquanto se verificar o excesso, o ente que nele houver incorrido ficará:

a) proibido de realizar novas operações de crédito, internas ou externas, inclusive por antecipação de receita orçamentária (art. 31, § 1º, I)<sup>50</sup>;

<sup>49</sup> Esta é a interpretação que extraímos da expressão "No prazo previsto no art. 5º", empregada no § 5º do art. 30 da LRF.

<sup>50</sup> Ressalvado o refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária (art. 31, § 1º, I, da LRF).

b) obrigado a obter resultado primário necessário à recondução da dívida ao limite (art. 31, § 1º, II)<sup>51</sup>.

Configura crime contra as finanças públicas, passível de pena de um a dois anos de reclusão, a ordenação, a autorização ou a realização de operação de crédito, interno ou externo, quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei (art. 359-A, parágrafo único, II, do CP, acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19-10-2000).

Decorrido o prazo para o retorno do montante da dívida ao limite, fica o ente também impedido de receber transferências voluntárias (art. 31, § 2º, da LRF).

Ressalte-se que as restrições do § 1º do art. 31 da LRF aplicam-se imediatamente se o montante da dívida exceder o limite nos primeiros quatro meses do último ano do mandato do Chefe do Poder Executivo (art. 31, § 3º). Dito de outro modo, no último ano do mandato não será concedido o prazo de doze meses (art. 31, *caput*) para o ente se ajustar aos limites da dívida consolidada, aplicando-se de imediato as sanções cabíveis.

Também como forma de sanção, o § 4º do art. 31 da LRF determina que o Ministério da Fazenda divulgue, mensalmente, a relação dos entes que tenham ultrapassado os limites das dívidas consolidada e mobiliária. Quanto à dívida pública consolidada, entendemos que a divulgação da referida relação não deva aguardar o prazo de 12 meses para o retorno da dívida ao limite (art. 31, § 2º). Com efeito, considerando ser mensal a periodicidade da mencionada divulgação (art. 31, § 4º, LRF), conclui-se que, na hipótese de a dívida consolidada do ente da Federação ultrapassar o respectivo limite ao final de um quadrimestre, já estará, desde então, sujeito a figurar na relação do Ministério da Fazenda de cada mês até que retorne ao limite.

Os preceitos acima comentados também são aplicáveis aos casos de descumprimento dos limites da dívida pública mobiliária e das operações de crédito internas e externas (art. 31, § 5º, da LRF).

#### 7.5. Operações de crédito

##### 7.5.1. Condições para efetivação

O ente da Federação que tiver interesse em realizar operação de crédito – cujo significado, como vimos, é obtido pela conjugação do inciso III do art.

<sup>51</sup> Para tanto, o inciso II do § 1º do art. 31 da LRF autoriza o ente que houver incorrido no excesso a promover limitação de empenho, na forma do art. 9º daquele diploma legal.

29 da LRF com o § 1º do mesmo artigo – formalizará seu pleito (art. 32, § 1º, LRF), no qual deverá:

- 1) fundamentar seu pedido em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos;
- 2) demonstrar a relação custo-benefício da operação;
- 3) provar o interesse econômico e social da operação;
- 4) comprovar o atendimento das seguintes condições:
  - a) existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica<sup>52</sup>;
  - b) inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos proveinentes da operação, exceto no caso de operações por antecipação de receita;
  - c) observância dos limites e condições fixados pelo Senado Federal<sup>53</sup>;
  - d) autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo;
  - e) atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição – a chamada “regra de ouro” –, que veda “a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovadas pelo Poder Legislativo por maioria absoluta”<sup>54</sup>;

