

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 152

outubro/dezembro – 2001

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

## Aspectos penais da “responsabilidade fiscal”

João Gualberto Garcez Ramos

A partir do momento em que, no Brasil, a inflação foi reduzida aos níveis em que por ora se encontra, ao mesmo tempo foram colocados a nu os efeitos perversos que a cultura inflacionária, ao longo dos anos, produzira nas pessoas e nas instituições. E, ainda que essa redução possa não ser duradoura, são definitivos os conhecimentos auferidos a partir de sua redução.

A doma da inflação mostrou que, na verdade, os brasileiros estavam acostumados com ela. Como uma droga administrada a um ser vivo durante muito tempo, a inflação de dois dígitos produzira *tolerância* nos organismos. Ela era, então, parte da cultura nacional.

E um dos efeitos mais perversos dessa “droga” na mente das pessoas e no inconsciente das instituições consistia precisamente na crença da possibilidade da *geração espontânea* do dinheiro. Todos conseguem lembrar-se dos tempos em que os “juros” pagos pela caderneta de poupança, por exemplo, pareciam um verdadeiro milagre da multiplicação dos pães.

O *over night* era, então, uma espécie de panacéia, uma das melhores coisas que os tecnocratas do Setor Financeiro haviam conseguido inventar. Uma noite de sono e um monte de dinheiro paria um monte menor, suficiente para honrar compromissos de última hora ou, em alguns casos, para sustentar a família por um mês. Um verdadeiro prodígio da moderna “genética financeira”.

João Gualberto Garcez Ramos é Professor Adjunto da UFPR e Titular da Unipar; Procurador da República.

Com o controle da inflação, obtido em meados da década de 90, a crença na *geração espontânea* da moeda mostrou ser um gigantesco engodo. O que parecia ser o produto de *geração espontânea* era apenas um mecanismo que perpetuava os desajustes, que adia a hora da verdade. O momento em que as pessoas e as instituições teriam de trabalhar, de produzir para gerar dinheiro; a Era em que o dinheiro perderia parte de sua miraculosa “fertilidade”.

O fim da correção monetária antecipou esse momento. As instituições financeiras foram as primeiras a serem atingidas pelo novo momento econômico. Logo em seguida, o Setor Público percebeu que também estava em maus lençóis.

No caso das instituições financeiras, inúmeras foram as liquidações extrajudiciais que, de uma forma ou de outra, colaboraram para o saneamento do sistema, embora ninguém possa saber ao certo se o Setor Financeiro está hoje saneado ou não. Isso porque, infelizmente, inúmeras foram as operações governamentais de salvamento de instituições que, de tão pequenas, nunca representariam qualquer risco ao Sistema Financeiro Nacional. O Estado continua devendo à sociedade um esclarecimento cabal a respeito das motivações de algumas dessas atrapalhadas operações de salvamento. A ausência de critérios claros a respeito do que causa e do que não causa o chamado “risco sistêmico” é total. É possível afirmar que a atuação sempre errática e por vezes suspicaz do Banco Central é que é o verdadeiro risco sistêmico<sup>1</sup>. Mas o tema do presente estudo não é esse. O tema é a nova sistemática de responsabilidade fiscal.

No Setor Público, após a redução da inflação, os ajustes ocorreram em diversas frentes. A rigor, a maioria das Emendas Constitucionais promulgadas desde 1994<sup>2</sup> resultam de um esforço de ajustamento do Setor Público à nova realidade econômica.

A Lei Complementar n. 101, de quatro de maio de 2000 – a chamada “Lei de Responsabilidade Fiscal” (LRF) – é um dos mais

significativos esforços nessa direção. E é dela e da Lei n. 10.028, de dezenove de outubro de 2000, de que se ocupará o presente estudo.

A primeira constatação a respeito da LRF é que ela é declaradamente inspirada no *Fiscal Responsibility Act 1994*, da Nova Zelândia. Essa lei foi editada em junho de 1994, passou a vigorar em 1º de julho de 1994 e foi ligeiramente emendada em 1998. E foi motivada, segundo afirmou seu Ministro das Finanças em setembro de 1995, pelo “historicamente pobre desempenho fiscal” da Nova Zelândia<sup>3</sup>.

