

Marcelo Xavier de Freitas Crespo

Coordenação



**CRIMES CONTRA A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
ASPECTOS POLÊMICOS**

Vicente Greco Filho

Prefácio

Alessandra Orcesi Pedro Greco

Cícero Marcos Lima Lana

Eduardo Saad Diniz

Fábio Romeu Canton Filho

Fernando Vernice dos Anjos

Igor Tamasauskas

João Daniel Rassi

João Paulo Orsini Martinelli

Luiz Rascovski

Marcelo Valdir Monteiro

Marcelo Xavier de Freitas Crespo

Pablo Moitinho de Souza

Pierpaolo Cruz Bottini

Silvia Helena Serra

Thaís de Camargo Rodrigues

QUARTIER LATIN

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Contato: *quartierlatin@quartierlatin.art.br*

www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Thaís Fernanda S. L. Silva

Revisão gramatical: Thaís Fernanda S. L. Silva

Capa: Miro Issamu Sawada

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (Coord.) – Crimes contra a Administração Pública: Aspectos Polêmicos – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ISBN 85-7674-518-6

1. Direito Penal – Parte Especial.
 2. Crimes Contra a Administração Pública.
- I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito Penal – Parte Especial

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Dos Crimes contra as Finanças Públicas

Igor Tamasauskas

Advogado formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1999; Procurador da Fundação de Apoio Institucional da Universidade Federal de São Carlos (2001/2002); Corregedor Administrativo (2002/2003) e Procurador Geral (2003/2005), ambos do Município de São Carlos; Subchefe Adjunto para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (2005/2007).

Pierpaolo Cruz Bottini

Professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça. Mestre e doutor em direito penal pela Faculdade de Direito da USP, esteve à frente da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça em 2005 e 2006, e à frente do Departamento de Modernização da Justiça do Ministério da Justiça em 2003 e 2004. É coordenador regional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Autor da obra "Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco" (RT, 2007), coordenou e publicou as obras "Reforma do Judiciário" (Saraiva, 2005), "A nova execução dos títulos judiciais" (Saraiva, 2006), e inúmeros artigos em periódicos e publicações especializadas.

I. INTRODUÇÃO

O presente escrito possui o objetivo de analisar a tipificação de condutas de administradores públicos reputadas contrárias ao equilíbrio e ao planejamento da gestão dos recursos coletados da sociedade sob a forma de tributos e destinados ao custeio da máquina pública, dos serviços ofertados à população, ao pagamento de dívidas etc.

Recordemos que o capítulo IV do Código Penal foi incluído pela Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, no mesmo contexto de edição da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, visando a reforçar que a boa gestão das finanças públicas passava a ser uma preocupação maior do legislador, ao incluí-la no rol de bens juridicamente tutelados pelo Direito Penal. Além dos oito artigos incluídos no Código Penal, referida norma alterou dispositivos da Lei nº 1.079, de 1950, que trata dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, do Procurador Geral da República e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e também fez incluir disposições similares no Decreto-Lei nº 201, de 1967, que trata dos crimes de responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores.

Anote-se que os administradores públicos, na qualidade de agentes públicos

“são estritamente responsáveis no exercício de seus cargos. Esta responsabilidade decorre da própria qualidade de funcionário, a qual participa do caráter do mandato, modificado pelas condições especiais, pela natureza peculiar dos negócios públicos. Quem gere interesse alheio, quem se ocupa de serviço de outrem é obrigado a fazê-lo segundo as instruções do dono do negócio e com diligência e zelo. No exercício de suas funções os funcionários entendem sobre objeto referente ao direito dos cidadãos, a interesses legítimos dos particulares, e sem a responsabilidade tudo isso ficaria a arbítrio dos empregados e sujeito a prejuízos e lesões irremediáveis.”¹

Portanto, foi com o espírito de inserir as preocupações da sociedade com a boa gestão das finanças públicas, ou seja, daquela que é a titular, em última análise, da *res publica*, que se houve a modificação da legislação pátria, criando-se regras mais específicas e detalhadas para a gestão fiscal dos entes públicos (Lei Complementar nº 101) e prevendo-se regras penais para tutelar o cumprimento de tais normas.