52 Configura crime contra as finanças públicas, passível de pena de um a dois anos de reclusão, a ordenação, a autorização ou a realização de operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa (art. 359-A, *caput*, do CP, acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19-10-2000). Confira-se, a respeito, o seguinte julgado do STF: “Penal. Processo penal. Crime contra as finanças públicas. Crime de responsabilidade de prefeito. Programa RELUZ. Atipicidade da conduta. Precedentes da Corte. (...) 2. A Lei n. 11.131/05 alterou a Medida Provisória n. 2.185-31 para admitir que as operações de crédito relativas ao Programa RELUZ não se submetam aos limites ordinários de refinanciamento das dívidas dos municípios. 3. A disposição legal está a indicar que referidas operações são autorizadas por lei, afastando-se, assim, o elemento normativo do tipo ‘sem autorização legislativa’ mencionado no *caput* do artigo 359 do Código Penal. 4. A previsão contida na Lei n. 11.131/05 autoriza descaracterizar qualquer violação em torno dos incisos VIII, XVII e XX do artigo 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal. 5. Inquérito arquivado” (Inq 2.591/SP, Rel. Min. Menezes Direito, Pleno, j. em 8-5-2008, *DJe*-107 divulg. 12-6-2008, public. 13-6-2008).

53 Configura crime contra as finanças públicas, passível de pena de um a dois anos de reclusão, a ordenação, a autorização ou a realização de operação de crédito, interno ou externo, com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em resolução do Senado Federal (art. 359-A, parágrafo único, I, do CP, acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19-10-2000).

54 Para fins de verificação do atendimento do inciso III do art. 167 da CF, considerar-se-á, em cada exercício financeiro, o total dos recursos de operações de crédito nele ingressados e o das despesas de capital executadas. Não serão computadas nas despesas de capital as realizadas sob a forma de empréstimo ou financiamento a contribuinte, com o intuito de promover in-

f) observância das demais restrições estabelecidas na LRF.

Tal procedimento é excepcionado pela própria LRF no que tange às operações relativas à dívida mobiliária federal autorizadas, no texto da lei orçamentária ou de créditos adicionais, as quais serão objeto de processo simplificado que atenda às suas especificidades (art. 32, § 2º, da LRF).

Em se tratando de contrato de operação de crédito externo, a LRF veda a inclusão de cláusula que importe na compensação automática de débitos e créditos (art. 32, § 5º).

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 aos limites estabelecidos (art. 33, *caput*).

A operação realizada com infração do disposto nesta Lei Complementar será considerada nula, procedendo-se ao seu cancelamento, mediante a devolução do principal, sendo vedados o pagamento de juros e demais encargos financeiros (art. 33, § 1º). Se a devolução não for efetuada no mesmo ano em que se deu o ingresso dos recursos nos cofres públicos, deverá ser consignada reserva específica na lei orçamentária para o exercício seguinte (art. 33, § 2º)<sup>55</sup>.

Enquanto não efetuado o cancelamento, a amortização, ou constituída a reserva na LOA para devolução do empréstimo, o ente estará impossibilitado de receber transferências voluntárias, contratar operações de crédito<sup>56</sup> e obter garantia, direta ou indireta, de outro ente (art. 33, § 3º, c/c o art. 23, § 3º, ambos da LRF).

O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições da realização de operações de crédito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente (art. 32, *caput*, da LRF).

centivo fiscal, tendo por base tributo de competência do ente da Federação, se resultar a diminuição, direta ou indireta, do ônus deste. Se o empréstimo ou financiamento for concedido por instituição financeira controlada pelo ente da Federação, o valor da operação será deduzido das despesas de capital (art. 32, § 3º, da LRF). Ressalte-se que as operações de crédito por antecipação de receita não serão computadas para efeito do que dispõe o inciso III do art. 167 da Constituição, desde que liquidadas, com juros e outros cargos incidentes, até o dia 10 de dezembro de cada ano (art. 38, § 1º, da LRF).

55 Também se constituirá reserva específica na LOA, no montante equivalente ao excesso, se não atendido o disposto no inciso III do art. 167 da Constituição (art. 33, § 4º, da LRF).