Os antecedentes legais do *Fiscal Responsibility Act 1994* neozelandês encontram-se no *State-Owned Enterprises Act 1986* – lei que regulou a administração das empresas estatais naquele país – e o *Public Finance Act 1989*. Essas duas leis, entre outras providências, uniformizaram a contabilidade de todos os órgãos públicos e determinaram que eles seguissem a chamada *Generally Accepted Accounting Practice (GAAP)*. São as *rotinas contábeis* da Administração Pública, reguladas, no Brasil, principalmente pela Lei n. 4.320, de dezessete de março de 1964<sup>4</sup>. Essas iniciativas, ainda segundo o estudo assinado pelo Ministro das Finanças neozelandês e disponibilizado na Internet, “aumentaram a transparência da posição fiscal e estenderam o período para o relatório orçamentário de um para três anos”<sup>5</sup>.

O art. 5º do *Fiscal Responsibility Act 1994* – com o título “Generally accepted accounting practice” – reiterou a determinação de que todos os relatórios e declarações financeiras do Setor Público neozelandês sejam feitos de acordo com a *GAAP*<sup>6</sup>. O art. 50 da LRF dispõe, basicamente, o mesmo<sup>7</sup>.

As semelhanças, entretanto, não terminam aí.

Os valores políticos perseguidos pelo *Fiscal Responsibility Act 1994* são declaradamente os seguintes: 1º) a *transparência* das políticas públicas a serem adotadas, bem como as conseqüências econômicas e fiscais dessas políticas; 2º) um *foco plurianual* para o orçamento; 3º) a *previsibilidade* dos impac-

tos agregados na realização do orçamento; 4º) a *avaliação* independente e detalhada das políticas fiscais e 5º) a *facilitação* da fiscalização por parte do parlamento e da sociedade, das informações econômicas e fiscais<sup>8</sup>.

Como se resumisse e detalhasse todos esses princípios, o § 1º do art. 1º da LRF veio para estabelecer 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 no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

O art. 4º, seção 2, do *Fiscal Responsibility Act 1994* define a estratégia para a consolidação do que denomina *gerenciamento fiscal responsável*: a) *redução* do total da dívida pública a níveis prudentes, de maneira a providenciar-lhe uma proteção contra os fatores que podem impactá-la negativamente no futuro, assegurando-se que, até que esses níveis sejam atingidos, o total de despesas operacionais públicas sejam, a cada ano fiscal, menores do que as respectivas receitas tributárias; b) uma vez que a dívida pública total atinja esses “níveis prudentes”, *manutenção* desses níveis, assegurando-se que, na média, durante um razoável período de tempo, o total das despesas operacionais públicas não exceda o total das receitas tributárias; c) com o atingimento e a manutenção dos níveis prudentes do total da dívida pública, a *obtenção de um superávit* que garanta a ela uma proteção contra fatores que possam impactá-la negativamente no futuro; d) *gerenciamento* prudente dos riscos fiscais; e e) *perseguição* de políticas que sejam consistentes com um grau razoável de previsibilidade

de sobre o nível e a estabilidade dos tributos para os anos futuros<sup>9</sup>.

Rigorosamente todas essas estratégias estão espalhadas pela LRF. Enfim, a similitude entre as duas leis é notável.

Não é possível, ainda, tirar conclusões a respeito da *constitucionalidade* da LRF como um todo. Assim como Ricardo Lobo Torres (2000, p. 42) e Betina Treiger Grupenmacher<sup>10</sup>, suspeita-se da inconstitucionalidade de diversos de seus dispositivos.

E a suspeita é a atitude mais apropriada, pois os ordenamentos jurídicos do Brasil e da Nova Zelândia não são exatamente similares. Para usar a expressão consagrada pelo comparatista francês René David, eles não pertencem à mesma “família” jurídica<sup>11</sup>. Enquanto o Brasil é um típico representante da família romano-germânica, ou do *Civil Law*, a Nova Zelândia, membro da *Commonwealth* que é, apresenta-se como uma legítima representante da família do *Common Law*.

