

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DESPESAS NO FINAL DO MANDATO: AS PERSPECTIVAS HERMENÊUTICAS DA RESPONSIVIDADE E O DEVER DE BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND EXPENSES AT THE END OF THE MANDATE:
HERMENEUTICAL PERSPECTIVES OF RESPONSIVENESS AND THE OBLIGATION OF
GOOD PUBLIC ADMINISTRATION*

*IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA Y GASTOS AL FINAL DEL MANDATO: LAS PERSPEC-
TIVAS HERMENÉUTICAS DE LA RESPONSABILIDAD Y EL DEBER DE BUENA ADMINIS-
TRACIÓN PÚBLICA*

Leonel Pires Ohlweiler¹

1 Pós-Doutor em Direito pela UFSC. Mestre e Doutor em Direito. Desembargador do TJRS. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito do Unilasalle-Canoas-RS. *E-mail* leonel-pires@terra.com.br.

Resumo: o presente artigo discute os requisitos normativos para a caracterização da improbidade administrativa por violação do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A partir da noção de legitimidade constitucional dos orçamentos públicos e do dever de boa administração, os agentes públicos não possuem disponibilidade sobre a gestão das despesas em final de mandato. A improbidade fiscal situa-se no campo da má gestão pública. Como conclusão, defende-se a necessidade de comprovar que o sujeito passivo agiu de forma livre e consciente para contrair despesa que não poderia ser cumprida integralmente dentro do final do mandato, sabendo ou devendo saber sobre a indisponibilidade de caixa. Trata-se de violação dos princípios da prudência e probidade fiscais.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa; Orçamento Público; Despesas; Indisponibilidade de Caixa; Prudência Fiscal.

Abstract: this article discusses the standard requirements for the characterization of administrative improbity for violation of Article 42 of the Fiscal Responsibility Act. The methodology used was bibliographical and jurisprudential research. Based on the notion of constitutional legitimacy of public budgets and the duty of good administration, public officials have no funds available to manage their expenditure at the end of their mandate. Fiscal improbity is situated in the area of bad public management. In conclusion, this work defends the need to prove that the passive subject has acted freely and consciously in contracting an expense that could not be met in full by the end of their mandate, despite knowing – or should have known - about the unavailability of the funds. This is a violation of the principles of prudence and fiscal probity.

Keywords: administrative improbity; public budget; expenses; unavailability of funds; fiscal prudence.

Resumen: El presente artículo discute los requisitos normativos para la caracterización de la improbidad administrativa por violación del artículo 42 de la Ley de Responsabilidad Fiscal. La metodología utilizada fue la investigación bibliográfica y de jurisprudencia. A partir

de la noción de legitimidad constitucional de los presupuestos públicos y del deber de buena administración, los agentes públicos no tienen disponibilidad sobre la gestión de las expensas al final del mandato. La improbidad fiscal se sitúa en el campo de la mala gestión pública. Como conclusión se defiende la necesidad de comprobar que el sujeto pasivo procedió de forma libre y consciente para contraer compromisos que no podrían ser satisfechos enteramente dentro del final del mandato, sabiendo o debiendo saber sobre la indisponibilidad de caja. Se trata de violación de los principios de la prudencia y probidad fiscales.

Palabras clave: Improbidad Administrativa; Presupuesto Público; Expensas; Indisponibilidad de Caja; Prudencia Fiscal.

INTRODUÇÃO

A constitucionalização da Administração Pública, tema tantas vezes debatido no âmbito do Direito Administrativo, produz intensos efeitos sobre o exercício das competências de gestão dos orçamentos públicos. A materialização da democracia substancial impôs a construção de indicações mais profundas para o controle fiscal, o que a Lei Complementar nº 101/2000 concretizou em diversos dispositivos, dentre eles o artigo 42, ao tratar do tema das obrigações de despesas em final de mandato.

O objeto da presente pesquisa restringe-se aos delineamentos hermenêuticos da chamada improbidade fiscal, importante instrumento para o resgate material do "ethos" constitucional de boa administração pública. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Na primeira parte haverá a análise do estado da arte na jurisprudência, focando-se no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, indicando-se as principais decisões e capazes de elucidar as referências necessárias para aplicar o citado dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal. Partindo-se da linha de entendimento tradicional do STJ sobre o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, com especial atenção para o

artigo 11 da Lei nº 8.429/92, destacam-se os argumentos utilizados para elencar os elementos de configuração da improbidade fiscal.

Após, a partir do profícuo diálogo com a concepção hermenêutica de Ronald Dworkin, e em alguma medida inserções na filosofia hermenêutica, será debatida a leitura moral da Lei Complementar nº 101/2000, especificando a necessária compreensão da unidade hermenêutica representada pela boa administração pública e suas indicações de prudência e probidade fiscais. Não basta, portanto, agregar o material jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, mas é preciso construir uma dada concepção para a leitura desse material. Adota-se o entendimento segundo o qual o texto normativo do artigo 42 materializa em diversos aspectos a ideia de responsividade, cuja análise exige integridade e coerência.

Estabelecidas tais pré-compreensões, a última parte deste breve estudo destina-se ao exame das indicações da tipicidade da improbidade administrativa fiscal, em especial pela violação de princípios da Administração Pública, na linha das decisões destacadas do STJ e do TJRS. A finalidade é contribuir de algum modo para a melhor decisão sobre o tema, laborando com a necessária circularidade hermenêutica entre as dimensões objetiva e subjetiva, de modo a compreender a descrição da conduta ímproba em seus aspectos normativos e o requisito relacionado com a subjetividade da conduta praticada e capaz de ensejar a aplicação da Lei nº 8.429/92.

O CASO DAS DESPESAS EM FINAL DE MANDATO COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PERSPECTIVAS DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO TJRS

O artigo 42 da Lei Complementar nº 101 sempre foi objeto de debates em virtude da vedação estabelecida com relação às obrigações de despesas nos dois últimos quadrimestres do mandato de gentes políticos. A necessidade da análise do texto normativo também adquire relevância pelas disposições contidas no artigo 73 ao prever a possibilidade de a infração aos dispositivos desta Lei Complementar ser punida segundo a Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade

Administrativa. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça realizou-se pesquisa no ano de 2016 e verificou-se a escassez de decisões sobre o tema, destacando-se apenas três casos julgados. No RESP nº 706.744-MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgamento ocorrido em 07.02.2006, muito embora sem o enfrentamento direto do tema da improbidade administrativa por violação do citado artigo 42, o julgamento é digno de nota por algumas questões interessantes examinadas. Trata-se de acórdão do TJMG julgando ação de cobrança proposta contra o Município de São João Batista da Glória, sendo a própria Administração Pública recorrente, cujo objetivo era alterar a decisão e a respectiva sentença de primeiro grau que condenou o Município ao pagamento de crédito referente à venda de produtos hospitalares. A tese veiculada consistiu na circunstância comprovada de tal obrigação ter sido contraída pelo gestor público anterior em desacordo com o artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ocasionando, portanto, a nulidade dos atos administrativos praticados.