Demais disso, como se está a analisar determinadas condutas do gestor público, impera o princípio da legalidade na sua atuação, com especial preocupação para que a afronta ao quadro normativo vigente, em determinadas situações, implique na persecução penal, como se verá a seguir.

Para COELHO, tal princípio, no campo orçamentário, significa a

“Projeção do princípio da legalidade em geral, com a particularidade de que, em se tratando de gestão do dinheiro público, a legalidade orçamentária significa que o ordenador de despesas só pode fazer aquilo que as respectivas leis lhe permitem – e nos termos e limites dessa permissão – o princípio em exame exige obediência às normas da constituição orçamentária, ou seja, a todas as regras e princípios que, no particular, estão expressos na Lei Maior ou que derivam das suas disposições, com ênfase nos preceitos reguladores das finanças e dos orçamentos.”²

A inclusão dos artigos 359-A a 359-H no Código Penal, assim como a alteração das Leis de Responsabilidade assinaladas, objetivou a explicitar a crescente preocupação do país com o incremento do controle sobre a gestão pública, obrigando o administrador a seguir os procedimentos necessários para a realização de operações envolvendo recursos públicos. Segundo a LRF, “a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar” (art. 1º, § 1º). O objetivo da denominada “lei de crimes fiscais”, destarte, é obrigar o gestor público ao planejamento e à transparência na administração, com vistas ao equilíbrio das contas públicas.

Nesse conspecto, cometerá crime contra as finanças públicas aquele que, faltando às normas vigentes, atentar contra o equilíbrio fiscal e o controle legislativo sobre as finanças públicas; sem tal elemento, não nos parece possível a configuração dos tipos previstos na lei de crimes fiscais. É o mesmo entendimento de BITTENCOURT:

2 MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

“Por sua percuciência, mais uma vez merece ser citado o entendimento de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, que afirmam: em ambas as situações a conduta do agente de interferir no planejamento e/ou equilíbrio das contas públicas. É preciso que cause lesão ou ao menos perigo concreto de lesão a esse bem jurídico. Se a conduta for puramente antinormativa (contra o limite imposto, contra condição imposta etc.), mas não colocar, nem de longe, em perigo, o equilíbrio das contas públicas, não há crime. Exemplo: a operação de crédito inobservou o montante estabelecido em lei, ultrapassando-o em pouca monta. Um valor absolutamente insignificante não coloca em risco o equilíbrio das contas públicas. Logo, apesar de a conduta ser antinormativa, não é antijurídica (em sentido material). Há desvalor da ação, mas não desvalor do resultado. Não há crime, portanto”.³

Com precisão, GOMES e BIANCHINI destacam:

“O sentido último desses crimes muito provavelmente poderia ser resumido em duas afirmações (ou admoestações ao administrador público): 1ª) é proibido gastar mais do que se arrecada; 2ª) é proibido comprometer o orçamento mais do que está permitido pelo (controle do) poder legislativo.”⁴

A jurisdição penal sobre aspectos da administração do erário veio, portanto, somar-se aos controles político-administrativos exercidos pelos Tribunais de Contas e pelo Poder Legislativo. Como a alteração do Código Penal foi apenas um dos instrumentos voltados ao maior controle da administração pública, soa difícil avaliar seu acerto, mormente num contexto de rediscussão da minimização das condutas albergadas pelo Direito Penal. Entretanto, sem se negar que ainda há muito a aprimorar nesta área, este conjunto de leis visando ao aperfeiçoamento da gestão pública contribuiu sobremaneira para a credibilidade internacional do país na avaliação do risco de investimentos nos títulos oferecidos pelo Tesouro Nacional.

Compete destacar, ainda, que os tipos deste capítulo admitem apenas a forma dolosa de imputação em relação a esses delitos contra as finanças públicas e, como preveem penas mínimas inferiores ao limite de um ano, admite-se a suspensão condicional do processo estatuída pelo art. 95 da Lei nº 9.099, de 1995.