Mas não é só isso.

A Nova Zelândia tem dimensão territorial<sup>12</sup> muito menor do que a do Brasil: ela equivale, territorialmente, a alguns Estados brasileiros, como Piauí<sup>13</sup> e Tocantins<sup>14</sup>.

A centralização proposta pelo *Fiscal Responsibility Act 1994* não deve ter causado estranheza lá, pois a Nova Zelândia não é uma federação. Mas o Brasil é; e a sistemática implantada pela LRF implicará sensível mitigação das autonomias regionais e municipais<sup>15</sup>.

É possível, pois, prever problemas na adaptação da nova metodologia à sistemática constitucional. Ou na adaptação da sistemática constitucional a essa nova metodologia?

Uma análise retrospectiva da atuação do atual governo revela um olímpico desprezo pela sistemática implantada pela “Constituição Cidadã”. A idéia é de que ela produz “ingovernabilidade”. Nenhum outro fator, senão essa ideologia, fez da Constituição de 1988 a mais emendada da história do Brasil. Por isso, responde-se à pergunta acima:

é mais provável a adaptação do ordenamento constitucional à lei, invertendo-se radicalmente a pirâmide kelseniana. Em pouco tempo iniciar-se-á a “constitucionalização” da LRF<sup>16</sup>.

Há, contudo, aspectos indiscutivelmente positivos nessa nova experiência institucional. Como afirmou com muita acuidade Friedmann Anderson Wendpap, o

“aspecto extremamente positivo da LRF será a criação de ambiente de lealdade na disputa eleitoral. Até hoje as pessoas que se dedicaram à atividade política estiveram expostas a meio ambiente pernicioso, em que vale a lei do cão. É fácil perceber que o político que não cobra impostos como IPTU e ISS, não cobra pelo asfalto, distribui benesses individuais, tem mais chances de se conservar na vida pública por via eleitoral. O político que vem para pagar contas, arrumar a casa, economizar o dinheiro público, cobrar tributos, não tem vida política longa. (...) A LRF auspicia saudável ambiente para o exercício da atividade política. Quiçá, premidos por seus imperativos, anjos e demônios vejam-se compelidos a condutas similares como ordenadores de despesa pública. Todos terão de cobrar tributos, limitar gastos, demitir funcionários, poupar dinheiro público, chegar ao superávit. A disputa eleitoral, em ambiente transparente, dar-se-á em torno da capacidade de cada candidato em maximizar os resultados positivos com o uso do dinheiro do povo”(WENDPAP, 2001, p. 10) .

Além disso, é ponderável afirmar que a mitigação da federação, proporcionada, em um primeiro momento, pela LRF, tenha, no longo prazo, um impacto positivo sobre o equilíbrio entre os entes políticos; em outras palavras, que reafirme a própria Federação. Isso porque o dever de instituir e cobrar todos os tributos, imposto pelo art. 11 da LRF<sup>17</sup> – certamente um dos itens mais polêmicos,

no que diz com sua constitucionalidade<sup>18</sup> –, tende a tornar os Estados e Municípios, com o tempo, menos dependentes das transferências por parte da União.

O tema deste estudo, porém, é relacionado com os aspectos penais da nova sistemática de responsabilidade fiscal.

Conforme se sabe, a LRF não contém normas penais em sentido estrito. Por essa razão, seu art. 73 dispôs que

“as infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-lei n. 2.848, de sete de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei n. 1.079, de dez de abril de 1950; o Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei n. 8.429, de dois de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente”.

Assim, pouco mais de cinco meses depois da edição da LRF, foi editada a Lei n. 10.028/2000, que alterou o Código Penal, a Lei n. 1.079/50 e o Decreto-lei n. 201/67. Interessam ao presente estudo os seus artigos 2º e 4º. Isso porque os artigos 3º e 5º da Lei n. 10.028/2000 dão às condutas trato político e administrativo, respectivamente, sendo alternativas ao trato propriamente penal dessas condutas. Absurdo, rigorosa e inominavelmente absurdo o novo art. 41-A da Lei n. 1.079, de dez de abril de 1950, a ela acrescentado pelo art. 3º da Lei n. 10.028/2000. Por essa razão não será analisado neste estudo; tamanho despautério merece um estudo específico, a ser feito oportunamente<sup>19</sup>.

