

VEDAÇÕES DE DISPÊNDIOS E OUTRAS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS NO ÚLTIMO ANO DE MANDATO OU LEGISLATURA

Breve estudo sobre as proibições da Lei de Responsabilidade Fiscal,
da Legislação Eleitoral e do Código Penal.

HOMERO ANDRETTA JUNIOR

*Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica
do Ministério do Desenvolvimento, Indústria
e Comércio Exterior (CONJUR/MDIC)*

1. Objeto do presente estudo. Breve histórico das limitações à atuação administrativa e legislativa no término do mandato.

Já se tornou tradição no direito brasileiro normas destinadas ao Administrador e ao Legislador que impedem certas práticas administrativas e legislativas no período eleitoral, ou ainda antes dele. Ao legislador, por exemplo, impede-se a alteração da legislação eleitoral no período de um ano antecedente à realização das eleições, por força do artigo 16 da Constituição da República. A preocupação com a lisura das eleições e com a tentativa de diminuição da incidência de interferência governamental, por meio dos agentes políticos que disputarão as eleições, de longa data encontra disciplina em leis como o Código Eleitoral e a Lei de nº 9.504/1997.

Mais recentemente, tendo em vista a enorme dificuldade de equacionamento do problema da dívida pública externa e interna, o Congresso Nacional passou a editar leis impeditivas do dispêndio público sem a correspondente fonte de recursos, destinadas a cercear abusos comumente cometidos nas três esferas da federação por administradores e legisladores, que assumiam gastos no ocaso de seus mandatos, relegando aos seus sucessores dívidas impagáveis, uma vez desacompanhadas dos necessários recursos orçamentários ao seu adimplemento.

Inúmeros e conhecidos são os exemplos de obras faraônicas, de contratações de apaniguados, de aumentos da folha de pagamentos realizados pelos Municípios, Estados e União, em ano eleitoral e de término de mandato, com nítidos fins eleitoreiros ou com finalidade de inviabilizar o próximo governo, que outra alternativa não teria senão pagar dívidas, ou então se endividar ainda mais, causando enorme prejuízo à própria administração direta.

O problema deixou de ser apenas eleitoral, e se transformou em questão de índole financeira e orçamentária, fato que levou à edição da Lei Complementar nº 101/2000, também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, que passou a prever uma série de vedações aos agentes políticos em matéria de gastos públicos, tanto durante todo o período de mandato como, em especial - e para os fins do presente estudo - para o período de encerramento dos mandatos.

As infrações à LRF foram consideradas de tal forma graves, que alterações no Código Penal entabuladas pela Lei nº 10.028/00, acrescentaram os artigos 359-A a 359-H, por meio da adição do Capítulo IV, intitulado "Dos Crimes Contra as Finanças Públicas", ao título XI do Código Penal, que trata dos crimes contra a administração

pública. Em outras palavras, violações à LRF, se enquadradas como tipos penais previstos nesses novos artigos, redundam na aplicação, ao agente público faltoso, não apenas de sanções de índole administrativa ou civil, mas também sanções de caráter penal.

O presente trabalho tem por escopo servir de guia ao administrador, com relação às condutas vedadas no período eleitoral e de encerramento de mandatos, portanto voltado às regras especificamente destinadas ao Poder Executivo. Não serão apreciadas limitações específicas ao Poder Legislativo, exceto se de alguma forma ligadas àquelas a serem observadas pelo Administrador Público, tampouco se descreverão os crimes eleitorais em sua totalidade, visto que as condutas vedadas aos candidatos em geral ou a todos os cidadãos em período eleitoral escapam ao âmbito do presente trabalho.

2. Vedações da Legislação Eleitoral e Resoluções e Instruções do TSE

Em todo ano eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral – TSE disciplina a realização das eleições por meio de Resoluções e Instruções, que basicamente repetem as disposições legais, porém detalhando as datas, os prazos e a forma de execução da eleição para aquele ano específico. Para as eleições de 2006, o TSE, com base na lei das eleições (vide Lei nº 9.504/1997), estipulou o calendário eleitoral por meio da Resolução de nº 22.124/Instrução n. 86-Classe 12ª e, por meio da Resolução nº 22.158/Instrução nº 107 - CLASSE 12ª - DISTRITO FEDERAL (Brasília), disciplinou as condutas vedadas aos agentes públicos, embora nesse particular se trate, em boa medida, de compilação dos textos legais já existentes.