O STJ estabeleceu algumas questões importantes: (a) com relação ao propósito da Lei de Responsabilidade Fiscal, referiu que regras de finanças públicas destinam-se a impor responsabilidade na gestão fiscal dos entes públicos, cujo escopo é reprimir a irresponsabilidade dos governantes, (b) foram introduzidos dispositivos endereçados a ele, destacando-se a imputação de responsabilidade ao gestor passado pelos restos a pagar, cuja normatividade inclusive lhe imputa a prática de crimes e atos de improbidade administrativa, (c) o regramento do artigo 42 não determina a nulidade das despesas contraídas no contexto do período suspeito, (d) o princípio da legalidade impõe à Administração Pública a observância das regras de direito financeiro no controle de suas despesas e de seu orçamento e (e) muito embora a despesa contraída seja irregular, o ato praticado pela Administração Pública é capaz de gerar direito público subjetivo de crédito a um terceiro, devendo-se considerar a vedação do enriquecimento ilícito em relação ao terceiro de boa-fé.

A questão foi novamente debatida, agora de forma específica sobre o artigo 42 da LRF, no Ag. Rg. no Agravo de Instrumento nº 1.282.854-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 15.03.2011, em virtude de decisão monocrática que negou provimento ao recurso especial interposto, sustentando-

se a inexistência de dolo do agente público. O caso tratava de condenação por ato de improbidade administrativa mantida pelo TJSP em relação a determinados agentes políticos, com base em relatório de fiscalização das contas do Município, relativo ao exercício de 2004, elaborado pela fiscalização e adotado pelo TCE, indicando o desastre da gestão no final do exercício do mandato do Prefeito Municipal. Há referências de o recorrente ampliar em 75,4% a indisponibilidade financeira apurada em 31 de abril de 2004, período no qual estava impedido de comprometer receitas em montante superior às que pudessem ser liquidadas no curso do exercício seguinte ou sem que houvesse disponibilidade de caixa para pagamento.

O STJ firmou questões relevantes sobre a aplicação do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial sobre os problemas relacionados com o elemento subjetivo: (a) destacou-se a relevância da atuação do TCE, pois no caso julgado ocorreram sucessivos alertas e, mesmo assim, o agente público ampliou o percentual de indisponibilidade no período suspeito e (b) com relação ao dolo, a improbidade administrativa por violação do citado dispositivo exige o dolo, mas se admite a caracterização de dolo eventual, manifesto na vontade livre e consciente de contrair despesas em nome do município nos dois últimos quadrimestres de seu mandato que não podiam ser cumpridas integralmente dentro dele e havia parcelas a serem pagas no exercício seguinte, sem suficiente disposição de caixa para este efeito, atentando contra princípios da Administração Pública, em especial legalidade e moralidade administrativa.

O tema da improbidade administrativa em exame voltou à discussão somente com o julgamento do RESP nº 1252341-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 05.09.2013, no qual se debateu sobre acórdão do TJSP que julgou procedente ação de improbidade administrativa de Prefeito Municipal, muito embora a aprovação das contas pela Câmara Municipal de Vereadores. O fato determinante foi similar ao já referido, qual seja, o ato de improbidade administrativa consistiu na violação do artigo 42 da Lei Complementar nº 101/2000, caracterizado pela assunção de obrigações nos últimos dois quadrimestres do exercício de 2000, sem que houvesse, ao final do seu mandato, disponibilidade financeira para saldá-las.

Relativamente ao elemento subjetivo, o STJ decidiu pela configuração do dolo, na linha do compreendido pela jurisprudência da Corte no sentido de exigir-se o dolo, ainda que genérico, para os casos dos artigos 9º e 11 e a culpa, para a hipótese do artigo 10, todos da Lei nº 8.429/92. O caso submetido ao exame revelou, segundo os ministros, no mínimo, a presença de culpa na gestão dos recursos públicos, argumentando-se com base nas conclusões da própria sentença de primeiro grau, imputando ao agente público ter agido de má-fé. Destacou-se a circunstância fática de o réu ter conhecimento dos cofres públicos não disporem de numerário suficiente para fazer frente às despesas realizadas, demonstrando seu descaso com a gestão do bem público e dever de conduta inerente ao administrador público, pois inclusive deixou um “rombo” no orçamento de mais de um milhão de reais.

As decisões referidas, portanto, indicam a importância do tema do equilíbrio na gestão das contas públicas, em especial no final do mandato, preocupação também presente em julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, muito embora não existam em números quantitativamente significativos. Tal aspecto é exatamente o elemento determinante do caráter peculiar da discussão, como no julgamento da Ação Civil Pública nº 70007000557, Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, 22ª CC, j. 28.04.2005, ocasião na qual se enfrentou a situação de determinado município com valor de disponibilidade de caixa bem inferior à dívida total empenhada, sem a devida cobertura disponível no caixa do Município. Houve destaque para a singularidade do caso concreto, pois a Lei de Responsabilidade Fiscal entrou em vigor quando já estava em vigência o exercício financeiro relativo ao ano de 2000 da municipalidade, existindo autorização legislativa prévia.

No entanto, algumas indicações foram assentadas sobre a aplicação do artigo 42 em análise: (a) o dispositivo direciona-se para evitar que o administrador, em final de mandato, efetue gastos comprometendo a administração futura, prejudicando a própria coletividade; (b) a normatividade do artigo 42 não pode importar na interrupção dos serviços públicos continuados, inerentes à própria máquina administrativa para possibilitar o seu funcionamento e (c) despesas administrativas para funcionamento da administração como combustível, água,

energia elétrica, telefonia, material de expediente, dentre outros, não podem ser computados para os fins do artigo 42.

Posteriormente, questão similar da superveniência da Lei de Responsabilidade Fiscal em pleno exercício da execução orçamentária foi novamente julgada por meio da Apelação Cível nº 70013319512, Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 15.12.2005. Além dos argumentos aludidos reafirmando o entendimento de não ser crível incluir na expressão restos a pagar as despesas administrativas imprescindíveis para o funcionamento da máquina administrativa, mencionou-se a existência de despesas relativas aos restos a pagar não vencidas e, desta forma, somente poderiam ser pagas no exercício seguinte, existindo saldo disponível e afastando a ocorrência de qualquer ato de improbidade administrativa.

Na Apelação Cível nº 70039928122, Rel. Des. Luiz Felipe Silveira Difini, 1ª Câmara Cível. J. 06.04.2011, ainda na linha das questões trazidas para o Poder Judiciário logo após a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, a discussão envolveu o próprio papel do TCE de constatar as irregularidades nas contas públicas, não havendo surpresa, pois houve a incidência dos dispositivos cuja aplicação já era possível, mesmo no curso da execução orçamentária. No entanto, prevaleceu o entendimento de não ser possível exigir do administrador a adaptação da execução do orçamento já aprovado à regra superveniente e a mera existência de restos a pagar não implica, por si só, a configuração de ato de improbidade administrativa.