A primeira indagação válida, quando se estuda a introdução de tipos incriminadores no ordenamento jurídico-penal, consiste precisamente em investigar quais os motivos pelos quais foram criados. A pergunta é a seguinte: por que cargas d’água foram criados novos tipos penais e o responsável pela novidade não confiou nos já existentes?

O setor da ciência criminal global dedicado ao estudo dos *princípios* que levam ou que devem levar o Estado a optar por medi-

das de caráter penal chama-se *política criminal*<sup>20</sup>.

Aníbal Bruno não logrou definir se a política criminal é ciência ou arte, mas estabeleceu que ela se constitui no “conjunto de princípios de orientação do Estado na luta contra a criminalidade, através de medidas aplicáveis aos criminosos”(1959, p. 33). Paul Johann Anselm von Feuerbach, o mais clássico dos clássicos alemães, já dera definição semelhante<sup>21</sup>.

Sabendo ou não, essa entidade abstrata e em grande medida imaginária chamada *legislador* realiza a política criminal do Estado ao eleger condutas e ameaçar seus autores com pena criminal. Quanto mais consciente de princípios superiores para a construção de novos tipos penais incriminadores, melhor é sua política criminal.

Repita-se a pergunta: porque o legislador houve por bem criar os tipos penais da Lei n. 10.028/2000 e não confiou nos já existentes? E acrescenta-se uma outra: seguiu o legislador os bons princípios político-criminais para criar esses tipos?

Quanto à primeira parte da pergunta, a resposta é intuitiva. O legislador criou os tipos penais da Lei n. 10.028/2000 porque considerou que a única forma de lograr obter a obediência dos administradores públicos seria por meio da ameaça de sanção penal. Sem que se sentissem intimidados com a ameaça penal, pensou, não seria possível obter a disciplina fiscal indispensável ao equilíbrio das contas públicas no Brasil. Por isso não confiou nos tipos penais já existentes. Ao menos foi esse o discurso oficial. Não se deve olvidar que, nos dias atuais, o labor legislativo em matéria penal – dada a cobertura proporcionada pela imprensa – tornou-se um atestado de seriedade no trato dos temas públicos e rende um prestígio que não pode ser medido senão em votos. Qualquer labor legislativo. Mesmo que cause dificuldades futuras na aplicação das leis dele originadas.

Quanto à segunda pergunta – se seguiu bons princípios político-criminais –, a resposta é mais difícil. E decididamente não pode

ser monolítica. No caso específico da Lei n. 10.028/2000, a única conclusão possível é de que em parte seguiu e em parte se afastou dos bons princípios político-criminais.

A moderna *política criminal* frisa o antigo ensinamento segundo o qual o Direito Penal é ou *deve ser* a última *ratio* do Estado, pena de sua deslegitimação. Como pelotões militares em uma guerra, o Direito Penal deve ser aquele que o comandante lança mão quando nenhum dos outros logrou derrotar o inimigo. Se o comandante lança mão desse pelotão quando ainda não esgotou todas as demais possibilidades, seu comando corre o risco de se deslegitimar, pois o pelotão penal é *diferente* dos demais. Sua resposta é desproporcionalmente mais violenta que as demais. Estigmatiza seu alvo e pode-se revelar remédio mais forte do que o mal praticado. Enrique Bacigalupo Zapater escreve que,

“exteriormente considerado, o direito penal procura alcançar seus fins declarando certos comportamentos como indesejáveis e ameaçando sua realização com sanções de rigor considerável: suas sanções são as mais rigorosas que se conhecem no sistema social e os comportamentos aos quais estas se conectam são – em princípio – os mais intoleráveis para o sistema social”<sup>22</sup>.

Assim, a conduta incriminada deve corresponder, o quanto seja possível, a um *conceito material* de crime. Segundo Heleno Cláudio Fragoso, o crime, sob o aspecto material, é “um desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um bem, ou a um valor da vida social” (1986, p. 147).