As principais vedações direcionadas ao administrador público, contidas no Capítulo VII (“Das Condutas Vedadas aos Agentes Públicos na Campanha Eleitoral”) desta última resolução basicamente relacionam-se com o uso de bens públicos (art. 36, I, II, IV), com o manejo de pessoal na administração (art. 36, III, V, VII), com as transferências voluntárias – em regra obstadas nos três meses que antecedem o pleito (art. 36, VI, “a”), com a publicidade oficial (art. 36, VI, “b” e “c” e art. 38), com o transporte oficial do Presidente da República, quando candidato à reeleição (acompanhado ou não de outros agentes públicos - art. 37), com a vedação de participação de candidatos em inaugurações de obras públicas (art. 40), bem como a proibição dos “*showmícios*” custeados com recursos públicos nos três meses anteriores ao pleito (art. 39).

As disposições acima citadas descrevem, em síntese, as principais proibições a que se sujeita o Administrador Público. Como se vê, a própria resolução remete à Lei das Eleições, na qual estão os artigos que lhe conferem amparo legal, em especial o artigo 73, quase que reproduzido na íntegra na Resolução ora em comento. Trata-se de normas que direcionam a ação administrativa em período eleitoral, limitando-a consideravelmente, com o fito de impedir o uso de recursos públicos, direta ou indiretamente, em favor dos candidatos de alguma forma vinculados aos administradores, ou na hipótese em que o próprio administrador é candidato.

3. Vedação do art. 42 da LRF

Não só a legislação eleitoral veda condutas ao administrador no chamado período eleitoral. Em período ainda maior, o direito financeiro pátrio impede dispêndios, de forma

a evitar o endividamento contínuo do aparato estatal. O cerne dessa proibição se encontra no art. 42 da LC nº 101/00, *in verbis*:

“Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

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

O dispositivo impede a contração de “obrigação de despesa” nos dois últimos quadrimestres do mandato, “que não possa ser cumprida integralmente dentro dele” ou com parcelas vincendas no exercício seguinte sem suficiente disponibilidade de caixa. Disso decorre que a contração de despesa não é, por si só, vedada – à exceção das despesas proibidas pela legislação eleitoral. Veda-se, em suma, a inscrição em restos a pagar sem a manutenção de disponibilidade de caixa.

De se destacar o lapso temporal (*dois últimos quadrimestres*), que aqui não se confunde com o chamado período eleitoral. O período eleitoral se refere aos três meses que antecedem o pleito, encerrando-se quando da posse dos eleitos – normalmente, do início do mês de julho até o dia 01 de janeiro do ano seguinte ao das eleições. Em 2006, o período eleitoral vai de 01 de julho de 2006 até 01 de janeiro de 2007, visto que as eleições se realizarão em 01 de outubro de 2006 (1º. Turno), datas conforme o calendário eleitoral estipulado pelo TSE em sua Resolução de nº 22.124/Instrução nº 86.

O lapso de dois últimos quadrimestres se refere, portanto, aos oito últimos meses do ano, ou seja, de maio a dezembro do último ano de mandato ou legislatura. Nesse período, qualquer obrigação contraída pela administração deve ser saldada dentro desses oito meses ou, em não sendo saldada, com a conseqüente inscrição em restos a pagar, a administração deve deixar suficiente disponibilidade de caixa para o exercício seguinte.

