

A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E OS CRIMES FISCAIS

Darlã Martins Vargas*

RESUMO: É inegável o histórico impacto ocasionado com o advento a cerca de quinze meses, da legislação federal responsabilizadora dos agentes públicos infratores em matéria fiscal. Na esteira, pois, deste exercício crítico é que resolvemos encetar algumas ponderações a propósito do teor da tão visada LRF. A necessidade periódicas do planejamento técnico, por si só não exclui a possibilidade de ainda que bem sucedido, este possa ser insuficiente para a isenção de culpabilidade do administrador. A discussão não deve estar restrita ao campo da semântica mas a toda uma gama de conceituações e análises teóricas. Antigas práticas deverão ser removidas pela adoção numa postura ainda mais ética e produtiva. Isto, contudo, a partir de um estado de “segurança jurídica”, onde esteja revigorado o Estado de Direito, avesso ao casuísmo e as circunstâncias momentâneas.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão financeira, Administração Pública, Orçamento, Contas Públicas, Poder Público, Princípio da Legalidade, Constitucionalidade, Agentes Públicos, Crimes Fiscais.

ABSTRACT: The evident historical impact occasioned with the advent about fifteen months, of the federal legislation the responsible about of the public agents infractors in fiscal-materia. In this critical exercise is that we decide starting some balances of the purport of so aimed Fiscal Responsibility Law. The necessity periodic of the planning technical, by itself doesn't exclude the possibility still that successful, this can be insufficient to the exemption of management culpability. The discussion mustn't be restricted to the semantic field but all gammas of concept and theoretic analyse. Old practice should be removed for this adoption in a position more ethical and productive. This, however, as from state of “juridical security”, that is reinvigorated the State of Right, the opposite to the casuistry and the momentary circumstance.

KEY WORDS: Financial Management, Public management, calculation, public accounts, public power, principle of the legality, constitutionality, public agents, fiscal crimes.

* Advogado em Cuiabá-MT, Professor da Universidade de Cuiabá (UNIC-MT), Mestrando em Direito do Estado pela UNESP/UNIC;

1. Introdução

Na data de quatro de maio de dois mil, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei Complementar nº. 101/2000, que teve sua publicação no Diário Oficial da União, em cinco de maio do mesmo ano, denominada por todos de Lei da Responsabilidade Fiscal, que trouxe novas regras para a gestão fiscal das Administrações Públicas.

Inegavelmente, esta nova legislação tem como escopo delimitar princípios que norteiam uma gestão responsável fixando limites para o endividamento público e para a criação de despesas ditas continuadas. A nova legislação traz em seu bojo normas que são imprescindíveis no cumprimento das metas fiscais pelas Administrações Públicas, na busca do equilíbrio entre receita e despesa.

Certo é, ademais, que as mudanças começaram a ocorrer a partir da Emenda Constitucional nº. 19 de 04/06/1998 – Reforma Administrativa-, quando se revelou ao mundo jurídico e das comunas leigas que estar-se-ia criando o “Estado Gerencial” em substituição ao “Estado Burocrático”. Esta busca, por certo, tem por embasamento o desenvolvimento das nações com a globalização das economias, uma vez que ditos processos aumentaram a competição entre os países, obrigando-os a se modernizarem administrativa e financeiramente.

Aliás, ao tratar dos fundamentos que embasaram a nova Lei Complementar nº. 101/2000, o Conselheiro Presidente do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul Helio Saul Mileski, em recente artigo, assim se pronunciou:

A inspiração legislativa brasileira, na elaboração da Lei Complementar, foi influenciada por recentes experiências da União Européia, dos Estados Unidos e da Nova Zelândia, conforme muito bem condensou a Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados:

a) Comunidade Econômica Européia – Tratado de Maastrich e protocolos, estabilidade e emprego, padrões e mecanismos de ajustes fiscais, limites de déficit (3% do PIB) e dívida (60% do PIB), punições graduais aos Estados-membros;

b) Estados Unidos: Budget enforcement Act (1990) – o Congresso fixa metas fiscais plurianuais e limites de gastos orçamentários por função. Despesas obrigatórias e discricionárias são limitadas por

mecanismos distintos: a) a legislação que cria as despesas obrigatórias deve se ajustar aos limites (processo pay as you go); b) as despesas discricionárias, também sujeitas a limites, estão submetidas a seqüestro automático;

c) Nova Zelândia: Fiscal Responsibility Act (1994) – ênfase no controle social e transparência das estratégias e metas fiscais (aceita afastamentos temporários e justificados); declarações de responsabilidade da Fazenda e Tesouro.¹

De se notar, portanto, que outras nações já adotaram os procedimentos necessários, objetivando a redução do déficit público e a estabilização das contas do Poder Público, que, agora, parece, s.m.j., deverá se instalar por aqui.