A idéia acima exposta parece remontar a Raffaele Garofalo e sua idéia de *delito natural*<sup>23</sup>, já definitivamente abandonada. Isso, porém, não é exato, pois sabe-se que até hoje não foi possível encontrar uma definição que abarque todos os crimes. Trata-se, ao contrário, de se fixar uma tendência, isto é, um

objetivo, qual seja, o de se construírem tipos penais incriminadores o tão próximos quanto possível de uma noção material de crime, como obtempera Luiz Alberto Machado:

“É evidente que, pela sua amplitude conceitual, a definição material do crime tem sabor pré-legislativo, de orientação e parâmetro à liberdade legislativa de criação de delitos, limitada pela valoração político-criminal do Estado Democrático de Direito democrático liberal” (1986, p. 78).

Os crimes da Lei n. 10.028/2000 aproximam-se de um conceito material de crime?

Para responder a essa indagação, é mister localizar os *objetivos principais* da LRF. São eles, segundo os seus mais autorizados estudiosos (KHAIR, 2000), o *planejamento*, a *transparência*, o *controle* e a *responsabilização*. São esses valores que, alcançados, redundarão em uma melhor e mais eficiente administração fiscal.

Um primeiro passo para auferir a legitimidade penal da lei é identificar se os tipos penais constantes da Lei n. 10.028/2000 servem a esses valores fundamentais. Se a resposta for positiva, é possível que estejamos diante de normas penais legítimas.

Tome-se, em primeiro lugar, o *planejamento*. As infrações contra o *planejamento fiscal* – basicamente, condutas omissivas – encontram-se, em sua maioria, no art. 5º da Lei n. 10.028/2000, que define as infrações administrativas contra as leis de finanças públicas:

“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 redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição do Poder no limite máximo”.

Para todas essas condutas previu a lei a pena de “multa de trinta por cento dos vencimentos do agente que lhe der causa” e frisou que o pagamento é de sua responsabilidade pessoal<sup>24</sup>. E definiu, outrossim, que os prováveis autores dessas infrações serão julgados “pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida”<sup>25</sup>.

Neste passo, andou bem a Lei n. 10.028/2000. Ao optar pelo direito administrativo – quando poderia ter criado tipos penais omissivos puros –, demonstrou ter reservado o direito penal para as condutas mais graves e perigosas e/ou danosas ao chamado “equilíbrio fiscal”.

Quanto ao valor *transparência da gestão fiscal*, a Lei n. 10.028/2000 não andou tão bem.

Como demonstração de que a transparência é um dos valores centrais da nova sistemática, prevê, nos artigos 48 e 49 da LRF, os instrumentos dessa transparência. Assim, o art. 48, *caput*, dispõe que

“são instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; a prestação de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos”.

O parágrafo único do art. 48 da LRF estabelece, por sua vez, que “a transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

No art. 49, *caput*, da LRF, tem-se que “as contas apresentadas pelo Chefe do Poder

Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade”.

E, finalmente, o parágrafo único do art. 49, destinado exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo Federal, determina o conteúdo de sua prestação de contas, o que serve de orientação aos chefes dos demais entes políticos. Determina esse dispositivo que “a prestação de contas da União conterá demonstrativos do Tesouro Nacional e das agências financeiras oficiais de fomento, incluído o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, especificando os empréstimos e financiamentos concedidos com recursos oriundos dos orçamentos fiscal e da seguridade social e, no caso das agências financeiras, avaliação circunstanciada do impacto fiscal de suas atividades no exercício”.

Pela leitura de todos esses dispositivos, percebe-se a importância que a *transparência* teve na criação da nova sistemática de responsabilidade fiscal. Estranhamente, porém, a Lei n. 10.028/2000 não contém nenhuma sanção – penal ou administrativa – ao administrador público que ignorar, fraudar ou ludibriar esses instrumentos, disponibilizando as demonstrações de forma que a clareza dos dados fique comprometida.

As infrações penais previstas na Lei n. 10.028/2000 atentam, basicamente, contra o *controle* das contas públicas.