Vale mencionar os seguintes comentários de FLAVIO C. DE TOLEDO JR e SÉRGIO CIQUERA ROSSI ao artigo 42 da LRF:

“Tal dispositivo, em suma, prescreve dois comandos:

- *entre maio e dezembro do último ano do mandato, os gastos compromissados, e vencidos, serão pagos nesse período;*
- *nesse mesmo período de oito meses, os gastos compromissados, **mas não vencidos**, precisarão de amparo de caixa em 31 de dezembro.*

*Logicamente que, ao se referir a parcelas a serem pagas no exercício seguinte, o legislador fiscal alcançou os restos a Pagar aludidos no art. 36 da Lei n.º 4.320.”*¹

Prosseguem os citados doutrinadores correlacionando o art. 42 da LRF com o art. 359-C do Código Penal, explicando de que forma a violação ao primeiro comando pode implicar na prática, pelo administrador, do crime tipificado neste segundo dispositivo:

¹ FLAVIO C. DE TOLEDO JR, SÉRGIO CIQUERA ROSSI, *Lei de Responsabilidade Fiscal*, 3ª.ed., NDJ LTDA, São Paulo, p. 264.

“(...) Nesse cenário que se espera transitório e na análise de enquadramento no art. 359-C do Código Penal, há que verificar se os empenhos liquidados a pagar e os Restos a Pagar, o saldo líquido dessas duas pendências, em 30 de abril do último ano de mandato, constitui valor superior, ou inferior, à posição líquida encontrada no último dia do exercício (Restos a Pagar menos haveres financeiros em 31/12). Nessa comparação de débitos, o crescimento líquido indica afronta ao art.42 e, daí, remessa à tipificação penal.

Em suma, déficits orçamentários dos três primeiros anos de gestão podem ensejar parecer desfavorável do órgão do controle externo; contrariam, de pronto, intuito basilar do regime de responsabilidade fiscal e, via de consequência, a programação financeira e o hoje obrigatório instituto da limitação de empenho (LRF, arts. 8.º e 9.º). Já o déficit dos oito últimos meses, além da negativa decisão dos Tribunais de Contas, também acarreta remessa dos autos ao Ministério Público, vez que caracterizada transgressão àquele dispositivo penal. (...)”²

Eis o motivo pelo qual se deve obrar com redobrado cuidado, na Administração Pública, nos oito últimos meses de mandato dos governantes, porque parece claro que as sanções legais não incidirão apenas sobre os eleitos, mas também sobre seus subordinados que praticarem ou de alguma forma concorrerem para os atos ilícitos acima narrados. Ainda merece atenção a seguinte lição que, embora se refira aos Chefes de Poder, nos entes da federação de estrutura administrativa mais complexa, pode ser estendida aos ocupantes de cargos públicos detentores das competências para as práticas dos atos narrados:

“No intuito de atender a regra insculpida no parágrafo único do art. 42, os Chefes de Poder, no último ano de mandato, devem analisar, com redobrada cautela, o balancete patrimonial de abril; nele verificando falta de cobertura de caixa para Empenhos a Pagar e Restos a Pagar, precisarão os dirigentes estatais, entre maio e dezembro, constatadas dificuldades de equilíbrio financeiro, restringir a despesa do respectivo Poder, realizando, a partir daí, somente as de caráter absolutamente obrigatório, incompressíveis e inadiáveis tais quais as de folha salarial, encargos patronais, contratos de serviços, entre outras necessárias ao regular funcionamento da máquina estatal e a eficácia do princípio da continuidade dos serviços públicos.”³

Em outras palavras, é essencial que o servidor responsável pela certificação orçamentária tenha o controle do equilíbrio financeiro do mês de abril, pois daí para frente se verificará o equilíbrio financeiro para fins de incidência do artigo 42 da LRF. Por sua vez, o ordenador de despesas, com base na certificação de disponibilidade orçamentária, poderá autorizar ou não as despesas, atentando para a realização das despesas imprescindíveis, nos termos da explanação acima citada. Os doutrinadores citados se referem a Chefes de Poder, pois a norma se destina a todos os que têm competência para movimentar recursos orçamentários, e isso inclui, por exemplo, os Presidentes de Tribunais no âmbito do Poder Judiciário, os Presidentes da Câmara e do Senado, de Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, no âmbito do Legislativo e Prefeitos e Governadores, no âmbito do Executivo.