Com efeito, a nova legislação traz transformações profundas na forma de se administrar a coisa pública. É inegável que outrora, regra geral, não havia nenhum planejamento, não havia qualquer controle entre receita e despesa, partindo-se do princípio de que o ente público está livre da falência, do ponto de vista financeiro. Entretanto, com a nova Lei Complementar a coisa parece mudar, uma vez que os administradores não poderão mais assumir compromissos que ultrapassem o exercício; não podem contratar servidores além do previsto na LDO; não podem criar cargos se não houver previsão suficiente de recursos, etc...

O advogado, Diretor da Delegações de Prefeituras Municipais – RS e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Municipal, Dr. Oscar Breno Stahnke, com sua sapiência reconhecida no meio dos administrativistas, ao tratar do tema, diz que:

O objetivo fundamental da lei é impedir que fiquem, para a administração seguinte, dívidas que, muitas vezes, levam um mandato inteiro para serem pagas. A lei pretende eliminar esta prática. Esta foi, aliás, a razão por que a lei entrou em vigor já, antes do término do atual mandato dos Prefeitos. Está, definitivamente, selada a sorte destes procedimentos. Na Lei de Diretrizes Orçamentárias, por exemplo, temos que fazer a programação dos investimentos e isto tem que ser acompanhado, de dois em dois meses, para ver se a receita está adequada àquela despesa. Se a receita não cobrir a despesa prevista, há a necessidade de reformulação para que se restabeleça o equilíbrio, objetivando que, ao final do ano, se chegue ao equilíbrio financeiro. Isto não havia na legislação anterior. Constava, apenas, uma regra programática, sem conseqüências.²

¹ Revista Interesse Público, nº 7, Nota Dez, p.46;

² Revista Interesse Público, nº 07, Nota Dez, p.57;

Ora, a partir de agora, os administradores deverão projetar seu trabalho e executá-lo dentro daquilo que foi planejado. Se por acaso, extrapolarem a Lei de Diretrizes Orçamentárias, por exemplo, deverão, imediatamente, readequar seus custos, sob pena de responsabilidade.

Ocorre, todavia, que vários são os aspectos controvertidos da Lei Complementar 101/2000, em razão de que ela foi publicada e passou a vigor em meio ao exercício financeiro do ano de 2000 e, indiscutivelmente, já havia um orçamento sendo executado e realizado com base na legislação anterior.

Assim, os doutrinadores e estudiosos já fundamentaram seus entendimentos no sentido de que, inclusive, vários artigos da Lei de Responsabilidade Fiscal, são de duvidosa constitucionalidade, o que leva por certo, a não aplicação dos mesmos.

Inobstante à toda discussão já estabelecida, o Presidente da República, no dia 19 de outubro de 2000, sancionou a Lei nº. 10.028, que foi publicada no DOU em 20 de outubro de 2000, que estabelece os novos “crimes fiscais” e que se encontra em anexo deste trabalho.

2. A Lei de Crimes Fiscais

A Lei nº. 10.028/2000 veio alterar o Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro -, a Lei nº. 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto Lei nº. 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Desta sorte, passou a vigor em nosso País, a partir de 20 de outubro de 2000, o regramento que descreve os tipos criminais e as penas imputadas aos agentes públicos que incorrerem, através de seus atos, em algum dos delitos ali descritos.

Ocorre, que tal qual a Lei Complementar nº. 101/2000, estas normas estabelecidas pela Lei nº. 10.028, também já geram discussões acirradas com relação a sua aplicabilidade.

Um dos questionamentos feitos é com relação ao seu alcance, ou seja, ela pode ser aplicada aos atos praticados a partir da vigência da Lei complementar nº. 101/2000 (05/05/2000) ou, somente aqueles praticados após a sua publicação (20/11/2000)?

Primeiramente há de se examinar o caráter da norma sancionada e, este é eminentemente penal, se não vejamos:

Toda norma jurídica que prevê determinado comportamento humano, e também o proíbe, estatuidando uma pena para quem violar a proibição, é uma norma penal. Esse comportamento humano descrito na lei com a cominação de sanção jurídica específica (a pena), constitui uma infração penal desde que seja também contrário à ordem jurídica (antijuridicidade) e considerado culpável.³

Ademais, já dizia Von Liszt, que:

*O Direito Penal é o conjunto das prescrições emanadas do Estado, que ligam ao crime como fato, a pena como consequência.*⁴

O Direito Penal regula, inegavelmente, a relação jurídica estabelecida entre o Estado e o violador da norma penal.

Sendo cometido um delito e, verificando-se que a ação punível encontra-se descrita na lei, surge para o Estado o chamado “*jus puniendi*” ou direito do Estado de exigir a punição daquele que delinqüiu, mediante, evidentemente, a sanção legal previamente instituída na lei. Certo é, portanto, que aquele autor do ilícito penal tem o direito de liberdade consistente em não ser punido senão nos limites da lei, e a obrigação legal de submeter-se à pena.