Analisemos, pois, os tipos em comento.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
4 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes de Responsabilidade Fiscal na Lei 10.028/00*. São Paulo: RT, 2001.

II. CONTRATAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CRÉDITO

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

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

Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:

I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal;

II – quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

O primeiro artigo deste capítulo tutela a contratação de operações de crédito pelo Poder Público. Com efeito, *contratar uma operação de crédito*, incluídas as etapas relacionadas com os núcleos do tipo em comento (ordenar, autorizar ou realizar), pressupõe a adequada formação de vontade do ente público, *in casu*, a autorização do Poder Legislativo respectivo quanto à operação propriamente dita, bem como em relação a limites e condições estabelecidos por lei ou resolução do Senado Federal.

Conforme disposição constitucional (art. 48, I, II e XIV), compete ao Congresso Nacional (e aos legislativos estaduais e municipais, por paralelismo), dispor acerca de matéria tributária, orçamentária e endividamento. Demais disso, é competência privativa do Senado Federal a fixação de regras, limites e autorizações relacionadas ao endividamento público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

...

V – autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

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;

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;

Toda operação de crédito contratada pelo Poder Público deve, portanto, integrar o respectivo orçamento, além de estar expressamente autorizada pelo Poder Legislativo respectivo, a fim de conformar a formação de vontade do ente público respectivo. Além disso, deve obedecer aos limites preconizados pelo Senado Federal nas Resoluções que tratam do tema.

Incide, portanto, na conduta criminosa aquele que ordene, autorize ou realize operação de crédito sem prévia autorização do parlamento respectivo ou que pratique essas condutas em casos que, embora autorizada pelo Poder Legislativo, a operação exceda a limite, condição ou montante estabelecido por lei ou resolução do Senado Federal, ou, ainda, quando o montante da dívida consolidada ultrapassar o montante autorizado por lei.

Como mencionado, pressupõe-se a necessidade de manifestação do parlamento para a regularidade de uma operação de crédito, decerto, em razão da necessidade de maior controlo social e transparência na contratação de obrigações que poderão onerar mais de uma geração de cidadãos.

Operação de crédito, segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal, configura qualquer compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros (art. 29, III).

A definição de operação de crédito pela LRF pressupõe, desta feita, a existência de uma relação bilateral entre o poder público tomador e o agente conessor do crédito; um contrato de crédito exige, destarte, o concurso de duas vontades. Assim, embora direcionado à proteção do equilíbrio das contas públicas e ao efetivo controle legislativo sobre as finanças públicas, poder-se-ia sustentar que ambas as partes na relação bilateral estariam sujeitas à incidência do tipo penal, agente público ou não. Entretanto, voltando-se ao objetivo que se pretende defender com a lei, parece que o destinatário da norma, sem dúvida, é o agente que possua a atribuição de contrair, em nome do ente público, uma operação de crédito.

O Supremo Tribunal Federal, no pedido de arquivamento do Inquérito nº 2.591-7/SP, assentou entendimento que o crime do art. 359-A não se caracteriza quando houver a obediência aos limites fixados pelo Senado Federal e ainda quando manifestada a anuência do respectivo parlamento, ainda que por mera previsão na lei orçamentária. O mais indicado, entretanto, é que haja expressa autorização legislativa, mediante lei específica, além do respeito aos demais requisitos, sobretudo em relação aos limites fixados pelo Senado e no anexo de metas fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias aprovada pelo Poder Legislativo respectivo, de modo a evitar a incidência da norma penal em comento.

III. INSCRIÇÃO DE DESPESAS NÃO EMPENHADAS EM RESTOS A PAGAR

Art. 359-B. Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei:

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

Passando ao tipo do art. 359-B, sua análise demanda alguns conceitos de direito financeiro, previstos na Lei nº 4.320, de 1964, que trata da contabilidade pública.

O primeiro deles trata da forma com que são realizadas as despesas públicas. A despesa procedida sob o regime da contabilidade pública exige prévio empenho (art. 60), que consiste no ato que cria para a administração obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição (art. 58).