56 Exceto para refinanciamento da dívida e as que visem redução de despesas com pessoal (art. 23, § 3º, III, da LRF).

## 7.5.2. Vedações legais

Em matéria de operações de crédito, a LRF veda:

a) a emissão de títulos da dívida pública pelo Banco Central do Brasil a partir de dois anos após a publicação da LRF (art. 34);

b) a realização de operação de crédito entre um ente da Federação e outro, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente (art. 35, *caput*)<sup>57</sup>, exceto operações entre instituição financeira estatal e outro ente da Federação que não se destinem ao financiamento de despesas correntes ou refinanciamento de dívida não contraída com a própria instituição que conceda o crédito (art. 35, § 1º);

c) a realização de operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo (art. 36, *caput*)<sup>58</sup>;

d) a captação de recursos na forma de antecipação de receita de tributo ou contribuição, cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido (art. 37, I)<sup>59</sup>;

e) o recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação (art. 37, II);

f) a assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de título de crédito, não se aplicando esta vedação a empresas estatais dependentes (art. 37, III)<sup>60</sup>;

g) a assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento *a posteriori* de bens e serviços (art. 37, IV).

57 O que não impede Estados e Municípios de comprarem títulos da dívida da União como aplicação de suas disponibilidades (art. 35, § 2º, da LRF). Segundo o STF, o art. 35 da LRF, "ao disciplinar as operações de crédito efetuadas por fundos, está em consonância com o inciso II do § 9º do art. 165 da Constituição Federal, não atentando, assim, contra a federação" (ADI-MC 2.250/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, j. em 2-4-2003, DJ, 1º-8-2003, p. 100).

58 O que não impede que uma instituição financeira controlada possa adquirir, no mercado, títulos da dívida pública para atender investimento de seus clientes, ou títulos da dívida de emissão da União para aplicação de recursos próprios (art. 36, parágrafo único).

59 Sem prejuízo, contudo, do disposto no § 7º do art. 150 da CF, assim redigido: "A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido".

60 Empresa estatal dependente, consoante define o inciso III do art. 2º da LRF, é a "empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária".

## 7.6. Operações de crédito por Antecipação de Receita Orçamentária

### 7.6.1. Conceito

As operações de crédito por Antecipação de Receita Orçamentária (ARO) são aquelas que se destinam exclusivamente a atender a insuficiência momentânea de caixa durante o exercício financeiro, consoante se infere da leitura do *caput* do art. 38 da LRF. Assim, havendo uma previsão orçamentária de receita que ainda não ingressou nos cofres públicos, poderá ser autorizado empréstimo para fazer face a despesas imediatas<sup>61</sup>.

### 7.6.2. Condições para efetivação

As operações de crédito por ARO deverão cumprir as exigências impostas pela LRF para a contratação de operações de crédito e, adicionalmente, as seguintes, arroladas nos incisos do art. 38 da mesma lei:

a) somente poderão ser realizadas a partir do dia 10 de janeiro de cada ano;

b) deverão ser liquidadas, com juros e outros encargos incidentes, até o dia 10 de dezembro de cada ano<sup>62</sup>;

c) não serão autorizadas se forem cobrados outros encargos que não a taxa de juros da operação, obrigatoriamente prefixada ou indexada à Taxa Básica Financeira (TBF), ou à que vier a esta substituir.

Tratando-se de operações de crédito por antecipação de receita realizadas por Estados ou Municípios, serão elas efetuadas mediante abertura de crédito em instituição financeira vencedora em processo competitivo eletrônico promovido pelo Banco Central do Brasil (art. 38, § 2º), que manterá sistema de acompanhamento e controle do saldo do crédito aberto e, no caso de inobservância dos limites, aplicará as sanções cabíveis à instituição credora (art. 38, § 3º).

Ressalte-se que o fato de a LOA poder autorizar, genericamente, as operações de crédito por antecipação de receita (art. 165, § 8º, da CF) não afasta a necessidade de autorização específica, em cada operação, por ato legislativo de inferior hierarquia (ato-condição)<sup>63</sup>.

61 CONTI, José Maurício. *Direito financeiro na Constituição de 1988*, 1998, p. 87.

62 Caso em que não serão computadas para efeito do que dispõe o inciso III do art. 167 da Constituição (art. 38, § 1º, da LRF).

63 STJ, REsp 410.414/SP, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. em 19-8-2004, DJ, 27-9-2004, p. 301.

### 7.6.3. Vedações legais

Além das vedações dos arts. 35 a 37 da LRF, aplicáveis às operações de crédito por ARO, dado o caráter geral daqueles dispositivos, ficam estas operações sujeitas às vedações específicas do inciso IV do art. 38 da LRF:

- a) estão proibidas enquanto existir operação anterior da mesma natureza que não tenha sido não integralmente resgatada;
- b) não podem ser realizadas no último ano de mandato do Presidente, Governador ou Prefeito.