Note-se, portanto, que tal questão deve ser solucionada pelos princípios constitucionais que regem a matéria penal no Brasil, em especial o princípio da legalidade que se originou da Carta Magna do Rei João Sem Terra (1.215), consagrou-se no Século XVIII com o iluminismo, através de Cesare Beccaria, sendo, posteriormente, inscrito na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 e, encontra-se insculpido no artigo

³ Giulio Paoli, *Il Diritto Penale Italiano*, v. 1, p.12, citado por José Frederico Marques, “In” *Tratado de Direito Penal* v. 1, São Paulo: Millenium, 1997, p.22;

⁴ *Tratado de Direito Penal*, Trad. de José Higino, v. 1, p.1. A Definição de Mezger é semelhante: “Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del estado, conectando en el delito como presupuesto la pena como consecuencia jurídica”(*Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, p.23, Trad. Rodrigues Muñoz), retirado da obra *Tratado de Direito Penal* de José Frederico Marques, Já Citada, p.22);

5º, XXXIX da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal Brasileiro (*in verbis*):

Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Ora, este princípio determina que nenhum ato poderá ser considerado ilícito, se não houver uma lei anterior que diga tal ilicitude, bem como não poderá ser punido se não houver já definido, anteriormente, a pena que deverá ser aplicada. Tal princípio assegura o direito ao cidadão de saber o que não deve fazer e, se o fizer, como será punido.

Aliás, o sempre lembrado Aníbal Bruno já afirmava que:

*O rigor dessa limitação e a força dessas garantias estão no princípio que faz da lei penal a fonte exclusiva de declaração dos crimes e das penas, o princípio da absoluta legalidade do Direito punitivo, que exige a anterioridade de uma lei penal, para que determinado fato, por ela definido e sancionado, seja julgado e punido como crime. Esse princípio, tradicionalmente expresso na regra **nullum crimen, nulla poena sine lege** e geralmente consagrado nos dispositivos de abertura dos Códigos Penais modernos, tem raízes na Magna Carta, da Inglaterra (1215) e nas *petitions of rights*, norte-americanas, mas foi formulado em termos precisos na Declaração dos direitos do Homem, da Revolução Francesa: 'ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.'⁵*

O não menos ilustrado Heleno Cláudio Fragoso, ao tratar do tema, define:

*O princípio da legalidade é hoje universalmente reconhecido em seu sentido básico de garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado, determinando com segurança a esfera da ilicitude penal. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XI, 2) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. XXV) o consagram, o mesmo ocorrendo com a Convenção Européia para a proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais, de 1950 (artigo 7º, I, 1), que é direito positivo em numerosos países. Constitui o **nullum crimen, nulla poena sine lege** a exigência de segurança jurídica e da liberdade individual, e seu desaparecimento*

⁵ "In" Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 3º ed.: Forense, 1967, p.192;

*nas legislações dos países integrados em nossa cultura jurídica ocidental, fundada no Estado de Direito, é puramente episódica.*⁶

Modernamente, autores como Francisco de Assis Toledo,⁷ Júlio Fabbrini Mirabete,⁸ Damásio E. de Jesus⁹ e Luís Carlos Avansi Tonello¹⁰ retratam com fidelidade meridiana que nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei, o tipo de delito e a pena aplicável à espécie, o que, por conseqüência, limita o Estado de interferir nas liberdades individuais.

Em razão disso, a Constituição Democrática de 1988, trouxe o princípio da legalidade ou da reserva legal capitulado no artigo 5º, XXXIX.

Com efeito, depreende-se, então, que em face do princípio da legalidade, os atos praticados pelos agentes públicos, anteriores à Lei 10.028, mesmo que, posteriormente, tenham sido definidos como crimes, não poderão ser punidos pelo Estado a este título.

Destarte, há outro princípio constitucional que coíbe, também, a aplicação desta lei aos fatos anteriores à sua vigência, qual seja, o princípio da irretroatividade da lei penal, que se encontra descrito no artigo 5º., inciso XL da Constituição Federal, segundo o qual a lei penal mais grave não se aplica a fatos ocorridos antes de sua existência, seja quando cria figura penal até então inexistente, seja quando se limita a agravar a pena ou a medida de segurança.

Dito princípio é complementar ao princípio da legalidade, pois, segundo o professor Tonello, na obra já citada, fls. 46, “*seria inútil a legalidade se a lei penal pudesse retroagir para prejudicar o criminoso*”.