² FLAVIO C. DE TOLEDO JR, SÉRGIO CIQUERA ROSSI, *Lei de Responsabilidade Fiscal*, 3ª. ed., NDJ LTDA, São Paulo, pp. 265 e 266.

³ FLAVIO C. DE TOLEDO JR, SÉRGIO CIQUERA ROSSI, *Lei de Responsabilidade Fiscal*, 3ª.ed., NDJ LTDA, São Paulo, p. 267.

Note-se que a doutrina tem em mente, por vezes, o Chefe do Executivo, como se fosse o único responsável pela execução orçamentária, fato que não é por si só verdadeiro, tanto mais no âmbito da União, dos Estados e dos maiores Municípios brasileiros. Na administração pública direta federal, ainda a título exemplificativo, sabe-se que cada Ministério detém um órgão responsável pela certificação orçamentária e um órgão ordenador de despesas, de maneira que cada um deles deverá atentar para as restrições eleitorais e financeiras incidentes em ano eleitoral e de término de mandato. O volume de destinatários dessas normas é ainda maior, quando se pensa nos ocupantes de cargos assemelhados na administração indireta.

Embora FLAVIO C. DE TOLEDO JR e SÉRGIO CIQUERA Rossi admitam dispêndios de caráter emergencial nos dois últimos quadrimestres, fazem a seguinte ressalva:

*“Todavia, essa nossa posição não valida toda e qualquer avença celebrada nos dois últimos quadrimestres do mandato. Aqui, os Tribunais de Contas não devem olvidar o espírito da LRF, o princípio da responsabilidade no uso do dinheiro público, que tende a ser infringido, com mais vigor, em período eleitoral. **A essa época, no exame prévio do edital e em outros instrumentos do controle simultâneo, devem-se rejeitar contratações que não tem o caráter da essencialidade, a serem pagas, em sua maior parte, pelo futuro mandatário.** Essa recusa, contudo, não se baseará em tal ou qual norma da LRF, mas com dito em seu pressuposto basilar, o da gestão responsável, baseado no adequado planejamento. Caso isso escape do controle concomitante, os pareceres e julgamentos das Cortes de Contas, por certo repreenderão, o mais severamente possível, essas transgressões a escopo crucial da Lei Complementar n.º 101, de 2000.”* (destacamos e sublinhamos)⁴

Com efeito, alerta-se para a necessidade de uma interpretação teleológica da lei, baseada na *mens legis*. O divisor de águas entre a despesa lícita e a ilícita no período não será apenas as restrições expressamente previstas na lei, ou as despesas de evidente caráter emergencial ou de mero custeio já programadas. A intenção do administrador também deverá ser perquerida pelo intérprete, se há boa ou má-fé na gestão dos recursos públicos, com base no motivo e na motivação que o administrador venha a conferir aos gastos que pretenda realizar, aliados à finalidade, tudo a ser expresso como condição de validade dos atos administrativos praticados no bojo do procedimento – como sempre deve ocorrer – mas também como forma de resguardo em face das sanções decorrentes do descumprimento do artigo 42 da LRF e da legislação eleitoral.

Convém tecer algumas considerações a respeito do parágrafo único do artigo 42 da LRF, que tem por destinatário o agente responsável pela certificação orçamentária, haja vista a norma determinar que encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício serão considerados na determinação da disponibilidade de caixa. Afirma KIYOSHI HARADA⁵ que os novos compromissos podem consumir parte das receitas futuras, portanto a própria disponibilidade de caixa ao final do exercício. Deve-se considerar, no dizer desse autor, a totalidade da dívida existente no dia 30 de abril, a ser paga até 31 de dezembro, de maneira que se projete a disponibilidade de caixa no final do exercício com a maior precisão possível. Pondera o doutrinador que a tarefa pode sofrer a inflexão de fatores externos e imprevisíveis, a exemplo da retração da economia com a conseqüente queda de receitas, condenações judiciais da administração a comprometer o fluxo de

⁴ FLAVIO C. DE TOLEDO JR, SÉRGIO CIQUERA ROSSI, *Lei de Responsabilidade Fiscal*, 3ª.ed., NDJ LTDA, São Paulo, pp. 271 e 272.