Assim, para que um ente público proceda a aquisição de bens ou contratação de serviços, há a necessidade de uma “reserva” de orçamento para fazer frente à despesa respectiva, que somente será quitada após a efetiva entrega da mercadoria ou da medição e recebimento dos serviços contratados, enfim da efetiva verificação dos serviços prestados. O período que medeia o empenho e o seu pagamento é denominado “processamento” da despesa; verificada a sua regularidade e liberado o pagamento, dar-se-á a “liquidação” do empenho (art. 63), e o fornecedor respectivo recebe o que lhe é devido.

Encerrado o exercício financeiro, em 31 de dezembro, a despesa que não tiver sido liquidada na forma acima assinalada deverá ser inscrita em “restos a

pagar", rubrica orçamentária destinada à contabilização de obrigações que não puderam ser honradas no mesmo exercício em que contraídas (art. 36). Ainda segundo a Lei nº 4.320, de 1964, os "restos a pagar" estão compreendidos na "dívida flutuante" da entidade pública, sujeita a limites e condicionantes no anexo de metas fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias, assim como na previsão da Lei Orçamentária Anual (LRF, art. 5º, §1º).

Colocadas tais premissas da Lei nº 4.320, de 1964, a autoridade não poderá ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar de despesa que não fora previamente empenhada, sob pena de infração ao tipo do art. 359-B. Noutro giro: está tutelado o regime do art. 60, da Lei de Contabilidade Pública, que exige o empenho prévio para validar uma despesa pública, possibilitando, destarte, o efetivo controle do legislativo acerca das despesas efetivadas à conta do orçamento previamente aprovado.

Ainda, havendo a necessidade de se observar a limitação da legislação orçamentária, mesmo que existente o empenho, também cometerá o crime o agente público que ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar acima desses limites votados e aprovados pelo Poder Legislativo no Anexo de Metas Fiscais e na Lei Orçamentária.

Intenta-se proteger, destarte, a regularidade na contabilidade pública, assim como no planejamento estatal, sempre com vistas à manutenção do equilíbrio das contas públicas.

Na hipótese de ser ordenada ou autorizada a inscrição de despesa não empenhada em restos a pagar, e, por qualquer razão alheia à vontade da autoridade, tal determinação não é executada pelo setor responsável pela contabilidade pública, está-se diante de tentativa devidamente caracterizada.

IV. ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO OU LEGISLATURA

Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:

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

O art. 359-C pretende evitar que sejam transferidas obrigações de um mandato para o outro, que não possam ser sustentadas pela efetiva disponibilidade financeira do ente público. Protege-se o erário de despesas perdulárias e projetos irresponsáveis e eleiçoeiros que tanto prejudicaram o desenvolvimento nacional. Se um governante desejar iniciar uma obra ou projeto que ultrapasse o limite de seu mandato, haverá de prever – e resguardar – recursos suficientes para arcar com a despesa respectiva.

O tipo penal, portanto, está associado às condutas de ordenar ou autorizar a assunção de despesa, nos oito últimos meses de mandato ou legislatura, que não possa ser integralmente suportada no mesmo exercício ou, caso ultrapassado, não legue ao sucessor a disponibilidade financeira para sustentar a despesa.

Pratica o crime o agente público que possua a atribuição para assumir a obrigação em nome do ente público em desacordo com as possibilidades de caixa.

A análise deste dispositivo está intrinsecamente ligada ao art. 42, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que veda o endividamento público de maneira irresponsável. Desta feita, as despesas públicas empenhadas e liquidadas nos meses compreendidos entre maio e dezembro do último exercício do mandato ou legislatura deverão ser pagas neste mesmo período. Caso haja despesa que seja liquidada no exercício seguinte, o agente público deverá deixar disponibilidade financeira equivalente.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em seu Manual sobre a LRF⁵, orienta aos gestores e agentes de controle que a avaliação do cumprimento deste dispositivo deve levar em conta a “variação do estoque da dívida líquida de curto prazo, daí se inferindo a realização, no período, de despesa sem cobertura de caixa.” Corroborando tal entendimento, o TJSP entendeu que pratica o crime o agente público que provocar o desequilíbrio nas contas públicas mediante restos a pagar sem suficiência de caixa: “materialidade comprovada por documentos trazidos aos autos pela acusação, em especial o laudo pericial contábil do Instituto de Criminalística e parecer do Tribunal de Contas do Estado – Hipótese em que se verificou o desequilíbrio das finanças públicas exigido para a tipificação do delito” (apelação criminal nº 1.161.156.3/0-00).