Ora, é voz corrente, dentre os doutos, que a lei que incrimina fato anteriormente lícito jamais pode retroagir. Só terá valia para aqueles fatos praticados a partir de sua vigência. Inexistente a ameaça penal, justificada seria a prática do fato, pois o cidadão não

⁶ “In” Lições de Direito Penal, Parte Geral, , 5º ed.: Forense, 1983, p.93;

⁷ Princípios Básicos de Direito Penal, 5º ed.: Saraiva, 1999, p.21;

⁸ Manual de Direito Penal, Parte Geral, 13º ed.: Atlas. 1998, p.52;

⁹ Direito Penal, 1º V. Parte Geral, 23º ed.: Saraiva, 1999, p.61;

¹⁰ Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, v. 1: Unijuris, 2000, p.41;

poderia sentir-se obrigado à observância de preceito inexistente nem intimação por sanção que não havia. Aplica-se aqui simplesmente o princípio *tempus regit actum*. (*O tempo rege o ato*).

Certo é, portanto, que a norma de direito material mais severa só se aplica, enquanto vigente, sendo absolutamente vedada a sua retroatividade. Repita-se, a norma penal de direito material só será aplicada aos fatos ocorridos durante a sua vigência.

De se registrar, ainda, que este princípio da irretroatividade absoluta da norma de direito material mais severa aplica-se a todas as normas de direito material, sejam elas incriminadoras, reguladoras da imputabilidade, da dosimetria da pena, das causas de justificação ou de outros institutos de direito penal. Para tanto é que a determinação constitucional diz que a lei penal, excepcionalmente, só poderá retroagir para beneficiar o réu. (CF. art. 5º, XL). Segundo o mestre Damásio E. de Jesus:

*O direito adquirido do sujeito consiste em fazer tudo que não é proibido pela norma penal e, assim, não sofrer pena além das cominadas para os casos previstos. Dessa forma, se a lei nova define uma conduta como crime, antes lícita, os fatos cometidos no período anterior à sua vigência não podem ser apenados. Ela não pode retroagir, uma vez que a retroprojeção encontra o óbice do direito adquirido pelo cidadão na vigência da anterior.*¹¹

Note-se, portanto, que não é possível aplicar-se à lei nº 10.028, que descreveu tipicamente os crimes fiscais, aos atos praticados pelos agentes públicos anteriores à sua vigência, muito embora, durante o viger da Lei Complementar nº 101/2000.

Inobstante a isso, os agentes públicos que cometerem a partir de 20 de outubro de 2000, conduta tipicamente ilícita que se amolde àquelas figuras descritas na lei nº 10.028, ou seja, que a conduta do agente seja um fato típico, antijurídico (Teoria Finalista) ou ainda, segundo alguns autores, culpável (Teoria Causal), estarão sujeitos às penas ali cominadas, pois, segundo aqueles que defendem a Teoria Causal ou Tradicional, “a conduta é o movimento corporal voluntário que causa reflexos no mundo exterior”,¹² ou seja, a

¹¹ Direito Penal, Parte Geral, v. 1: Saraiva, 1999, p.72;

¹² Toledo, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.93;

conduta é mera ação ou omissão voluntária. Já aqueles que defendem a Teoria Finalista da Ação dizem que:

Todo o comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal. Como ela é um fazer – ou não fazer voluntário, implica necessariamente uma finalidade.¹³

Independentemente da discussão doutrinária de onde se situam o dolo e a culpa, se como elemento subjetivo do tipo (Teoria Finalista) ou se inseridos na culpabilidade (Teoria Causal), restou claro no novo texto penal que para a prática destes atos criminosos necessariamente o agente deverá agir com dolo. De uma simples leitura dos tipos descritos pela nova norma de direito penal, se depreende que a alteração se deu com relação aos crimes comuns contra as finanças públicas, descritos no Código Penal, bem como com relação àqueles crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República, dos Governadores e Secretários de Estado, descritos pela Lei 1.079/50, onde foram acrescentados vários tipos penais, incluindo-se novos sujeitos ativos, como por exemplo os Presidentes dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau.

Entretanto, em razão da extensão e complexidade da matéria este estudo se detém mais no que diz respeito às modificações trazidas com relação ao Decreto-Lei nº. 201/67, que trata dos Crimes de Responsabilidade dos Prefeitos Municipais, onde foi acrescentado vários incisos ao art. 1º., que descrevem os crimes de responsabilidade dos prefeitos, sujeitos a julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara Municipal de Vereadores, bem como, foram acrescentados vários incisos e parágrafos, ao artigo 5º, que descrevem as infrações administrativas contra as leis de finanças públicas.

¹³ Mirabette, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal, v. 1: Atlas 1993, p.100;

Ao que tudo indica, foi perdida, mais uma vez, a oportunidade de resolução à discussão doutrinária que envolve a nomenclatura destes crimes. A expressão “Crimes de Responsabilidade” vem há muito tempo despertando críticas de vários setores da doutrina que dizem ser totalmente imprópria dita denominação.