⁵ *Responsabilidade Fiscal*, 1ª. ed., Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002, p. 191.

caixa, calamidades públicas etc. De fato, o administrador pode se ver em situação difícil na ocorrência de alguma dessas hipóteses, mas não poderá se furtar ao remanejamento de gastos de maneira a atender, da forma mais satisfatória possível, a determinação do artigo 42 da LRF; na impossibilidade de cumprir esse mister, o administrador deve se resguardar, mais uma vez, através da motivação do ato administrativo, acompanhada da exposição da finalidade do dispêndio que pretenda realizar ou que realizou em caráter excepcional.

Por fim, deve-se mencionar o pensamento de MIZABEL MACHADO DERZI⁶, ao asseverar que a proibição do artigo 42 não atinge novas despesas contraídas no primeiro quadrimestre do último ano de mandato, mesmo que se trate de projeto de duração continuada superior ao exercício financeiro; igualmente, ressalva da incidência do artigo 42 as despesas urgentes ou necessárias ao enfrentamento de calamidades públicas.

4. Disposições do Código Penal

Os artigos 359-C e 359-G do Código Penal, tratam de infrações que, de tão graves às finanças públicas no último ano de mandato ou legislatura, implicam em sanções penais para o agente público que os praticar.

Muito embora por vezes a lei se refira ao Chefe do Poder Executivo, ou a altas autoridades da Administração, sabe-se que, ante a complexidade da administração federal, os agentes que autorizam dispêndios, empenham e liquidam pagamentos, que contratam pessoal ou que inscrevem débitos em restos a pagar não são ocupantes de cargos eletivos, e muitas vezes são servidores públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo ou de livre nomeação.

Isso não significa, todavia, que escapem à disciplina da LRF ou que, por isso, estejam imunes aos dispositivos penais, em especial aos dois mencionados, que merecem transcrição pela sua importância ao presente estudo:

“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 um a quatro anos.

AUMENTO DA 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 um a quatro anos.”

⁶ Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento (organizadores), *Lei de Responsabilidade Fiscal*, s/ ed., Saraiva, São Paulo, 2001, p. 310 – comentários aos artigos 40 a 47 por Mizabel Abreu Machado Derzi.

Note-se que o artigo 359-C é corolário do art. 42 da LRF, traduzindo a sanção penal aplicável ao agente público que transgredir este dispositivo. Mais uma vez, há referência ao lapso temporal de oito meses (dois últimos quadrimestres de mandato ou legislatura).

Já o artigo 359-G veda o aumento de despesa com pessoal, e seu prazo tende a coincidir com o período eleitoral, ao se referir aos cento e oitenta dias anteriores ao final de mandato ou legislatura. Como estes terminam no dia 31 de dezembro do ano de eleições, 180 dias antes de seu término coincide com os meses de julho a dezembro, embora o prazo em dias deva ser contado dia por dia. Em 2006, o período eleitoral iniciar-se-á em 01 de julho, conforme explanado acima, de maneira que, na prática, há coincidência com o período eleitoral. Nem sempre, todavia, será assim, pois nem sempre as eleições se realizam no dia 01 de outubro.

Examinar-se-á, agora, as manifestações doutrinárias sobre os dois artigos do diploma penal, iniciando-se pelo artigo 359-C.

CELSE DELMANTO⁷, em seu Código Penal Comentado, ao abordar o sujeito ativo do crime, afirma que somente o agente público que possua atribuição legal para ordenar ou autorizar a assunção de obrigação pode cometer o crime. Cuida-se de crime próprio, pois se exige qualidade especial do agente (servidor público com competência específica para praticar o ato administrativo). Segundo o mesmo autor, dá-se a consumação com a efetiva ordem ou autorização de assunção da obrigação, aduzindo tratar-se de crime formal, *“não se exigindo resultado no sentido naturalístico, ou seja, que a obrigação tenha sido efetivamente assumida”*. Assevera ser necessário, contudo, que a conduta tenha comprometido ou ameaçado comprometer financeiramente a futura gestão (resultado normativo ou jurídico do crime). Em outras palavras, basta a ordem ou a autorização para a ocorrência do crime, mesmo que não seja contraída qualquer obrigação pelo administrador público, pois a potencialidade lesiva à futura administração é suficiente para a configuração do crime. Por fim, a respeito do concurso de pessoas, DELMANTO entende que o não-funcionário público pode ser co-autor ou partícipe, desde que conhecedor da qualidade de funcionário público do autor.