Deve-se ressaltar que a Constituição veda a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita (art. 167, IV, da CF).

### 7.7. Concessão de garantias

Na lição de Egas Rosa Sampaio, para que uma operação de crédito possa se realizar, é necessária a presença de dois elementos essenciais: *tempo* e *confiança*. O primeiro elemento é objetivo, podendo ser chamado de *prazo*, ao passo que o segundo é subjetivo e pode ser denominado *garantias*<sup>64</sup>.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, desde que observem as regras da LRF relativas à contratação de operações de crédito (notadamente o art. 32), e, no caso da União, também os limites e as condições fixados pelo Senado Federal (art. 40, *caput*, da LRF)<sup>65</sup>.

Adicionalmente, para a concessão de garantia devem ser observados os seguintes requisitos<sup>66</sup>:

- a) a garantia estará condicionada à oferta de *contragarantia*, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida (art. 40, § 1º), a qual não será exigida de órgãos e entidades do próprio ente (art. 40, § 1º, I)<sup>67</sup>;

64 SAMPAIO, Egas Rosa. *Instituições de ciência das finanças: uma abordagem econômico-financeira*, 1991, p. 249-250.

65 LRF, art. 40, § 5º: "É nula a garantia concedida acima dos limites fixados pelo Senado Federal".

66 Consoante o § 8º do art. 40 da LRF, excetua-se de tais exigências a garantia prestada: a) por instituições financeiras estatais, que se submeterão às normas aplicáveis às instituições financeiras privadas, de acordo com a legislação pertinente; b) pela União, na forma de lei federal, a empresas de natureza financeira por ela controladas, direta e indiretamente, quanto às operações de seguro de crédito à exportação.

67 A contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida (art. 40, § 1º, II, da LRF).

b) está condicionada à adimplência da entidade que a pleitear relativamente a suas obrigações perante o garantidor e as entidades por este controladas (art. 40, § 1º);

c) no caso de operação de crédito em organismo financeiro internacional, ou em instituição federal de crédito e fomento para o repasse de recursos externos, a União só prestará garantia a ente que atenda, além das condições acima mencionadas, às exigências legais para o recebimento de transferências voluntárias (art. 40, § 2º)<sup>68</sup>;

d) é vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos (art. 40, § 6º)<sup>69</sup>;

e) é vedado ao Banco Central conceder garantias (art. 39, III).

A prestação de garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada caracteriza prática de crime contra as finanças públicas passível de pena de três meses a um ano de detenção (art. 359-E do CP, acrescentado pela Lei n. 10.028, de 19-10-2000).

Consoante dispõe o art. 61 da LRF, os títulos da dívida pública, desde que devidamente escriturados em sistema centralizado de liquidação e custódia, poderão ser oferecidos em caução para garantia de empréstimos, ou em outras transações previstas em lei, pelo seu valor econômico, conforme definido pelo Ministério da Fazenda. Prática crime contra as finanças públicas, passível de pena de um a quatro anos de reclusão, quem ordena, autoriza ou promove 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 custódia (art. 359-H do CP, acrescentado pela Lei n. 10.028/2000).

68 As exigências para o recebimento de transferências voluntárias estão indicadas no inciso IV do § 1º do art. 25 da LRF. Segundo tal dispositivo o beneficiário (ente receptor) da operação deverá comprovar: a) que se acha em dia com o ente transferidor no tocante ao pagamento de tributos ou empréstimos (ou seja, que nada deve ao conessor), bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos; b) o cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação (art. 212 da Constituição) e à saúde (art. 55 do ADCT); c) a observância dos limites das dívidas, operações de crédito, de inscrição em Restos a Pagar e da Despesa com Pessoal; d) a existência de previsão orçamentária de contrapartida.

69 LRF, art. 40, § 7º: "O disposto no § 6º não se aplica à concessão de garantia por: I – empresa controlada a subsidiária ou controlada sua, nem à prestação de contragarantia nas mesmas condições; II – instituição financeira a empresa nacional, nos termos da lei".