O professor Tito Costa ao tratar do tema diz ser esta nomenclatura uma “*verdadeira corruptela*”,¹⁴ despida de qualquer sentido técnico. Outros, como Damásio E. de Jesus, diz que trata-se de denominação dúbia em razão de que o Decreto – Lei 201/67, refere-se, igualmente, às infrações político-administrativas não sancionadas com penas de natureza criminal.

De resto, o Supremo Tribunal Federal já teve manifestação a respeito quando criticou esta denominação, como faz certo a seguinte transcrição:

Peço perdão pela insistência, mas é preciso marcar e demarcar os lindes respectivos dos impropriamente denominados ‘crimes de responsabilidade’, segundo a lei 3.528 e conforme o Decreto-Lei 201, uma vez que a impropriedade da linguagem legal tem sido responsável por equívocos formidáveis. A despeito de circular entre nós, faz mais de século, e estar cunhada em todas as constituições republicanas, a locução é tecnicamente incorreta e a todas as luzes infelizes.

Faz muito, Tobias Barreto aludiu ao ‘estranho título de crime de responsabilidade, frase pleonástica e insignificante, que pode com vantagem ser substituída pela de crime funcional ou de função, (Estudos de Direito, 1926, I 156).¹⁵

Por sua vez, o Dr. Giovanni Mansur Solha Pantuzzo também se manifesta a respeito do assunto com a seguinte assertiva:

Se a expressão ‘crimes de responsabilidade’ já não era adequada àquela época, o advento do Decreto-Lei 201/67 aumentou a confusão, posto que, se antes indicava infrações político-administrativas, passou a intitular também crimes propriamente ditos, dando ensejo à subdivisão entre crimes de responsabilidade próprios e impróprios.¹⁶

¹⁴ Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, 2º ed., São Paulo: Rt, 1988, p.29;

¹⁵ STF, HC Nº 70.671/PI, Re. Min. Paulo Brossard de Souza Pinto.

¹⁶ Crimes Funcionais de Prefeitos, 1º ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.26;

Denota-se, portanto, que a nova lei manteve no seu texto a descrição de “crimes funcionais” e de “infrações administrativas”, denominando-os como “crimes de responsabilidade dos prefeitos”, infelizmente, quando, poder-se-ia, utilizando-se da Lei nº. 10.028/2000, aprofundar a reforma e solucionar estes tipos de conflitos, bem como aqueles advindos da recepção ou não do próprio Decreto-Lei nº 201/67, pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, como se aconteceu em nosso País, o legislador optou por uma medida extrema, de forma desordenada com impacto imediato, ao invés de discuti-la com a sociedade leiga e, também, com os doutos administrativistas.

3. Os elementos do crime:

De resto, a forma de aplicação da lei sofreu muito pouco ou quase nenhuma alteração, pois, permanece como sujeito ativo destes crimes o próprio Prefeito Municipal, não sendo possível que vereadores cometam estes tipos de crimes, sendo que os Edis, somente poderão responder pelas infrações político-administrativas, que ensejam a cassação ou extinção do mandato eletivo. Assim ressaltando-se, por oportuno, as hipóteses de concurso eventual de agentes, somente o Prefeito Municipal ou quem lhe suceder, seja de forma eventual ou definitiva, poderá responder pelos crimes do art. 1º do Decreto-Lei nº. 201/67, com as alterações advindas da Lei nº. 10.028.

No que diz respeito ao sujeito passivo destes delitos, nenhuma alteração houve, sendo, por conseguinte o Município, suas autarquias e entidades paraestatais, ou seja, a administração direta e a indireta.

Nas palavras de Giovanni Pantuzzo:

Mesmo tratando-se de recursos repassados pela União ou pelo Estado da Federação em que esteja situado, o que se dá comumente através de convênios, é o patrimônio da municipalidade que restará desfalcado, caso haja desvio, apropriação ou aplicação indevida pelo alcaide.

Eventualmente, pode-se ter a própria União ou o Estado figurando como sujeitos passivos, caso a res delicta integre o patrimônio de alguma dessas entidades, ou quando deixa o Prefeito indevidamente de cumprir ordem judicial, emanada da Justiça Estadual ou Federal,

conduta tipificada no inciso XIV do artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67.

A única exceção situa-se no caso específico do inciso XV, posto que o sujeito passivo será a pessoa, física ou jurídica, a quem se negou o fornecimento da certidão a que tinha direito.¹⁷

É notório, conforme já citado anteriormente, que somente o Prefeito Municipal ou seu substituto no exercício do cargo, é que poderá ser autor do crime antes tipificado. De se ressaltar, entretanto, que com base no artigo 29 do Código Penal Brasileiro, outros agentes poderão responder em concurso eventual.