Para o fim específico desta pesquisa, destaca-se a decisão proferida por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 70046660098, Rel. Des. Jorge Maraschin dos Santos, j. 15.02.2012, na qual o exame da prática de ato de improbidade administrativa por violação do artigo 42 exigiu a análise da circunstância de o agente público realizar empenhos retroativos de despesas contraídas pela Municipalidade. Debateu-se sobre a existência ou não de violação dos princípios da Administração Pública e o fato de a conduta gerar despesas sem as respectivas dotações orçamentárias. Ao final, o TJRS concluiu pela ausência de ato de improbidade administrativa, pois o próprio TCE concluiu pela veracidade das despesas, referindo não terem sido criadas para maquiar a contabilidade pública. Muito embora não seja o procedimento recomendável,

inexistiu ato de improbidade administrativa, mas manobra necessária, útil e normativamente possível a partir dos artigos 58 e 63 da Lei nº 4.320/64. Por ocasião do julgamento prevaleceu a tese de admitir a possibilidade no caso concreto do registro contábil extemporâneo, sem que tal conduta viole o artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Julgamento recente, Apelação Cível nº 700651375645, Rel. Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza, 22ª Câmara Cível, j. 30.07.2015, enfrentou de modo direto os requisitos necessários para caracterizar ato de improbidade administrativa por violação do artigo 42, cujo acórdão foi assim ementado:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. DESPESAS. FALTA DE DISPONIBILIDADE DE CAIXA. DOIS ÚLTIMOS QUADRIMESTRES DO MANDATO. RESTOS A PAGAR. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. 1. Não há nulidade pela inversão da ordem de oitiva das testemunhas sem a prova do prejuízo para as partes. Princípio “pas de nullité sans grief”. 2. O regime da repercussão geral previsto no artigo 543-B do CPC não induz ao sobrestamento do recurso de apelação. 3. O julgamento da ação de improbidade administrativa não se subordina ao prévio julgamento do processo criminal que versa sobre os mesmos fatos, em razão da independência entre as esferas. 4. Nos dois últimos quadrimestres do seu mandato, é vedado ao titular de Poder assumir nova despesa que não possa ser cumprida dentro do exercício por indisponibilidade de caixa. Art. 42 da LRF. 5. O art. 42 da LRF não tem por escopo proibir despesas ilegais por desvio de finalidade, mas sim a assunção de despesas, nos últimos oito meses do mandato, ausente disponibilidade de caixa para seu pagamento até o final do exercício. Nos dois últimos quadrimestres do mandato, se não há disponibilidade de caixa, é vedado ao agente público assumir despesa, ainda que presente a finalidade pública. Todavia, na interpretação desta norma, devem ser levadas em conta as situações extraordinárias decorrentes de fatos imprevisíveis ou previsíveis mas de consequências incalculáveis. Assim, a indisponibilidade de caixa não impede a assunção de dívidas para atender à situação excepcional em razão de emergência ou calamidade ou necessidade premente ou para garantir o funcionamento das atividades essenciais da máquina administrativa. 6. A infração ao art. 42 da LRF constitui ato de improbidade administrativa. Art. 73 da LC 101/2000. A finalidade pública das contratações não exclui, por si só, o dolo genérico do Prefeito de violar o referido dispositivo legal. 7. O Prefeito candidato à reeleição que, nos últimos oito meses do seu mandato, em violação ao art. 42 da LRF, celebra contrato, sem que haja disponibilidade de caixa, para veicular em rádio programa

para divulgar as realizações de sua gestão incorre nas sanções do art. 12, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa. A infração ao referido dispositivo legal aliada à ausência de finalidade pública da despesa, já que destinada à promoção da sua gestão, configura ato de improbidade administrativa tipificada no art. 10 da Lei nº 8.429/1992 pela malversação de recursos públicos, cujo total deverá ser ressarcido ao erário. 8. Configura ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, a assunção livre e consciente pelo Prefeito de novas despesas, nos últimos oito meses do seu mandato sem disponibilidade de caixa, ausente situação excepcional decorrente de situação de urgência ou calamidade pública ou necessidade premente para garantir o funcionamento das atividades essenciais da máquina administrativa pública das contratações não exclui, por si só, o dolo genérico do Prefeito de violar o art. 42 da LRF, porquanto o aludido dispositivo legal não se destina a vedar despesas destituídas de interesse público em desvio de finalidade, mas despesas legais sem disponibilidade de caixa nos últimos oito meses do mandato. A exclusão do dolo depende da prova de que a despesa era inadiável ante situação excepcional em razão de urgência, calamidade ou necessidade premente ou para garantir o funcionamento das atividades essenciais da máquina administrativa. Hipótese em que parte das despesas não apresenta sequer indícios de situação excepcional de modo a excluir a culpabilidade do agente público. A alegação do então Prefeito de já havia sido reeleito, ao tempo da assunção de algumas dessas despesas, não é hábil o bastante para excluir sua conduta dolosa em violar o art. 42 da LRF. Ao contrário, tal só reafirma sua intenção de descumprir a proibição legal. 9. Ante a gravidade da conduta, representada pelo dano ao erário e quebra do dever de lealdade aos princípios que norteiam o agir do agente público pelo comprometimento de caixa que transcende o exercício transitório do mandato, e a intensidade do elemento subjetivo do agente, afigura-se adequada a condenação do agente político em todas as sanções do art. 12, inciso II, da LIA. Agravo retido desprovido. Recurso de apelação provido em parte. (Apelação Cível Nº 70065137564, Vigésima RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 20/08/2015)

No caso referido, examinou-se a situação de Prefeito Municipal que contraiu nos dois últimos quadrimestres do seu mandato dezessete obrigações, cujas despesas não poderiam ser pagas no referido exercício financeiro e inscreveu parcelas em restos a pagar sem contrapartida de caixa em violação ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal. O TJRS manteve a condenação por ato de improbidade administrativa, adotando o seguinte entendimento: (a) a caracterização do quadro de crise financeira não é suficiente para excluir a responsabilidade, mais razão

haveria para o agente público não assumir obrigações no período vedado pelo artigo 42; (b) houve comprovação da concordância do réu com a realização de novas despesas sem que houvesse disponibilidade de caixa nos últimos oito meses; (c) para a condenação por ato de improbidade administrativa não basta a assunção consciente de novas dívidas nos dois últimos quadrimestres do mandato sem suficientes disponibilidades de caixa, sendo imperioso examinar o elemento subjetivo; (d) a proibição de novas despesas por indisponibilidade de caixa não impede a assunção de dívidas para atender às necessidades públicas decorrentes de situação excepcional em razão de urgência ou calamidade ou necessidade premente para garantir o funcionamento das atividades essenciais da máquina administrativa; (e) em termos probatórios impõe-se examinar o objeto e a justificativa de cada um dos contratos celebrados no período proibido, a fim de verificar se eles se destinavam a prover necessidade pública urgente; (f) a finalidade pública da despesa das contratações não exclui, por si só, o dolo genérico do agente público em violar o artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal e (g) no caso houve prática de ato de improbidade administrativa em virtude de as despesas não se relacionarem com situação excepcional capaz de afastar a proibição legal do dispositivo.

Por fim, destaca-se decisão do 2º Grupo de Câmaras Cíveis, Embargos Infringentes nº 70062555792, Rel. Des. Eduardo Delgado, j. 10.06.2016, no qual o dispositivo em exame foi objeto de debates, cujo acórdão foi assim ementado:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO DE BOM PRINCÍPIO. INCIDÊNCIA DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. JURISPRUDÊNCIA DO STF, STJ E TJRS. COMPROVADA A ASSUNÇÃO DE DESPESAS NOS DOIS ÚLTIMOS QUADRIMESTRES DO EXERCÍCIO E A IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO NO MANDATO - ART. 42 DA LC 101/00. NÃO OBSTANTE O DISSENSO NA INTERPRETAÇÃO DO ART. 42 DA L. C. Nº 101/2000 - LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. EVIDENCIADA A REITERAÇÃO DA CONDUTA APESAR DOS ALERTAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - TCE. DOLO CONFIGURADO. ART. 11, I C/C ART. 12, III, DA LEI FEDERAL Nº 8.429/92. I - Esta Corte pacificou a posição no sentido da incidência da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, com base na jurisprudência do STF e STJ. II - Incontroversa a reiteração voluntária da conduta ilícita de comprometimento de despesas nos dois últimos quadrimestres do mandato, em ofensa à regra do art.