Tem-se aqui a aplicação da regra do artigo 30 da Parte Geral do Código Penal, a respeito da participação criminosa. Se o particular, estranho à administração, de alguma forma concorre para a prática do ilícito, sabendo da condição de funcionário público do agente, poderá ser responsabilizado também pelo crime.

DAMÁSIO E. DE JESUS⁸, por sua vez, ensina, no mesmo sentido, que se consuma o delito com a ordem ou autorização de indevida assunção de obrigação, dentro do período previsto no tipo penal. O doutrinador ainda chama a atenção para o fato de que é a assunção de obrigação que deve encontrar-se dentro do prazo e não o ato administrativo de ordem ou autorização. Na opinião do autor, portanto, importa que a assunção da obrigação se dê dentro dos dois últimos quadrimestres, pouco importando que o ato administrativo que lhe deu causa tenha sido praticado em momento anterior. Lembra o autor

“que a ameaça de punição penal visa a proteger o equilíbrio das contas públicas em relação à sucessão de agentes públicos no exercício do poder de gestão financeira do Estado (rotatividade de administradores titulares de mandato). Por isso, para

⁷ Código Penal Comentado, 6ª. ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pp. 737 e 738.

⁸ Direito Penal, 4º. vol. – Parte Especial, Saraiva, 13ª. ed., revista e atualizada, 2003, pp. 395 a 398 e 411 a 414

consumação do crime, o ato pode ser anterior aos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, desde que a obrigação faça referência a esse prazo. A conduta se manifesta por meio de ato administrativo. Assim, ou o ato de ordem ou autorização foi emitido, realizado, ou ainda se encontra em fase de preparação. Tratando-se de crime unissubsistente, a tentativa é inadmissível.”

Por ser crime unissubsistente, isto é, a conduta do agente não admite fracionamento, não há que se falar em tentativa – de acordo com DAMÁSIO, se houve ordem ou autorização, seguida de assunção de obrigação nos dois últimos quadrimestres, houve crime.

JULIO FABBRINI MIRABETE também admite a plausibilidade da participação criminosa, classifica o crime como formal e rechaça a possibilidade de tentativa⁹.

A doutrina, portanto, é unânime em admitir a participação, e nem poderia ser diferente, visto que outros agentes podem se associar ao funcionário público responsável para a ação criminosa. Mais do que isso, o agente político, detentor do mandato eletivo, diretamente interessado na assunção da obrigação, movido por interesses eleitorais, ao determinar aos seus subordinados a prática do ato em desacordo com os artigos 359-C do Código Penal e 42 da Lei da Responsabilidade Fiscal, incidirá também na descrição do tipo penal. Assim, embora o executor do crime seja no mais das vezes funcionário público ocupante de cargo público não-elegível, o agente político poderá ser punido a título de co-autoria, na forma do artigo 29 do Código Penal.

Não se deve perder de vista, também, que o conceito de funcionário público para fins penais é muito mais amplo que o conceito de funcionário público no Direito Administrativo, conforme expresso no artigo 327 do Código Penal. Na dicção deste dispositivo, quem exerce cargo, emprego ou função, ainda que transitoriamente e sem remuneração, no bojo da administração pública, é considerado funcionário público para fins penais. Desse modo, seja o autor ocupante de cargo de provimento efetivo, ou de cargo de livre nomeação, ou de mandato em cargo acessível por eleição, será considerado funcionário público para fins penais e, em especial, para fins de incidência dos artigos 359-C e 359-G do Código Penal, ora tratados.