Segundo o administrativista Tito Costa na obra já citada, às páginas 21:

Tanto o Presidente da Câmara, como qualquer vereador, ou qualquer funcionário da administração municipal poderá, eventualmente, responder por aqueles crimes na condição de co-autores, atendido o princípio geral de que todo aquele que, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a ele cominadas.¹⁸

Entretanto, diz o ilustre jurista, que não se pode olvidar da regra contida no artigo 30 do Código Penal, que diz ser necessária a condição especial e pessoal exigida para configuração dos crimes contidos no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, qual seja a circunstância elementar do crime.

Ademais, é certo que o elemento subjetivo que compõe o tipo penal, para os “crimes de responsabilidade”, é o dolo direto ou eventual, ou seja, “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. (art. 18, I do CP)

No dizer do professor Luis Carlos Avansi Tonello:

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, à vontade de concretizar as características do tipo. Dolo perante o Direito pátrio, é a vontade dirigida ao resultado bem como a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente no advento deste ou assume o risco de produzi-lo (Tacrim-SP –AC- Rel. Galvão Coelho – Jutacrim 43/297). Para alguns autores o dolo assume uma postura normativa, pois haveria um contraste entre a vontade do sujeito ativo e a vontade consubstanciada numa norma, ou seja, o agente teria de saber de antemão que o ato que pretende

¹⁷ Op. Cit. p.33

¹⁸ Op. Cit. p.21

realizar ofende um dispositivo penal. Não foi sob esse prisma que o legislador tratou do tema. Veja que o Código diz expressamente que o desconhecimento da lei não afasta o caráter criminoso do ato. Ou mutatis mutandis, o Código não diz que o agente não tem dolo quando lhe falta a noção de antijuridicidade. Dolo, então, deve ser visto como vontade – dolo direto -, independente de essa vontade ser contrário ou não ao Direito.¹⁹

Totalmente excluída está a conduta culposa dos crimes elencados como “de responsabilidade dos Prefeitos”, portanto, só poderá ser punido àquele que agir com dolo e, sua ação, estiver tipificada por um dos tipos descritos no Decreto-Lei nº 201/67. Desta forma se ficar demonstrado ter o agente agido com culpa (imprudência, negligência ou imperícia), ocorrerá um fato atípico.

Destarte, evidentemente, dever-se-á considerar, ainda, as questões relativas a aplicabilidade da Lei Complementar nº 101/2000, bem como aquelas afetas a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos, como bem salienta o eminente Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, Helio Saul Mileski, que esclarece:

Em face desse equívoco de avaliação político-legislativa, estão ocorrendo muitas dificuldades para a imediata e integral aplicação da Lei Complementar, com o que surge, de fato, na prática, um período de transição legal, por absoluta impossibilidade material de aplicação da maioria de seus regramentos.

A Lei Complementar foi publicada e passou a vigor em meio ao exercício financeiro do ano 2000 (05.05.2000), momento em que já havia um orçamento em execução, estruturado com base em legislação anterior, totalmente diferenciada, com obediência a um plano de governo que desconhecia as premissas da Lei de Responsabilidade Fiscal e que não pode, agora, simplesmente ser desconstituído ou profundamente alterado, na medida que representaria a solução de continuidade administrativa, com imensos prejuízos aos serviços e obras de interesse público. Isto sem referir as exigências de ordem constitucional para a elaboração da lei orçamentária, segundo as quais o procedimento legislativo orçamentário deve ocorrer em um exercício para vigorar no subsequente.

Portanto, excetuados alguns pouquíssimos regramentos, poder-se-ia dizer que a Lei de Responsabilidade Fiscal é inaplicável ao orçamento que se encontra em execução no presente exercício.

Limitação de Empenho e Movimentação Financeira.

¹⁹ Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, v. 1: UNIJURIS, p.127;

*De conformidade com o disposto no art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo das Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.*²⁰

Nesse aspecto, salienta o Dr. Mileski que o regramento de controle bimestral do resultado entre receita e despesa com as devidas inclusões e exclusões desse cálculo, para poder ser aplicada, dependerá de ato normativo a ser editado nos termos do art. 30, § 1º, IV, quando deverá ser fixada a metodologia de cálculo para a obtenção do resultado nominal e primário. Assim, os Poderes e o Ministério Público estarão desobrigados de realizar esta ação – limitação de empenho e movimentação financeira – por inexistência de prazo para o exercício de 2001, enquanto não for normalizado o ato previsto pelo art. 30, § 1º, IV.

Frisa o ilustre jurista que mesmo sendo fixada a metodologia de cálculo para a obtenção do resultado nominal e primário, em razão do que serão fixadas metas fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias, haverá, então, dos Poderes e o Ministério Público proceder à limitação de empenho e movimentação financeira se, no bimestre, a realização da receita não comportar o cumprimento das metas de resultado nominal e primário estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais.