⁵ Disponível em: <http://www.tce.sp.gov.br/arquivos/manuais-basicos/2007_lrf.pdf>, acesso em 17.12.2008.

V. ORDENAÇÃO DE DESPESA NÃO AUTORIZADA

Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:

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

O art. 359-D trata da ordenação de despesa não autorizada por lei. Consoante tratado adrede, a despesa pública, para ser válida, necessita estar em situação de compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, além de encontrar respaldo na Lei Orçamentária Anual. Demais disso, há situações que exigem a edição de autorização legislativa específica, como a destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas (LRF, art. 26); ou a assunção, por Município, do custeio de despesas de competência de outro ente da federação (LRF, art. 62); ou, ainda, no caso de subvenções econômicas a entidades com fins lucrativos (Lei nº 4.320/64, art. 19). Pode-se cogitar de outras hipóteses em que as Constituições Estaduais ou as Leis Orgânicas Municipais exijam a autorização legislativa para que se proceda a determinada despesa pública, como forma de impor maior controle social sobre a atividade administrativa (norma penal em branco).

Destarte, havendo a exigência de autorização parlamentar para a realização da despesa, cometerá o crime do art. 359-D aquele que, possuindo competência para tanto, a ordenar sem a devida autorização legal.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento dos Embargos de Declaração nº 496.703.3/5-0001-000, reputou criminosa, pelo art. 359-D, a conduta de agente público que determinou a realização de despesa sem a existência de autorização legislativa específica, não obstante suportada por rubrica prevista no orçamento.

De seu turno, o Superior Tribunal de Justiça assentou que “quando devidamente explicável a despesa, deslegitima-se a possibilidade de punição da conduta ao menos no âmbito penal. A inexistência de autorização de despesa em lei constitui, tão-somente, indício de irregularidade. Para se criminalizar a conduta, é necessária a existência de lesão não-justificada ao bem jurídico, isto é, às finanças públicas, o que, no caso, não ocorreu” (Ação penal nº 389/ES), como que reafirmando a necessidade de apuração do ato tendente ao desequilíbrio das contas públicas, na forma explicitada no início deste estudo.

Tal como no tipo do art. 359-B, a tentativa é possível e a autoridade deverá responder pelo delito.

VI. PRESTAÇÃO DE GARANTIA GRACIOSA

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

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

O art. 359-E encontra-se ligado ao art. 40, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que exige a prestação de contragarantia a garantia em operação de crédito entre os entes federativos. Segundo a LRF, por “garantia” entende-se o compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada (art. 29, IV). Ou seja, tomado por empréstimo o conceito do direito civil, garantia configura uma segurança, ao credor, quanto ao pagamento da prestação a que se obrigou o devedor. Segundo MIZABEL DERZI, a contragarantia

“tem a mesma natureza e extensão da garantia, ou seja, qualquer caução contraprestada pelo devedor ao garantidor, terceiro estranho ao vínculo obrigacional que lhe garantiu o pagamento.”⁶

O inciso I, do §1º, do art. 40 da LRF dispensa a apresentação de contragarantia a órgãos e entidades do próprio ente federativo. Já o inciso II disciplina que a contragarantia pode ser entabulada mediante a vinculação de transferências constitucionais, com outorga expressa de poderes para sua retenção e emprego na liquidação da obrigação garantida. Tal prática, contudo, segundo a mesma autora, é inconstitucional por afronta aos arts. 160, e 167, IV, da Magna Carta.