42 da L. C. 101/2000, a configurar o atentado voluntário ao princípio da legalidade, constante do art. 11, I, da Lei 8.429/92. Embargos infringentes acolhidos. (Embargos Infringentes Nº 70062555792, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 10/06/2016).

A decisão foi de condenação do agente público por ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, adotando-se o entendimento de a comprovação do dolo genérico ser suficiente, caracterizando-se pela consciência de assumir compromissos financeiros em nome do Município nos dois últimos quadrimestres do mandato, mesmo que sem disponibilidade financeira para o cumprimento no período ou na administração seguinte. Destacou-se na decisão a circunstância de o agente público não ter adotado medidas suficientes para atender à notificação do TCE em relação ao período anterior, já possuir condenação na esfera penal pela prática do crime previsto no artigo 359-c do Código Penal, bem como a ciência inequívoca em relação à ilegalidade perpetrada, considerando a ausência de qualquer comprovação de circunstância excepcional ou emergencial, para o empenho de gastos ou novas obrigações.

A NECESSÁRIA LEITURA MORAL DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000: DA RESPONSABILIDADE PARA A RESPONSABILIDADE FISCAL

O conjunto das indicações jurisprudenciais construídas a partir das decisões referidas do STJ e do TJRS comprovam a íntima relação do tema da gestão de verbas públicas com o conteúdo da moralidade administrativa. A Lei Complementar nº101/2000 e especificamente o texto do artigo 42 não foram erigidos no vácuo, mas no contexto constitucional representado pelo artigo 165, §9º, II, quando refere caber à lei complementar estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como pelo artigo 70 ao especificar importante referência para o controle dos orçamentos públicos, como a legalidade, a legitimidade e a economicidade. Sobre a questão refere Ricardo Lobo Torres²:

2 **O Orçamento na Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 285-286.

O controle da legitimidade é o que se exerce sobre a legalidade e a economicidade da execução financeira e orçamentária. As finanças públicas no estado Social de Direito, que, ao contrário do Estado Guarda-Noturno ou do Estado Liberal do século passado, tem a sua dimensão intervencionista e assistencialista, não se abre apenas para a tomada de contas ou para o exame formal da legalidade, senão que exige também o controle de gestão, a análise de resultados e a apreciação da justiça custo/benefício, a ver se o cidadão realmente obtém a contrapartida do seu sacrifício econômico. O aspecto da legitimidade, por conseguinte, engloba os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados da ideia de segurança jurídica ou de justiça, que simultaneamente são princípios informativos de controle.

(...)

O controle da legitimidade, que é da própria *moralidade*, só agora se positivou na Constituição, mas, já era reclamado há muito pelos juristas brasileiros. Indubitável que a novidade constitucional do controle do aspecto da legitimidade significa a abertura para a *política*. Entenda-se: não para a política partidária nem para a atividade política ou discricionária, mas para a política fiscal, financeira e econômica.

Tal referência é crucial para bem dimensionar a relevância do artigo 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ainda que preceitos relacionados com a moralidade da gestão de verbas públicas sejam de caráter abstrato. No entendimento de Ronald Dworkin, ao defender a leitura moral da Constituição Americana, “a leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça.”³ Assim, o tema da improbidade administrativa em debate relaciona-se exatamente com a necessidade de ultrapassar a concepção de controle formal para a dimensão de legitimidade substancial⁴, cujo espaço normativo propõe a discussão sobre de que modo a Administração Pública deve gerir as verbas públicas. Qual a melhor concepção deste princípio abstrato de moralidade em relação aos orçamentos públicos?

Trata-se de assunto proposto pela leitura moral da Constituição Federal e da própria Lei Complementar nº 101/2000. Concorda-se com Ronald Dworkin

3 Cf. DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade. A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

4 Sobre a distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial ver FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil**. Madrid: Trota, 1999, p. 23.

quando responde aos críticos da leitura moral referindo que na prática cotidiana do Direito os intérpretes e aplicadores laboram com exigências morais em suas decisões, mas apenas não as explicitam⁵. Ora, também estão na gênese das práticas orçamentárias determinadas concepções e finalidades a serem realizadas. São objetivos a serem alcançados, cuja interpretação se orienta pela moralidade política dos agentes públicos. A questão aqui retratada, com reflexos diretos no artigo 42 da LRF, reside em explicitar e debater a melhor concepção para orientar o controle dos orçamentos públicos em final de mandato.

A citada transformação do controle meramente formal, antes da Constituição Federal de 1988, para o exame de legitimidade, está conectada diretamente com a própria ideia de democracia, por exemplo, explicitada nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal. Não há como desvincular a compreensão da gestão fiscal das questões típicas do Estado Democrático de Direito. As características desse tipo de Estado foram muito bem explicitadas por J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira⁶: a) Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; b) Organização Democrática da Sociedade; c) Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; d) Justiça Social com mecanismos corretivos das desigualdades; e) Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; f) Divisão de Poderes ou Funções; g) Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; h) Segurança e Certezas Jurídicas.

Com efeito, para Ronald Dworkin, “quando compreendemos melhor a democracia, vemos que a leitura moral de uma constituição política não só não

5 Cf. DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade. A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana, p. 04.

6 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p.83.

é antidemocrática como também, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia.”⁷ É nessa esteira que o artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal conecta-se com os princípios do Estado Democrático de Direito e a moralidade administrativa do artigo 37, “caput”, CF, como relevante indicação normativa para permitir a plena realização de tais propósitos por meio do dever de boa administração pública. No entendimento de Juarez Freitas, relaciona-se com a administração pública eficiente, eficaz, “proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas...”⁸. Relativamente à gestão fiscal, é crível dizer que o dever de boa administração pública se relaciona com a concepção de legitimidade democrática do artigo 70 da Constituição Federal, impondo ao agente público o dever de integridade e coerência com relação à unidade dos princípios constitucionais.

É imprescindível, na finalidade de melhor compreender a moralidade fiscal presente na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, não perder de vista a historicidade da Lei Complementar nº 101/2000 como tentativa de ultrapassar a compreensão meramente formal de democracia e o estado da arte de então, qual seja, “o orçamento serviu, durante mais de um século, muito mais aos interesses dos políticos e do aparelho do Estado do que aos da sociedade.”⁹ Urge vislumbrar o artigo 42 já referido com a consciência histórica de o atual marco normativo culminar com a institucionalização do equilíbrio das contas públicas e da responsividade fiscal como referências fundamentais para materializar o novo “ethos” em matéria de gestão do erário.

7 O Direito da Liberdade. **A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**, p. 10.

8 **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

9 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal. Finanças Públicas Democráticas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85. Vale também a referência de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves sobre o processo de amadurecimento para a edição de uma lei com a finalidade de assegurar uma gestão responsável do dinheiro público. Muito embora seja evidente tal conduta dos administradores, refere as resistências à Lei de Responsabilidade Fiscal voltada para coibir o despautério, a insensatez e a má-fé na administração do patrimônio público: “Com tais objetivos, foi editada a Lei Complementar nº 101/2000, também denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal, que é parte integrante de um conjunto de medidas que compõem o denominado Plano de Estabilização Fiscal (PEF), tendo estabelecido mecanismos de gestão dos recursos públicos, visando conter o ‘deficit’ e estabilizar a dívida pública, possibilitando a manutenção do equilíbrio que deve existir entre despesas e receitas públicas.” (**Improbidade Administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 528-529.)