A respeito do art. 359-G, CELSO DELMANTO¹⁰ assevera que o sujeito ativo será somente o agente público que tenha atribuição legal para ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, tratando-se, pois, de crime próprio. O conceito de despesa total com pessoal é dado pelo art. 18 da Lei Complementar nº 101/00 (LRF). Paralelamente ao art. 359-G- prossegue o doutrinador -, dispõe o art. 21, parágrafo único, da mesma Lei Complementar, que é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou Órgão. O autor ressalva que

“se o aumento de despesa total com pessoal tiver sido ordenado, autorizado ou executado nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou legislatura, mas não exceder os percentuais da receita corrente líquida de 50% para a União e de 60% para os Estados e Municípios, estabelecidos pelo art. 19 da LC nº 101/00, em conformidade com o disposto no art. 169 da CR/88, não se configurará o crime deste art. 359-G”.

⁹ *Manual de Direito Penal*, vol. III, 19ª. ed., revista e atualizado por Renato N. Fabbrini, Atlas, São Paulo, 2004, pp. 472 e 473.

¹⁰ *Código Penal Comentado*, 6ª. ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pp. 741 e 742.

Em que pese a autoridade das lições de CELSO DELMANTO, não nos parece correta essa asserção, pois o cunho inibitório da disposição penal não se refere unicamente aos limites globais de gastos com pessoal impostos pela LRF. A norma tem por escopo, antes, evitar a obtenção de apoio eleitoral do funcionalismo público através da concessão de aumentos indiscriminados, e também evitar o incremento de despesas que, na prática, serão suportadas pela futura administração. É dizer que a norma penal procura sancionar condutas vedadas pela legislação eleitoral e pela legislação orçamentária. Lembre-se que a o aumento de despesa com pessoal para além dos limites globais previstos para cada ente federado na LRF implica em nulidade absoluta, por previsão dessa mesma lei complementar, além de impor ao administrador a obrigação de eliminar despesas a esse título. No mais, o tipo penal em nenhum momento se refere aos *limites globais* de gastos com pessoal, mas apenas ao *aumento de despesa total* com pessoal. Limite não se confunde com aumento, e se a intenção do legislador fosse tão-somente apenar o administrador que excedesse àqueles limites, então teria a eles se referido.

Finalmente, DELMANTO entende que se consuma o crime com o aumento de despesa total com pessoal, no prazo referido no tipo, tratando-se, portanto, de crime material, ao contrário do crime anteriormente comentado. Da mesma forma que no artigo 359-C, o não-funcionário público pode ser co-autor ou partícipe, desde que conhecedor da qualidade de funcionário público do autor.

DAMÁSIO E. DE JESUS adota entendimento restritivo da aplicação do tipo penal quanto ao sujeito ativo. Em sua opinião, apenas titulares de mandato, com competência para aumentar a despesa total com pessoal, podem ser sujeitos ativos do crime, que portanto é próprio. Prossegue o autor nos seguintes termos:

“O conceito engloba os Três Poderes. Todos os agentes públicos com poder legal de aumentar o gasto do ente da Federação, com relação a quaisquer espécies remuneratórias (art 18 da LC n. 101/2000), enquadram-se no conceito de sujeito ativo. Sendo o autor agente público, inquestionável a natureza jurídica do alvo de suas manifestações: o ato administrativo. Com isso, não é demais englobar o mandante, autorizador e o executor. Essas figuras poderiam misturar-se, i. e., o mesmo agente pode ser competente para ordenar e executar. A previsão de um só verbo, executar, p.ex., ensejaria a discussão da espécie de ato administrativo criador do aumento de despesa com pessoal. O executor alegaria cumprir ordem manifestamente legal e o mandante, mais uma vez, não estaria “executando”. Por isso, o crime é de conduta múltipla alternativa, ou de conteúdo variado. É importante salientar que o ato deve ter sua vigência dentro do limite temporal previsto no tipo incriminador, ou seja, nos últimos cento e oitenta dias de mandato ou legislatura. Trata-se de crime de mera conduta, pois não há previsão de resultado típico naturalístico. A tentativa é inadmissível nas modalidades “ordenar” e “autorizar”. Emitida a ordem ou autorização, o crime está consumado. Antes da vigência dos respectivos atos administrativos há apenas condutas preparatórias impuníveis. Na modalidade “executar” é possível a ocorrência de crime tentado.”