Cometeria o crime de prestação de garantia graciosa, portanto, o agente público que possua a obrigação legal de exigir a contragarantia em operações de crédito e presta a garantia sem tal exigência.

Entrementes, anuncia-se a necessidade de verificação da comprovação do desequilíbrio decorrente da conduta, como condição de se admitir a hipótese do tipo do art. 359-E, conforme a abalizada doutrina de GOMES e BIANCHINI:

“A inexistência de contragarantia quando da prestação de uma garantia não é motivo suficiente para se punir penalmente a conduta, visto

que, para não configurar mero ilícito administrativo, exige-se a comprovação do perigo concreto de lesão às finanças públicas (ou ao equilíbrio das contas públicas). Exige-se, portanto, para a consumação do crime, a comprovação do perigo a um bem jurídico de natureza supraindividual.”⁷

VII. NÃO CANCELAMENTO DE RESTOS A PAGAR

Art. 359-F. Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei:

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

Outro tipo penal que possui íntima relação com o art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal é o art. 359-F. Relembrando-se que os restos a pagar são obrigações preexistentes da administração pública, pendentes ou não de condição, que ultrapassarem o final do exercício financeiro (art. 58 c/c art. 36, da Lei nº 4.320/64), seu cancelamento somente poderia ocorrer se verificado algum vício na aferição do direito do credor, *v.g.*, serviço não prestado, apesar de contratado.

Não obstante, a LRF criou a obrigação de se cancelarem os empenhos que ultrapassarem as disponibilidades de caixa (art. 55, III, b, 4), explicitada nas razões de veto ao art. 41 do autógrafo da aludida norma. Ainda, o *caput* do art. 359-F veicula obrigação ao administrador de perseguir os limites preconizados no anexo de metas fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual.

O tipo penal, portanto, persegue uma dada maneira de escrituração da contabilidade pública – o cancelamento de inscrições na rubrica orçamentária de “restos a pagar” – sem promover a contenção do excesso na despesa pública quando a receita não se realiza na medida prevista na Lei Orçamentária Anual.

Portanto, restam prejudicados o credor, que confiou na execução de um contrato com o poder público e a entidade, que certamente será condenada em ação de ressarcimento, cuja última consequência redundará em inscrição daquele débito em outra rubrica – a dívida consolidada, junto aos precatórios judiciais. Demais disso, praticamente impele o ajuizamento de ações de ressarcimento pelos fornecedores do poder público, assoberbando ainda mais o Poder Judiciário, em

razão de obrigação meramente formal decorrente da não realização de receitas – que, no mais das vezes, decorre de fatos alheios à Administração.

Noutro giro: está-se determinando ao administrador que tenha uma conduta absolutamente irresponsável na gestão pública que, por decreto, diminua o seu endividamento de curto prazo – restos a pagar – de modo que, formalmente, o orçamento seja cumprido, olvidando-se, contudo, que a obrigação contratual com o fornecedor permanecerá válida e redundará em condenação judicial da entidade pública respectiva.

Sem embargos de severas críticas e este dispositivo, cometerá o crime o agente público que, detendo a competência bastante, deixar de ordenar, autorizar ou de promover o cancelamento de inscrições em restos a pagar em desconformidade com a lei.

Na jurisdição do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, trata-se de prática irregular, que merecerá a devida retificação contábil pela fiscalização, sem embargo da responsabilização do agente, na esfera político-administrativa⁸.

VIII. AUMENTO DE DESPESA TOTAL COM PESSOAL NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO OU LEGISLATURA

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

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

O art. 359-G trata da prática do aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura. A limitação de despesas com pessoal advém do art. 169 da Constituição Federal e se configura em importante ferramenta para a gestão pública, pois evita o engessamento orçamentário decorrente do crescimento vegetativo da folha de pagamento ante gratificações, promoções etc., bem como se evita que sejam realizados aumentos irresponsáveis ao funcionalismo à custa de receitas futuras, com inegável repercussão na esfera eleitoral.