Como refere Diogo de Figueiredo Moreira Neto, da responsabilidade como elemento tradicional ligado à legalidade, o Estado Democrático de Direito renova-se com a responsividade¹⁰:

No Estado Democrático de Direito se inova o princípio da responsividade, introduzindo um novo dever substantivo, em razão do qual o administrador público também fica obrigado a prestar contas à sociedade pela legitimidade de seus atos. A responsividade consiste, portanto, em apertada síntese, na obrigação de o administrador público responder pela violação da legitimidade, ou seja, pela postergação ou deformação administrativa da vontade geral, que foi regularmente expressa, explícita ou implicitamente, na ordem jurídica. Da compreensão e do desenvolvimento desse conceito, pois assim é que se deve entender a responsabilidade fiscal como tratada na Lei que leva essa designação, muito dependerá o êxito de sua aplicação.

O texto infraconstitucional do artigo 42 da Lei Complementar nº 42/2000, portanto, materializa a ideia de responsividade em certo modo, ainda que não se reconheça o caráter de princípio, mas como dever público de gestão administrativa, pois o agente público em final de mandato não pode valer-se desta circunstância para, desconsiderando as referências do equilíbrio fiscal, assumir obrigações novas a serem pagas pelo sucessor na Administração, sem a devida cobertura orçamentária, com suficiente disponibilidade de caixa. A outra dimensão da moralidade aplicada aos orçamentos públicos refere-se à prudência fiscal, exigindo-se do administrador não apenas o comprometimento com a boa administração pública:

Mas no Estado Democrático de Direito vai-se mais adiante nesse mesmo caminho e se define, ainda com maior precisão e vigor, um princípio de prudência fiscal, que vem a ser um *standard* comportamental a ser observado pelo administrador financeiro diante de riscos na administração dos dinheiros públicos, um conceito que é mais apropriado à extrema delicadeza ética exigida para o manejo dos recursos compulsoriamente entregues pela sociedade à administração Estado...

(...)

10 **Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal. Finanças Públicas Democráticas**, p. 60.

Demanda-se, portanto, nesse contexto neodemocrático, que o administrador de recursos públicos opere com especial moderação e extremo cuidado, passando a considerar e a evitar riscos, que até poderiam ser assumidos se fora uma gestão de interesses privados por gestores privados, mas que não podem ser ignorados ou negligenciados quando se trate de gestores públicos de interesses públicos, daí o moderno conceito de gestão sem riscos.¹¹

As indicações mencionadas justificam-se ainda pela compreensão dos julgados do STJ sobre a matéria, como no RESP nº 706.744-MG, no qual se destacou a materialização de uma espécie de moralidade fiscal com a referência de a Lei Complementar nº 101/2000, dentre outros propósitos, vocacionar-se para reprimir a irresponsabilidade dos governantes, no caso, em especial daqueles em final de mandato. Tal desiderato, por exemplo, encontra-se no próprio artigo 1º do diploma legal ao explicitar a responsabilidade na gestão fiscal como referência para interpretação dos diversos dispositivos, destacando-se o §1º ao referir que 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 referentes à inscrição de restos a pagar.

Não se pode olvidar a menção contida no acórdão do julgamento da Ação Civil Pública nº 70007000557 sobre a restrição do artigo 42 e a finalidade de evitar gastos por parte do administrador em final de mandato, com o comprometimento da administração futura e prejudicando, em última análise, a própria coletividade.

FENOMENOLOGIA DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO DO ARTIGO 42 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A combinação desse dispositivo com o artigo 73 do mesmo diploma legal, como já aludido, traz relevantes consequências em termos de gestão do orçamento público, proporcionando o debate sobre a denominada improbidade fiscal. O

11 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal. Finanças Públicas Democráticas**, p. 62-63.

texto normativo refere que as infrações dos dispositivos da Lei Complementar nº 101/2000 serão punidas também segundo a Lei nº 8.429/92. Dentre os casos julgados pelo STJ e TJRS, destacam-se o Ag. Rg. no Agravo de Instrumento nº 1.282.854-SP, STJ, a Apelação Cível nº 70065137564 e os Embargos Infringentes 70062555792, ambos do TJRS, pois nos três julgamentos houve a condenação por ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

Tais referências jurisprudências mostram-se úteis para delimitar o ato de improbidade administrativa do artigo 42 da LRF, destacando-se, de plano, sua íntima relação com o dever de boa gestão fiscal e "accountability"¹², pois a má gestão pública revela-se no interior das práticas ímprobas, como alude Fábio Medina Osório¹³:

Talvez não pareça novidade situar a improbidade como espécie de má gestão pública, porque tal constatação resultaria situada no senso comum, até mesmo num olhar empírico. Entretanto, a dificuldade reside em situar corretamente a improbidade no campo axiológico da má gestão pública, ou seja, como uma categoria ético-normativa apta a designar precisamente fenômenos situáveis no âmbito da má gestão pública. Realmente, a novidade consiste em posicionar a improbidade no universo rico e complexo da má gestão pública, deixando claro que se trata de conceitos próximos, porém distintos, na medida em que nem toda má gestão pública será expressão da improbidade, ainda que o inverso seja verdadeiro.

Com efeito, improbidade administrativa e má gestão fiscal situam-se na órbita da recepção realizada do vetusto princípio da moralidade administrativa, mencionando-se a figura de Maurice Hauriou e sua concepção sobre desvio de finalidade e boa administração pública¹⁴. Com a contextualização para este estudo, o administrador público, mesmo quando exerce sua competência de gestão fiscal observando as prescrições formais, mas utiliza tal prerrogativa por outros

12 Sobre o tema ver O'DONNELL, Guillermo. **Accountability Horizontal**, In: Revista Lua Nova, n. 44, 1998, São Paulo: CEDIC, p. 27-54, quando refere a utilização do termo para referir-se ao "accountability" horizontal em que discute a existência de agências estatais com o poder legal, dispostas e capacitadas para realizar ações de controle exigindo das autoridades públicas a sujeição à lei e a prioridade aos interesses públicos e não aos seus interesses privados (p.30). Também MATIAS-PEREIRA, José. **Governança no Setor Público**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 25.

13 **Teoria da Improbidade Administrativa. Má Gestão Pública. Corrupção. Ineficiência**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 37 e 47.

14 **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 12ªed. Paris: Dalloz, 2002, p.442-443.

motivos diversos daqueles presentes na regra de competência, pratica desvio de poder e má gestão pública. Aqui reside aspecto relevante: os agentes públicos, no processo de administração dos orçamentos, devem ter a capacidade funcional de bem compreender o todo representado pela ideia de responsabilidade fiscal e adotarem o melhor em termos de gestão pública. Não há liberdade com relação ao ponto.

O artigo 42, com a perspectiva da boa administração, exige do agente público a necessidade de compreender os objetivos, as finalidades, os móveis de sua função no processo de administração das obrigações de pagamento em final de mandato, cuja atuação desviante, circunstância sempre apurada a partir do caso e das ideias de integridade e coerência da Lei de Responsabilidade Fiscal, importará na prática de improbidade administrativa.

Em termos de tipificação jurídica e restrita aos termos dos debates sobre a aplicação do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, pode-se defender a incidência conjunta dos artigos 73 e 42 da LRF quando o agente público, de forma livre e consciente, nos dois últimos quadrimestres do seu mandato, contraiu obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte, sabendo ou devendo saber sobre a inexistência de suficiente disponibilidade de caixa, violando assim princípios da Administração Pública e, de modo específico, a prudência e probidade fiscais, sem causar dano ao erário ou haver enriquecimento ilícito, cuja conduta também é incompatível com a proporcionalidade.