Quando, em razão de garantia prestada em operação de crédito, a União e os Estados honrarem dívida de outro ente, poderão condicionar as transferências constitucionais ao ressarcimento daquele pagamento (art. 40, § 9º). O ente da Federação cuja dívida tiver sido honrada pela União ou por Estado, em decorrência de garantia prestada em operação de crédito, terá suspenso o acesso a novos créditos ou financiamentos até a total liquidação da mencionada dívida (art. 40, § 10).

### 7.8. A LRF e os “restos a pagar”

Restos a pagar são as despesas legalmente empenhadas e não pagas até 31 de dezembro de cada exercício financeiro, distinguindo-se as processadas das não processadas (art. 36 da Lei n. 4.320/64):

a) restos a pagar não processados são aqueles em que houve o empenho, mas não a liquidação. São “empenhos de contratos, os que ainda se encontram em plena execução, não existindo ainda o direito líquido e certo do credor”<sup>70</sup>;

b) restos a pagar processados são “empenhos executados, liquidados e portanto prontos para o pagamento, ou seja, o direito do credor já foi verificado”<sup>71</sup>.

Relativamente aos Restos a Pagar, a LRF (art. 42) veda ao governante, nos oito últimos meses do último ano de mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser paga no mesmo exercício, ainda que se trate de projeto contemplado no plano plurianual<sup>72</sup>.

70 SILVA, Jair Cândido da; VASCONCELOS, Edilson Felipe. *Manual de execução orçamentária e contabilidade pública*, 1997, p. 329.

71 SILVA, Jair Cândido da; VASCONCELOS, Edilson Felipe. *Manual de execução orçamentária e contabilidade pública*, 1997, p. 329.

72 Decidiu, a respeito, o STJ: “(...) 3. A vedação prevista no art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000 – é norma tão somente dirigida ao titular de Poder ou órgão referido no seu art. 20, dentre os quais inclui-se o Prefeito do Município, inclusive no que se refere às consequências de natureza penal e administrativa previstas no Código Penal (art. 359) e da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92). 4. Não traz, entretanto, qualquer previsão quanto à nulidade dos atos administrativos nesse contexto praticados pela gestão anterior de Município. 5. Ainda que irregular a despesa contratada com inobservância da LC 101/2000, o fato é que o ato praticado pela administração anterior gerou direito subjetivo de crédito a um terceiro, devidamente reconhecido pelas instâncias ordinárias, motivo pelo qual não há como não ser levado em consideração o princípio geral de direito que veda o enriquecimento ilícito de qualquer das partes contratantes. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido” (REsp 706.744/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. em 7-2-2006, DJ, 6-3-2006, p. 330).

Se, todavia, isso ocorrer, o governante deverá assegurar lastro financeiro (disponibilidade de caixa) para o exercício seguinte. No cálculo da projeção da disponibilidade de caixa serão levados em consideração os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício (passivo financeiro), inclusive o estoque remanescente de Restos a Pagar (art. 42, parágrafo único, da LRF)<sup>73</sup>.

Questão interessante diz respeito ao conceito de “contrair obrigação de despesa”: tal expressão abrange somente a despesa contratada ou a contratada e empenhada?

Segundo entendemos, a despesa se considera contraída com a celebração do contrato. Assim, se o contrato prevê despesas a serem pagas após o mandato, a disponibilidade de caixa ao final do mandato deve conter os recursos necessários ao pagamento do que restar do contrato após o final do mandato. Não é necessário o empenho para caracterizar a obrigação de despesa, que é caracterizada pela adesão ao contrato.

Outro aspecto que deve ser enfrentado é o relativo ao conceito de “despesas compromissadas a pagar” (art. 42, parágrafo único, da LRF): abrange referida expressão somente a despesa empenhada ou a empenhada liquidada?

Referida expressão, segundo entendemos, abrange as despesas previstas no contrato mesmo sem terem sido empenhadas. Inclui, destarte, as despesas referentes ao último ano do mandato já contratadas ou empenhadas e não pagas e todas as demais já contratadas ou empenhadas e não pagas anteriores ao último ano do mandato.