O tipo do art. 359-G refere-se ao ato de ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura. A fixação de remunera-

ção de pessoal é realizada por lei (ou decreto legislativo), ou seja, com o concurso do parlamento que autoriza a despesa. O agente, portanto, poderá ser tanto o chefe do poder executivo que proponha o projeto de lei que redunde em aumento de despesa como os parlamentares que a autorizem, sem que se ressalvem os últimos seis meses de mandato ou legislatura.

Trata-se, sem dúvida, de previsão que busca evitar a dilapidação do erário decorrentes de benefícios funcionais expedidos em final de mandato, com finalidade meramente eleicoeira, e cuja repercussão invariavelmente recairá no governo seguinte, engessando as previsões orçamentárias do sucessor, seja como forma de *vendetta* política, seja como tentativa de envolver o funcionalismo nas disputas político-eleitorais. O que, de toda sorte, é plenamente condenável.

Interpretando esta norma, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais determinou o recebimento de denúncia contra ex-prefeito que nomeou servidores nos dois últimos meses de seu mandato, em situação que gerou aumento na despesa com pessoal (Recurso em Sentido Estrito nº 1.0461.06.039399-2/001).

Sem embargo de tal julgado do TJMG, é fundamental que se verifique o comprometimento do equilíbrio fiscal, sem o que o crime não estará configurado. Portanto, além da violação dos limites da despesa com pessoal, é necessário que tal ato configure desequilíbrio orçamentário bastante a ensejar a atuação da jurisdição penal.

IX. OFERTA PÚBLICA OU COLOCAÇÃO DE TÍTULOS NO MERCADO

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

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

O derradeiro dispositivo no capítulo dos crimes contra as finanças públicas trata da emissão de títulos de dívida pública sem a observância de sua criação por lei e sem o registro em sistema centralizado de liquidação e custódia.

Cometerá o crime o agente público que ordene, autorize ou promova a oferta ou colocação em mercado de títulos públicos que não tenham sido criados por lei ou que não estejam custodiados em sistema centralizado, atualmente na CETIP S/A, sociedade organizada pelo Banco Central e instituições financeiras.

Trata-se de disposição que impõe ao administrador o dever de levar à discussão parlamentar a conveniência de criação de um título para captação de recursos, bem como as condições que serão ofertadas ao mercado. A liquidação e custódia em sistema centralizado oferecem maior controle, transparência e credibilidade ao mercado de títulos públicos brasileiros.

X. CONCLUSÕES

Consoante mencionado na introdução, a criminalização da gestão pública pode não se configurar na melhor saída para a busca constante da profissionalização no trato da *res publica*.

Com efeito, muitos dos tipos penais assinalados sequer foram colocados ao crivo do Poder Judiciário, a despeito de se tratar de alterações normativas datadas de quase uma década. E, decerto isso não decorre da correta gestão dos administradores pátrios ou de receio decorrente de uma possível persecução penal.

Ao revés, a elevada complexidade do tema relacionado à contabilidade pública, muitas vezes acessível somente aos profissionais com conhecimentos específicos da área, afasta a persecução penal das condutas previstas na Lei de Crimes Fiscais. Além disso, é da essência da atividade do administrador fazer escolhas e enfrentar dificuldades – muitas vezes um orçamento escasso e sem margem para atender a todas as necessidades públicas – e tais situações são levadas em conta no momento de avaliar determinada conduta, e, portanto, submetê-la aos tipos assinalados adrede.

Não obstante as críticas apontadas, e as ainda por apontar, a Lei de Crimes Fiscais deve ser analisada juntamente com todo o “pacote” legislativo que foi editado para a melhoria regulatória da gestão fiscal brasileira. Foram essas normas, com suas qualidades e defeitos, que propiciaram um mínimo de profissionalização no planejamento e execução orçamentários dos entes públicos nacionais e que ensejaram um grau mais elevado de confiança nas instituições nacionais.

A despeito disso, teria andado melhor o legislador caso tivesse agravado, ou sistematizado de maneira mais adequada, as sanções no plano político-eleitoral, ou mesmo, administrativo, a fim de se proscrever da gestão pública aqueles sem condições e comprometimento com o bem jurídico almejado pela Lei de Crimes Fiscais.