Como aduz Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵:

O que se pretende na Lei Complementar é por um paradeiro ao lamentável hábito do mau administrador público de legar dívidas ao seu sucessor, acumulando obrigações a serem satisfeitas no exercício seguinte ao término de seu mandato. A prudência e o bom senso impedem a realização de despesas de capital cujo valor ultrapasse a possibilidade de liquidação no exercício, inibindo a gestão eleitoreira, que é a praticada às pressas, para impressionar, no final dos mandatos.

15 **Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal. Finanças Públicas Democráticas**, p. 231.

Denota-se a impossibilidade hermenêutica de laborar com tal questão com as restritas possibilidades metodológicas da subsunção, exigindo-se por parte do intérprete/aplicador desenvolver determinada concepção para construir decisões jurídicas constitucionalmente adequadas sobre a improbidade fiscal do artigo 42.

Os seguintes aspectos devem ser aludidos: (a) a improbidade administrativa fiscal é um conceito interpretativo; (b) laborar com a integridade e coerência da Lei de Responsabilidade Fiscal; (c) individualizar hermeneuticamente a tipicidade do texto do artigo 42 dado a partir do caso; (d) compreender a melhor justificativa da probidade fiscal como unidade de princípios do caso; (e) dialogar com as concepções rivais de probidade fiscal e (f) a melhor concepção de probidade fiscal será aquela capaz de realizar o conjunto coerente de princípios da boa Administração Pública. É claro que tais indicações não são estanques e não ocorrem de modo isolado e abstrato, mas fazem parte do inexorável processo de aplicação.

Na linha do jusfilósofo Ronald Dworkin, laborar com a improbidade fiscal como conceito interpretativo parte do pressuposto segundo o qual não é possível responder ao questionamento sobre o que é improbidade administrativa no campo da mera descrição fática ou fincado em algum fundamento externo, como refere Stephen Guest relativamente ao conceito de Direito¹⁶. Trata-se de uma atitude (interpretativa) voltada às práticas que conformam o próprio Direito Administrativo e não há como divorciar da compreensão o seu caráter deontológico, cujo conteúdo contém o princípio de os agentes públicos serem responsáveis pela gestão fiscal da Administração Pública a partir de indicações do “ethos” constitucional.

O caráter interpretativo aludido, portanto, evidencia a necessidade de abrir a compreensão do fenômeno da improbidade administrativa para outros âmbitos, como o das práticas jurídicas construídas intersubjetivamente pela comunidade política, conforme sustenta em outro contexto Lenio Luiz Streck¹⁷. Como

16 GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 16.

17 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 544.

consequência para melhor dimensionar a improbidade administrativa fiscal, não se pode perder de vista – o olhar hermenêutico – a necessidade de materializar tal conceito com o conjunto de objetivos e princípios que lhe conferem sentido, mas não um sentido abstrato, obtido por meio de conceitos semânticos, e sim um propósito construído e projetado na história institucional¹⁸ da comunidade política a que pertence.

O “*point*” da improbidade administrativa fiscal é imprescindível para a aplicação da regra do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois o tema em debate não se reduz tão somente a um conjunto de regras jurídicas qualificadas por textos normativos “*tout court*”. Mesmo quando são discutidos os inúmeros problemas de aplicação da Lei nº 8.429/92 e, no caso, combinando-a com os artigos 73 e 42 da LRF, não se pode cair no que Dworkin denomina de agulhão semântico. Como conceito interpretativo, a improbidade administrativa não se resume a textos normativos, surgindo assim todo o debate realizado na obra do autor aludido sobre o “*point*” das práticas jurídicas. Determinada concepção de improbidade administrativa fiscal não inclui somente as regras da Lei Complementar nº 101/2000, mas o conjunto de princípios que melhor justificam hermenêuticamente tais regras. É preciso, desta forma, compreender não apenas os materiais jurídicos sobre o tema, mas construir determinada teoria de como ler esse material. Os princípios da Administração Pública devem ser compreendidos como unidade hermenêutica de boa Administração Pública, bem como atuam como justificação normativa da regra do artigo 42, pois assumem caráter deontológico, ou seja, introduzem o mundo prático do Direito Administrativo, conforme expressão utilizada por Lenio Luiz Streck¹⁹.

18 No entendimento de Lenio Luiz Streck, **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**, p. 202, aplicar princípios e resolver casos possui relação direta com a reconstrução da história institucional do caso, elemento indispensável para não haver decisões arbitrárias.

19 Trata-se da concepção construída em **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**, p. 65, na qual o autor sustenta que não é mais possível laborar com as teses positivistas de separação entre Direito e Moral, pois os princípios jurídicos possuem esta importante função de inserir no Direito o mundo prático. Não há, portanto, como separar a compreensão daquela antecipação de sentido que vem do mundo prático dado pelos princípios jurídicos. Mas, com isto, não se pode dizer que o Direito está atrelado à moral, eis que ela não exerce um papel de correção do Direito (p.153), pois, como aduz o autor, trata-se antes de uma “relação de cooriginariedade”, na medida em que os princípios institucionalizam a moral no Direito (p.226).

Adotar a atitude interpretativa com relação à improbidade prevista no dispositivo significa concretizar a virtude de integridade, pois a melhor compreensão da Lei de Responsabilidade Fiscal realiza-se segundo o conjunto único e coerente de princípios, como sustenta Ronald Dworkin²⁰. Aliás, a integridade assim é considerada por Dworkin a partir de alguns ideais políticos compartilhados pela teoria política do Estado Democrático de Direito em matéria de gestão administrativa, como o de estrutura política e administrativa imparcial, justa distribuição de recursos e processo equitativo de aplicar regras e regulamentos que os estabelecem²¹.

Os agentes públicos, portanto, devem, ao aplicar os deveres jurídicos de gestão das obrigações de pagamento em final de mandato, vê-los e cumpri-los como sendo coerentes com os princípios de boa administração pública, sob pena de olvidar o referido no item anterior sobre a leitura moral da Lei de Responsabilidade Fiscal.

No que tange às indicações de tipicidade, para fins de aplicar devidamente o artigo 42, impõe-se individualizar hermeneuticamente aquilo que será capaz de tornar determinadas condutas do agente público no exercício da competência administrativa orçamentária como relevante para os fins da Lei nº 8.429/92, considerando a combinação com o artigo 73 da Lei Complementar nº 101/2000. Sob a perspectiva hermenêutica, a tipicidade da improbidade administrativa fiscal diz respeito às referências capazes de materializar os indícios formais de conduta, daquilo que foi delimitado como a esfera²² do ímprobo em matéria de gestão das obrigações de pagamento. A expressão utilizada "indícios formais" remete para os trabalhos desenvolvidos pela filosofia hermenêutica de um dos

20 **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 202. Segundo Stephen Guest, uma interpretação adequada do direito, segundo Dworkin, encontra-se na ideia de integridade, pois por meio desta ideia deve-se personificar o Direito, tratá-lo como possuindo sua própria integridade, de modo que ele assuma um caráter moral (**Ronald Dworkin**, p. 19). Aplicando tal entendimento ao caso, a improbidade administrativa do artigo 42 da LRF não pode divorciar-se da integridade e da coerência com as quais a LRF deve ser compreendida, ou seja, fazendo parte de um retrato integral, o comprometimento dos agentes públicos e intérpretes com as virtudes constitucionalmente institucionalizadas de boa administração.

21 **O Império do Direito**, p. 203.