A LRF pretende, com tais medidas, que o governante pague por suas despesas sem comprometer o orçamento ou orçamentos futuros, prática corrente na Administração Pública brasileira. Deve aquele, em outras palavras, “zerar” a herança fiscal ao final do mandato.

A última hipótese exposta – em que se admite contrair despesa a ser paga no ano seguinte (desde que haja disponibilidade de caixa) –, como ressalta Lucas Rocha Furtado<sup>74</sup>, deve ser examinada em confronto com o que dispõe o art. 57 da Lei n. 8.666/93, no qual se estabelece, como regra, que os contratos deverão ter seus prazos de vigência limitados aos respectivos créditos orçamentários, ressalvadas as hipóteses expressamente indicadas nos incisos do *caput* do art. 57 da Lei de Licitações. Assim, segundo o autor citado, somente

73 O veto presidencial à alínea a do inciso III do art. 5º da LRF impede o uso da reserva de contingência da LOA para cobertura de restos a pagar excedentes às disponibilidades de caixa.

74 FURTADO, Lucas Rocha. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e as licitações*, 2001, p. 37.

para contratos relativos a projetos contemplados no plano pluri-anual (art. 57, I), ou de prestação de serviços contínuos (art. 57, II), ou de aluguel de equipamentos e de programas de computador (art. 57, IV), ou ainda para os contratos regidos predominantemente pelo direito privado (art. 62, § 3º, I – todos da Lei n. 8.666/93), e desde que haja disponibilidade de caixa para o exercício seguinte, a despesa poderá ser contraída<sup>75</sup>. Destarte, conclui Lucas Rocha Furtado, as vedações da LRF, nesse tocante, devem ser acrescidas àquelas já constantes na Lei de Licitações, haja vista serem elas cumulativas, e não alternativas<sup>76</sup>.

A ordenação ou a autorização de 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 parcela a ser paga no ano seguinte, não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa, configuram crime contra as finanças públicas passível de pena de um a quatro anos de reclusão (art. 359-C do CP, acrescentado pela Lei n. 10.028/2000).

Também pratica crime contra as finanças públicas aquele que ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei, estando sujeito a uma pena de seis meses a dois anos de detenção (art. 359-B do CP, acrescentado pela Lei n. 10.028/2000).

Cabe destacar que o não cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei também caracteriza prática de crime contra as finanças públicas passível de pena de seis meses a dois anos de detenção (art. 359-D do CP, acrescentado pela Lei n. 10.028/2000).

## 8. CRÉDITO PÚBLICO SEM AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

É inequívoca a ilegalidade do contrato de crédito público celebrado pelo Poder Executivo sem expressa autorização do Legislativo.

Suscita, porém, a doutrina o seguinte questionamento: quais os efeitos práticos da celebração de um contrato de crédito público sem autorização legislativa? Estaria o Estado subscritor obrigado a respeitar o contrato, ainda que tivesse sido firmado de forma ilegal?

A questão é objeto de controvérsia entre os estudiosos.

75 FURTADO, Lucas Rocha. A Lei de Responsabilidade Fiscal e as licitações, 2001, p. 37.

76 FURTADO, Lucas Rocha. A Lei de Responsabilidade Fiscal e as licitações, 2001, p. 37.

Pontes de Miranda sustenta que “o ato de empréstimo externo que se lançou sem autorização do senado inexistente e nenhuma responsabilidade por ele assumiu o Estado-membro, o Distrito Federal ou Município”<sup>77</sup>.

Diversamente entende Aliomar Baleeiro, que leciona: “o Estado deve ser condenado a restituir o quanto recebeu, se o produto do empréstimo foi investido em sua utilidade. O princípio secular e universal de que a ninguém é lícito locupletar-se com alheia jactura aplica-se também à dívida pública oriunda de contrato defeituoso por falta de autorização legislativa”<sup>78</sup>.

No mesmo sentido é a lição de Régis Fernandes de Oliveira: “Pode-se afirmar que prevalece o princípio da boa-fé (...) como, também, o princípio da aparência, a saber: se alguém contratou com o Estado, através de seu servidor, fê-lo crendo que era ele seu representante. Fê-lo de boa-fé. Logo, não pode sofrer qualquer prejuízo”<sup>79</sup>.