Até pela própria manifestação do autor, discordamos de que apenas os titulares de mandato possam cometer o crime. Se a conduta pode ser fracionada entre inúmeros agentes (crime plurissubjetivo), se é possível que haja um mandante, um autorizador, e um executor, a pena será aplicada segundo as regras da co-autoria e da participação, nos termos dos artigos 29 e 30 do Código Penal, tal como ocorre com o crime do art. 359-

C, já comentado. Nesse sentido, a opinião de JULIO FABBRINI MIRABETE¹¹, para quem o sujeito ativo do crime é o agente público com competência específica, seja ele quem for. MIRABETE admite que o crime é de ação múltipla ou variada e, ao contrário de DELMANTO, entende se tratar de crime formal, não havendo necessidade de prejuízo efetivo para a Administração Pública para a consumação do crime. Nota-se, neste ponto, profundo dissenso doutrinário, pois DAMÁSIO fala em crime de mera conduta (vide transcrição supra). Concordamos, todavia, com MIRABETE, pois de fato o tipo não requer resultado naturalístico para a consumação do crime, de forma que basta a ordem, a autorização ou a execução do ato que acarrete aumento de despesa com pessoal (crime formal, ou de mera conduta, para quem admite a classificação).

5. Conclusões

Ante o exposto, verifica-se que a legislação pátria já não se compadece de artifícios administrativos, em anos de término de mandatos eletivos, com finalidades espúrias, em especial a interferência indevida na vontade popular quando da manifestação de sua vontade política por meio do voto, bem como a assunção de despesas e o endividamento da máquina pública de forma a inviabilizar o próximo mandato político.

Embora a Lei de Responsabilidade Fiscal tenha sido inquinada de inúmeras inconstitucionalidades quando de sua aprovação pelo Congresso Nacional, hoje tem-se quase um consenso em torno dela, pois inibiu de maneira bastante eficaz práticas administrativas arcaicas que ainda eram adotadas no Brasil, em todos os entes da federação. As restrições em ano eleitoral, portanto, não protegem somente a legitimidade e a transparência das eleições, mas também protegem as finanças públicas, portanto o patrimônio estatal, que em última análise é patrimônio do povo. Os velhos pensamentos de que o patrimônio público não é patrimônio de ninguém, ou de que o patrimônio público estava ao talante do administrador, já não se sustentam mais, em face dos diversos instrumentos jurídicos inibitórios da atuação de governantes e administradores inescrupulosos. Os princípios democráticos e os princípios da Administração Pública consagrados na Constituição exigem que governantes e administradores se portem de acordo com a moralidade, a eficiência, a publicidade, a impessoalidade e a legalidade.

6. Bibliografia

DELMANTO, CELSO, *Código Penal Comentado*, 6^a. ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

HARADA, KIYOSHI, *Responsabilidade Fiscal*, 1^a. ed., Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.

JESUS, DAMÁSIO E. DE, *Direito Penal*, 4^o. vol. – Parte Especial, Saraiva, 13^a. ed., revista e atualizada, São Paulo, 2003.

MARTINS, MES GANDRA DA SILVA e NACIMENTO, CARLOS VALDER DO (organizadores), *Lei de Responsabilidade Fiscal*, s/ ed., Saraiva, São Paulo, 2001 – comentários aos artigos 40 a 47 por MIZABEL ABREU MACHADO DERZI

¹¹ *Manual de Direito Penal*, vol. III, 19^a. ed., revista e atualizado por Renato N. Fabbrini, Atlas, São Paulo, 2004, pp. 476 e 477.

MIRABETE, JULIO FABBRINI, *Manual de Direito Penal*, vol. III, 19^a. ed., revista e atualizado por Renato N. Fabbrini, Atlas, São Paulo, 2004.

TOLEDO JR, FLAVIO C. DE, e ROSSI, SÉRGIO CIQUERA, *Lei de Responsabilidade Fiscal*, 3^o.ed., NDJ LTDA, São Paulo.