22 Sobre a teoria da tipicidade na esfera penal e capaz de influenciar as reflexões sobre a improbidade administrativa, ver COELHO, Walter. **Teoria Geral do Crime**. Volume I. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 32-33.

maiores filósofos do século XX, Martin Heidegger, especialmente na obra “Ser e Tempo”, e pode contribuir para melhor vislumbrar o processo de descrição fenomenológica, como aduz Ernildo Stein²³.

A linguagem do artigo 42 constitui-se como aproximação, como o acontecer significado como ímprobo, desde que materializado na integridade dos dois diplomas legais citados, cujo labor hermenêutico é a atividade de descrição desses indícios formais de conduta, anúncios²⁴ de uma das condições de possibilidade de ver (hermeneuticamente) a concretude da improbidade administrativa fiscal. Tal atitude interpretativa também permite não cair na tentação de objetificar as indicações do texto normativo por meio de conceitos semânticos.

Sob a perspectiva de indicações da materialidade do ato de improbidade administrativa, destacam-se: (a) contrair obrigação de despesa nos dois últimos quadrimestres do seu mandato e (b) que não possa ser cumprida dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte. Sob a perspectiva doutrinária, vale citar a referência de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves²⁵:

Para a correta exegese desse dispositivo, é necessário identificar o exato momento em que se considera contraída a obrigação de despesa. De acordo com o art. 58 da Lei nº 4.320/1964, ‘o empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de condição.’ Constata-se, assim, que, para os fins do art. 42 da LRF, somente se pode falar em obrigação após o empenho.

(...)

A execução de despesa pública pressupõe seja realizado o seu empenho, que consiste na reserva de recursos previstos em determinada dotação orçamentária em montante suficiente ao seu pagamento. Ato contínuo, é emitida a nota de empenho – documento que materializa o empenho e cuja emissão pode ser dispensada em alguns casos.

23 Pensar é Pensar a Diferença. Filosofia e Conhecimento Empírico. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 156.

24 Cf. HEBECHE, Luiz. Heidegger e os Indícios Formais. In: **O Escândalo de Cristo. Ensaio sobre Heidegger e São Paulo**. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 318.

25 **Improbidade Administrativa**, p. 549-550.

Para completar as referências de materialidade, o texto do artigo 42 alude a necessidade de uma importante indicação, impondo ao intérprete a análise da ilegitimidade da conduta do agente público por intermédio da constatação da ausência de suficiente disponibilidade de caixa, cujo propósito da normatividade reside na imposição de limites na utilização das obrigações de pagamento em final de mandato e, como já aludido, serão limitadas “às disponibilidades de caixa, evitando-se a transferência de despesa de um exercício para outro sem a correspondente fonte de receita.”²⁶

Agora sob a perspectiva das indicações de âmbito subjetivo, e restrito aos casos colacionados do STJ e do TJRS referentes ao ato de improbidade administrativa do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, o elemento doloso na conduta do agente público é necessário. No entanto, considerando a impossibilidade do ingresso direto na subjetividade do agente público, ressalvada a hipótese de confissão, o dolo manifesta-se por meio de indícios formais de conduta capazes de permitir a construção hermenêutica de um propósito. Configura-se quando o agente público, de forma livre e consciente, nos dois últimos quadrimestres do seu mandato, contrai obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte, sabendo ou devendo saber sobre a inexistência de suficiente disponibilidade de caixa.

O conjunto de decisões judiciais citadas no primeiro item deste estudo é importante para dimensionar a integridade e a coerência do artigo 42 da LRF com a prática jurisprudencial, pois no Ag. Rg. no AI nº 1.282.854-SP, é fácil constatar a presença da violação do sentido de boa administração, especificamente com relação à prudência e à probidade fiscal, referindo-se à comprovação do desastre da gestão no final do exercício do mandato do Prefeito Municipal, considerando a indicação de o agente público aumentar em 75,4% a indisponibilidade financeira, conforme já mencionado. No intuito de dialogar com as concepções rivais do citado dispositivo, destaca-se a tese veiculada pela defesa do Prefeito Municipal no sentido de que a receita pública do Município foi incrementada em 23,6% em

26 Cf. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**, p. 552.

relação ao exercício anterior e às despesas de caráter continuado contribuíram para o aumento da indisponibilidade de caixa.

No entanto, ainda que no julgado não houvesse a discussão mais aprofundada sobre circunstâncias capazes de excluir a tipicidade da improbidade administrativa fiscal, o STJ adotou a melhor concepção, ou seja, aquela capaz de realizar o “*point*” da boa administração pública, de na esteira de Ronald Dworkin, conferir a melhor luz ao tipo da improbidade administrativa do artigo 42 quando integrado à totalidade dos princípios da prudência e da probidade fiscal. Ao justificar a decisão proferida, o Ministro Mauro Campbell Marques valeu-se do conteúdo fático fixado pelo TJSP no sentido de mesmo expurgando do cálculo as verbas de caráter continuado, ainda assim comprovou-se uma variação de 39% na variação da indisponibilidade de caixa, realizando-se despesas com comprometimento do equilíbrio fiscal do Município. O malferimento da probidade, portanto, consistiu na conduta dolosa, livre e consciente, de contrair despesas em nome da Administração Pública no período considerado suspeito, sem suficiente disponibilidade de caixa.

O julgamento da Apelação Cível nº 700651375645 pelo TJRS igualmente foi capaz de contribuir como prática jurisprudencial para a melhor aplicação da improbidade administrativa fiscal, com base no artigo 11 da Lei nº 8.429/92. O réu argumentou no sentido de não haver improbidade administrativa, porque a mera inscrição de restos a pagar sem a correspondente disponibilidade de caixa, por si só, não caracteriza improbidade administrativa, pois agiu com boa-fé e com a finalidade de atender ao interesse público. Ademais, mencionou-se a presença de grave crise econômica, agravando a situação fiscal do Município e, por fim, as despesas realizadas referem-se a serviços necessários para o bom andamento da máquina administrativa.

A melhor concepção, na linha da teoria hermenêutica aqui adotada, foi a preponderante na decisão judicial, pois capaz de melhor integrar os fatos com a integridade e a coerência da jurisprudência do STJ e dos princípios relacionados com a boa administração fiscal da Lei Complementar nº 101/2000. A questão da crise financeira, conforme consta no acórdão, pelo contrário, reafirma a

necessidade de olhar com extremo cuidado se o agente público agiu para dar efetividade à prudência fiscal, ao necessário cuidado com a assunção de despesas públicas. Aqui há relevante aspecto em termos probatórios. O período mencionado no artigo 42 caracteriza-se como suspeito, mas o que tal indicação significa?

É óbvio não ter a potencialidade de impor imediata condenação por ato de improbidade administrativa, mas um ônus maior de argumentação e justificação para o agente público, consistente na explicitação das razões fáticas pelas quais realizou cada uma das despesas, mas, repita-se, se realmente essa for a linha de argumentação para excluir a tipicidade e houver disponibilidade de tais dados, considerando que por vezes em virtude da omissão do próprio Poder Executivo de fornecer dados para as Cortes de Contas, a apuração de indisponibilidade refere-se aos empenhos e aos respectivos valores de modo global.

A relevância do precedente também passa pelo debate argumentativo realizado sobre a não aceitação de cada uma das justificativas apresentadas para a assunção das despesas e o exame das circunstâncias em tese e, no caso concreto, de exclusão da tipicidade, de modo específico, em relação à indicação subjetiva da conduta do agente público. Houve o seguinte argumento, capaz de manter integridade e coerência com a prática doutrinária e jurisprudencial da improbidade administrativa fiscal do artigo 42:

Daí que, na interpretação desta regra, devem ser levadas em conta situações extraordinárias decorrentes de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis que precisam de pronta resposta pela Administração Pública. Assim, a proibição de novas despesas por indisponibilidade de caixa não impede a assunção de dívidas para atender às necessidades públicas decorrentes de (a) situação excepcional em razão de urgência ou calamidade ou (b) necessidade premente para garantir o funcionamento das atividades essenciais da máquina administrativa.