Ocorre, todavia, que caso estes não promoverem dita limitação, conforme determinação legal (art. 9º, § 3º):

É o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

Ora, o dispositivo antes citado fere o disposto no artigo 2º da Constituição da República, uma vez que autoriza o Poder Executivo a interferir nos Poderes Judiciário e Legislativo, enquanto que aquele preceito constitucional que deriva da cláusula pétrea, trata, exatamente, da independência e harmonia dos poderes, o que, indubitavelmente, trata-se de uma inconstitucionalidade.

²⁰ Revista de Interesse Público, n.º. 7, 2000, Nota Dez, p.47-55;

Existem, ainda, outros aspectos questionados pelos doutos com relação à constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal, como por exemplo, nas Definições e Limites das Despesas com Pessoal, entretanto, ditas discussões foram trazidas a este trabalho, com o intuito, de chamar a atenção de que se a própria Lei de Responsabilidade Fiscal traz consigo várias discussões relativas a sua aplicabilidade e constitucionalidade, por certo a Lei nº. 10.028, com relação a estas celeumas, também, só poderá ter aplicação efetiva após a decisão do próprio Poder Judiciário a respeito do tema.

Hélio Gualberto, ao tratar da lei de responsabilidade o controle de constitucionalidade, fez as seguintes observações:

Ronaldo Poletti, em preciosa monografia (Controle da Constitucionalidade das Leis”, Editora Forense, 1985), defende tal entendimento (a que denomina de doutrina clássica), arrolando, exaustivamente, lição dos mais conspícuos constitucionalistas, nessa posição. Tem sido este, no curso do tempo, o entendimento dos especialistas, a começar pelo histórico voto de Marshall – corporificador da doutrina do Judiciário como guardião da Constituição – conhecido caso Madison v. Marbury.

O ATO LEGISLATIVO CONTRÁRIO À CONSTITUIÇÃO, NÃO SERÁ LEI, disse Marshall, naquele voto. Por isto, não cria direitos nem obrigações – af incluída a do cumprimento.

A linha, dos nacionais ou não, é a mesma, as mesmas palavras, que são aqui transcritas, até por excesso de cuidado:

Rui, Anistia Inversa, pág 14 : “O Princípio é que as leis inconstitucionais não são leis”. Citando Black: “... a constituição é o querer expresso do povo ... Se o ato legislativo o contradiz, irritado será: não será lei.”

Francisco Campos: “O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca tivesse existido” (apud Lúcio Bittencourt, “O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis”, Forense, 1968, pág. 30).

Miguel Reale, inclusive, refuta o entendimento contrário, ao assinalar que os partidários do mesmo “confundem existência de fato com existência de direito, fazendo decorrer da primeira, equivocadamente, os efeitos que somente a segunda podem ser atribuídos” (Parecer no Diário Oficial do Estado de São Paulo, de 19.03.63, apud Poletti, obra citada, pág. 109).

Outros egrégio Juristas, nesse diapasão, pode-se alinhar: Carlos Maximiliano, Themístocles Cavalcanti, Vicente Ráo, José Frederico Marques, e tantos outros).

Ora, se confirmadas, como disse o Dr. Hélio Mileski, várias inconstitucionalidades da Lei Complementar nº.

101/2000, não haverá como se aplicar à lei nº. 10.028 àquelas infrações definidas (conceituadas) na lei de responsabilidade fiscal, restando, portanto, acéfalas as prescrições penais, como p. ex., o Art. 5º, I e II da lei de crimes fiscais.

4. Conclusão

Certo é, portanto, que a Lei nº. 10.028, só poderá ser aplicada aos atos praticados após a sua vigência. A uma, em razão do princípio da reserva legal ou da legalidade. A duas, em razão do princípio da irretroatividade da lei penal. A três, porque em muitos casos, no que diz respeito a esta gestão, e, em alguns casos, a gestão de 2001, é impossível a aplicação da Lei Complementar nº 101/2000, ou ainda, porque em outros casos a constitucionalidade é totalmente duvidosa e, por certo, deverá ser examinada e revista pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Independentemente disso, deve ser louvada a nova legislação que busca uma Administração Pública de forma planejada e harmonizada com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, com a Lei do Orçamento, busca, enfim, uma Administração transparente e competente. Inobstante a isso, é claro, que os Prefeitos Municipais haverão, a partir de agora, de cercar-se de técnicos competentes e capacitados para desenvolverem os projetos e planejamentos estratégicos de governo, sem sair da legalidade exigida pela Lei de Responsabilidade Fiscal, sob pena de responderem criminalmente.