## 9. CRÉDITO PÚBLICO ESTADUAL, DISTRITAL E MUNICIPAL

Os Estados, Municípios e o Distrito Federal podem, como a União, adquirir empréstimos, mediante emissão de títulos. Toda disciplina normativa consta de lei federal e os limites e condições são estabelecidos pelo Senado Federal, mediante resolução (art. 52, VII, da CF).

Pode ocorrer, todavia, que, em consequência de má gestão administrativa, as entidades menores deixem de pagar a dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, o que enseja, em relação a Estados e Distrito Federal, a intervenção da União (art. 34, V, da CF), salvo comprovado motivo de força maior<sup>80</sup>.

77 PONTES DE MIRANDA, F. C. Apud OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*, 2001, p. 164.

78 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*, 1996, p. 462.

79 OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*, 2001, p. 165.

80 O não pagamento da dívida fundada, conforme notícia Enrique Ricardo Lewandowski, “constitui pressuposto para a intervenção desde a Reforma de 1926 à Lei Maior de 1891. Todas as Constituições posteriores mantiveram a hipótese, sendo que a de 1946 restringiu a medida apenas ao caso de inadimplemento de dívida fundada exterior. Em 1967, eliminou-se a restrição, passando a ser a ação interventiva autorizada quer na hipótese do não pagamento da dívida fundada interna, quer na de inadimplemento da externa” (*Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*, 1994, p. 97). A Constituição vigente também não faz qualquer distinção entre as duas situações.

Pode ocorrer a intervenção do Estado nos Municípios pelo mesmo motivo (art. 35, I, da CF), salvo comprovado motivo de força maior. Nesse caso, como observa Enrique Ricardo Lewandowski, “não basta simplesmente o Município alegar a excludente da força maior, cumprindo-lhe comprovar a sua ocorrência de forma objetiva para obstar a intervenção”<sup>81</sup>.

Frise-se que o não pagamento da dívida flutuante não enseja a intervenção federal nos Estados nem desses nos Municípios.

## **10. LIMITES E CONDIÇÕES FIXADOS PELO SENADO PARA AS OPERAÇÕES DE CRÉDITO**

Vimos que, de acordo com o art. 52, VII, da CF, compete privativamente ao Senado Federal “dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal”.

Também vimos que, como forma de conferir efetividade ao comando constitucional transcrito, a Lei Complementar n. 101/2000 exigiu, como uma das condições para a contratação de operação de crédito, que o ente interessado formalize seu pleito fundamentando-o em parecer de seu órgão jurídico, demonstrando a observância dos limites e condições fixados pelo Senado Federal (art. 32, § 1º, III, da LRF).

Tais limites e condições encontram-se, atualmente, estabelecidos na Resolução n. 48, de 21-12-2007, e na Resolução n. 43, de 21-12-2001, ambas do Senado Federal.

A Resolução n. 48/2007 dispõe sobre os limites globais para as operações de crédito externo e interno da União, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal e estabelece limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno<sup>82</sup>.

Já a Resolução n. 43/2001 dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização.

81 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*, 1994, p. 118. Nesse sentido: PASCOAL, Valdecir Fernandes. *A intervenção do estado no município: o papel do tribunal de contas*, 2000, p. 53.

82 Nesse particular, a Resolução n. 48/2007 regulamentou o inciso VIII do art. 52 da CF, segundo o qual cabe privativamente ao Senado Federal “dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno”.

## **11. LIMITES PARA O MONTANTE DA DÍVIDA CONSOLIDADA E MOBILIÁRIA FIXADOS PELO SENADO**

De acordo com o art. 52, VI, da CF, compete privativamente ao Senado Federal “fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Já o inciso IX do citado artigo diz competir privativamente ao Senado “estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

O inciso I do art. 30 da LRF determinou que o Presidente da República submetesse ao Senado Federal proposta de limites globais para o montante da dívida consolidada da União, Estados e Municípios, e proposta de limites e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Tais limites e condições encontram-se, atualmente, estabelecidos na Resolução n. 40, de 20-12-2001, do Senado Federal.