A decisão proferida nos EI nº 70062555792 seguiu a linha do entendimento até aqui exposto, destacando a necessidade de configurar o dolo, ainda que genérico, para permitir a condenação por ato de improbidade administrativa fiscal, considerando a existência de notificação do próprio TCE relativamente ao

período anterior, inexistindo comprovação de circunstâncias excepcionais ou emergenciais capazes de justificarem o empenho de gastos ou novas obrigações, materializando-se no julgado a aplicação do artigo 11, "caput", por violação do dever de legalidade e do inciso I, Lei 8.429/92, cuja conduta do agente público foi de praticar ato visando ao fim proibido em lei ou diverso daquele previsto na regra de competência. É relevante atentar para a concepção de boa administração fiscal utilizada para caracterizar a indicação de desvio de finalidade, pois como aludido, o contributo de Maurice Hauriou²⁷ é útil ainda hoje para compreender o alcance de dispositivos como o do artigo 42 da LRF.

Importante ainda mencionar as indicações contidas no julgado sobre as dimensões objetiva e subjetiva da tipicidade da improbidade administrativa fiscal, marcada pela ideia de o conjunto global das despesas assumidas, dentro do marco temporal previsto no citado dispositivo, orientar a compreensão da conduta do agente público. Ademais, a comprovação por exame técnico realizado pelo TCE de que a despesa pública contraída não possa ser cumprida integralmente nos dois últimos quadrimestres do mandato ou com parcelas a serem pagas no exercício seguinte, sem haver suficiente disponibilidade de caixa. Sobre o elemento subjetivo prevaleceu o argumento da comprovação de vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito de contrair obrigação de despesa, nas condições mencionadas, sempre a partir do aludido sobre a impossibilidade de ingressar na esfera de subjetividade do agente público, salvo as raras hipóteses de confissão, construindo-se a melhor concepção de dolo, ainda que eventual, com os indícios formais de conduta capazes de permitir a construção hermenêutica de um propósito, qual seja, o malferimento dos princípios do "ethos" constitucional de boa administração pública, no caso, prudência e probidade fiscais.

27 É claro que atualmente surgiram novos temas circundando a questão da boa administração, como a governança, ultrapassando-se a compreensão inicial vinculada aos problemas econômicos e aspectos de operacionalização para destacar a necessidade de prevalência do bem comum sobre interesses pessoais nos processos de gestão e decisões públicas, assumindo relevância o exercício das competências administrativas por meio da "accountability", isto é, "o termo *accountability* pode ser aceito como o conjunto de mecanismos e procedimento que levam os decisores governamentais a prestar contas dos resultados de suas ações, garantindo-se maior transparência e exposição pública de políticas públicas." (MATIAS-PREIRA, José, **Governança no Setor Público**. São Paulo: Atlas S.A., 2010, p. 25 e 110.).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo 42 da Lei Complementar nº 101/2000, desde sua edição, provocou debates, especialmente em virtude de a possibilidade do descumprimento ensejar a prática de ato de improbidade administrativa fiscal, por força da combinação do artigo 73 com a Lei nº 8.429/92. Pesquisa realizada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul permite a conclusão de não haver quantitativamente um grande número de julgados. Fundamentalmente nas decisões examinadas, os Tribunais de Contas desempenham papel crucial para o devido controle sobre a gestão das obrigações de despesas e os problemas de insuficiência de caixa, além do Ministério Público na propositura das ações civis públicas.

Para a melhor aplicação do dispositivo inicialmente referido, urge vislumbrar que a Lei de Responsabilidade Fiscal não foi erigida no vácuo, mas no contexto da relevância constitucional do artigo 169, §9º, II e artigo 70, ambos da Constituição Federal, institucionalizando o controle de legitimidade dos orçamentos públicos.

Corolário, a gestão das obrigações de despesa em final de mandato não se encontra na esfera de disponibilidade dos agentes públicos, mas deve orientar-se pela indicação hermenêutica da moralidade administrativa, com suas devidas materializações no horizonte de sentido da responsabilidade fiscal.

A discussão aqui proposta, portanto, em última análise, voltou-se para o debate sobre qual a melhor concepção de moralidade em relação aos orçamentos públicos? Surge como indicativo o dever de boa administração, compreendido como a Administração Pública agindo na gestão das obrigações de pagamento e das disponibilidades de caixa em final de mandato com base na transparência, na motivação, na imparcialidade e na plena responsabilidade.

A unidade hermenêutica do artigo 42 da LRF importa para o agente público a necessidade de exercer as competências administrativas fundadas na responsividade, conforme indicado no artigo 1º, §1º do diploma legal, destacando-se os deveres de prudência e probidade fiscais. As decisões examinadas ao

longo deste breve estudo comprovam que, em virtude de quadros de crises econômicas e fiscais redobra-se a relevância de o administrador público agir conforme o “ethos” constitucional na administração dos recursos públicos, operando com especial moderação e extremo cuidado, evitando os riscos de assumir obrigações especialmente no período final de mandato. Trata-se não apenas de obrigação relacionada com o modo como o agente público deve comportar-se na sua atividade funcional, mas de como deve tratar os interesses da própria coletividade.

Violar o artigo 42 importa desconsiderar as referências de ação pública planejada e transparente.

A improbidade administrativa fiscal, configurada a partir do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, situa-se no campo da má gestão pública e caracteriza-se como conceito interpretativo, exigindo por parte do intérprete a devida justificação, cuja decisão constitucionalmente legítima será aquela capaz de integrar-se na rede complexa dos princípios da probidade e prudência fiscal, salvaguardando a integridade e a coerência das práticas jurídicas doutrinárias e jurisprudenciais.

Por meio do exame das indicações tipificadoras da improbidade administrativa fiscal, conclui-se pela necessidade de comprovar que o agente público, de forma livre e consciente, nos dois últimos quadrimestres do seu mandato, contraiu obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte, sabendo ou devendo saber sobre a inexistência de suficiente disponibilidade de caixa, violando os princípios da Administração Pública e, de modo específico, a prudência e a probidade fiscais, sem causar dano ao erário ou haver enriquecimento ilícito, bem como olvidando de forma grave deveres do cargo público ou os fins visados pela gestão pública fiscal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

COELHO, Walter. **Teoria Geral do Crime**. Volume I. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade. A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías. La Ley del más Débil**. Madrid: Trota, 1999.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUEST, Sthephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 12^aed. Paris: Dalloz.

HEBECHE, Luiz. Heidegger e os Indícios Formais. In: **O Escândalo de Cristo. Ensaio sobre Heidegger e São Paulo**. Ijuí: Unijuí, 2005.

MATIAS-PREIRA, José, **Governança no Setor Público**. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

O'DONNELL, Guillermo. **Accountability Horizontal**, In: Revista Lua Nova, n. 44, 1998, São Paulo: CEDIC.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa. Má Gestão Pública. Corrupção. Ineficiência**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

STEIN, Ernildo. **Pensar é Pensar a Diferença. Filosofia e Conhecimento Empírico**. Ijuí: Unijuí, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Recebido em: jul/2016

Aprovado em: set/2016