5. ANEXO I

“Lei n.º 10.028, de 19 de outubro de 2000”

*Ano CXXXVIII n.º 203-E. BRASÍLIA-DF, 20/10/00 ISSN 1415-1537
ATOS DO PODER LEGISLATIVO.*

Altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, a Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei n.º. 201, de 27 de fevereiro de 1967.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o congresso nacional decreta e eu sanciono a

seguinte lei:

Art. 1º. O art.339 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 339 - Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:(nr)

“Pena-.....”

§ 1º”

§ 2º”

Art. 2º. - O Título XI do Decreto-Lei nº. 2.848, de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte capítulo e artigos:

“Capítulo IV

Dos crimes contra as finanças públicas” (AC)

“Contratação de operação de crédito”

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

“Pena reclusão, de 1 (ano) a 2 (dois) anos:”

“Parágrafo único - Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operações de crédito, interno ou externo:”

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

“II- quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei:”

“Inscrições de despesas não empenhadas em restos a pagar”

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

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

“Assunção de obrigação no ultimo ano do mandato ou legislatura.”

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

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

“Ordenação de despesa não autorizada”

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

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

“Prestação de garantia graciosa.”

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

“Pena detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano.”

“Não cancelamento de restos a pagar.”

"Art.359-F - Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover cancelamento do montante de restos a pagar escrito em valor superior ao permitido em lei."
"Pena detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos."

"Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura."

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

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

"Oferta pública ou colocação de títulos no mercado"

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

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

"Art. 3º - A lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, passa a vigorar com as seguintes alterações."

"Art.10 -

"5) deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal;"

"6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com o limite estabelecido pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;"

"7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei;"

"8) deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro;"

"9) ordenar ou autorizar em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente;"

"10) captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido;"

"11) ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou;"

"12) realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei."

"Art. 39-A - Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da

Presidência, as condutas previstas no art.10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas."

"Parágrafo único - O disposto neste artigo aplica-se aos Presidentes e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juizes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição."

"Art. 40-A - Constituem, também, crimes de responsabilidade do Procurador-Geral da República, ou de seu substituto quando no exercício da chefia do Ministério Público da União, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas."

"Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se:

"I- ao Advogado-Geral da União;"

"II- aos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições."

"Art. 41-A - Respeitada a prerrogativa de foro que assiste às autoridades a que se referem o parágrafo único do Art.39-A e o inciso II do parágrafo único do art. 40-A, as ações penais contra elas ajuizadas pela prática dos crimes de responsabilidade previstos no art. 10 desta Lei serão processadas e julgadas de acordo com o rito instituído pela lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990, permitido, a todo cidadão, o oferecimento da denúncia."

Art. 4º. - O art. 1º do Decreto-Lei nº. 201, de 27 de fevereiro de 1967, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1º.

"XVI - deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal;"

"XVII- ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;"

"XVIII- deixar de promover ou de ordenar, na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei;"

"XIX- deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos até o encerramento do exercício financeiro;"

"XX- ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente;"

"XXI- captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido;"

“XXII- ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou;”

“XXIII - realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.”

“Art. 5º. - Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:

“I- deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei;

II- propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei;

III- deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidas em lei;

IV- deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo.

§ 1º- A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.

§ 2º- A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir à fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvido.

“Art.6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

BRASÍLIA, 19 DE OUTUBRO DE 2000; 179º DA

INDEPENDÊNCIAE 112º DA REPÚBLICA.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

(DOU de 20-10-2000)

6. Bibliografia

BRUNO, A. **Direito Penal**, parte geral, Tomo I: Forense, 3 ed. 1967.

COSTA, T. **Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores**, 2 ed., São Paulo: Rt 1988.

LISZT, Von. **Tratado de Direito Penal**. Trad. HIGINO, J., v. 1, p. 1.

JESUS, D. E. **Direito Penal**, parte geral. 23 ed.: Saraiva, 1999.

MILESKI, H. S. Novas regras para gestão e a transparência fiscal - Lei de Responsabilidade Fiscal. **Interesse Público**, São Paulo, n. 7, p. 44-55, jul./set. ano 2, 2000.

MIRABETTE, J. F. **Manual De Direito Penal**, v. 1: Atlas, 1993.

PAOLI, G, II Diritto Penale Italiano, In: MARQUES, José Frederico, **Tratado de Direito Penal**, v. 1, São Paulo: Millenium, 1997, p. 22.

PANTUZZO, G. M. S. **Crimes funcionais de prefeitos**, 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA PINTO, P. B. **Acórdão do STF**, HC nº 70.671/Pi;

TOLEDO, F. A. **Princípios Básicos De Direito Penal**, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TONELLO, L. C. A. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral, v. 1: Unijuris, 2000.

Recebido para publicação em 22/02/2001

Aceito para publicação em 25/04/2001