Essa característica é, portanto, o maior defeito da nova sistemática, ao menos no que diz com os seus aspectos penais. Ela constrói tipos penais exclusivamente sobre condutas violadoras das sistemáticas de *controle do endividamento público*. Para as condutas omissivas que atentam contra o *planejamento* das estratégias fiscais, prevê sanções administrativas, no que está rigorosamente certa; para as condutas mais fraudulentas desse mesmo planejamento, os tipos

penais do Código Penal parecem perfeitamente adequados.

Para as condutas que eliminam a *transparência* no trato desse mesmo planejamento e na divulgação dos resultados das estratégias, a nova sistemática não contempla sanção qualquer, no que está profundamente equivocada. Ora, o *descontrole* das contas públicas decorre da falta de *planejamento* e a responsabilização, outro dos pilares da LRF, da falta de *transparência*. As contas públicas que houverem sido adequadamente planejadas são – ao menos teoricamente – menos sujeitas a descontrole na sua execução. O mesmo se diga das previamente fiscalizadas pela sociedade.

Assim, percebe-se que a LRF optou por privilegiar gravemente a punição do agente público que cause o *descontrole* das contas públicas, quando poderia ter lançado mão de instrumentos punitivos menos intensos – multas, inelegibilidade e outros – para estimular os administradores a implementar um planejamento mais competente e transparente. Como na família e na sociedade, educa-se agora para não ter de punir depois.

O calcanhar de aquiles da nova sistemática reside precisamente na diferença existente entre os sujeitos dessa nova realidade. Segundo os dados do Censo de 1996, confirmados pelo que está para ser divulgado, o Brasil possui 5.507 municípios, dos quais 91,3% – ou 5.027 municípios – têm uma população de até cinquenta mil habitantes. E, entre esses, 81% – ou 4.073 municípios – têm menos de vinte mil habitantes.

Esses municípios menores não têm a mesma capacidade de organização e planejamento que os maiores. Seus administradores, não raro, são amadores, insipientes e incipientes.

Não foi por outra razão que o art. 63 da LRF dispensou-lhes um tratamento favorecido. Segundo esse dispositivo, esses municípios podem divulgar o relatório mencionado no art. 22<sup>26</sup> e no art. 30, § 4<sup>o</sup> (FRAGOSO, 1986, p. 147), ambos da LRF, duas vezes

por ano, ao final de cada semestre, e não três vezes por ano, ao final de cada quadri-  
mestre.

Além disso, o art. 64 da LRF cria, para a União, o dever de prestar aos Municípios “assistência técnica e cooperação financeira”, com o objetivo de modernizar-lhes as respectivas administrações tributária, financeira, patrimonial e previdenciária.

Tudo com o objetivo de facilitar o cumprimento das normas da LRF. Esse dever de assistência técnica consiste, basicamente, no treinamento e desenvolvimento dos quadros das Prefeituras e na “transferência de tecnologia”, com vistas a obter a maior transparência possível nas contas públicas. O dever de cooperação financeira corresponde à “doação de bens e valores, o financiamento por intermédio das instituições financeiras federais e o repasse de recursos oriundos de operações externas”<sup>27</sup>.

Será suficiente?

O eventual *descontrole* nas contas públicas advirá sempre de mal *planejamento*. Qual a sanção prevista no ordenamento jurídico à própria União, quando ela tardar em cooperar com os Municípios mais pobres e de menor população? Não se encontra na LRF e em nenhum outro dispositivo. Ao administrador do município pobre, que não tenha recebido o apoio necessário com vistas à profissionalização de seus quadros, será lícito direcionar punições severas? São perguntas que logo serão respondidas pelo Poder Judiciário, a quem caberá analisar as acusações dirigidas aos administradores.

É hora, porém, de tratar mais de perto das figuras penais contempladas na nova sistemática para proteger o equilíbrio das contas públicas propriamente dito. Em outras palavras, o *controle* da administração dessas contas.

Para tanto, a Lei n. 10.028/2000 acrescentou diversos dispositivos ao Código Penal. Não fez o que seria normal, isto é, acrescentar os artigos, numerando-os e, depois, renumerar os subseqüentes; normal e perfeitamente inócuo, pois o art. 359 é o antepe-

núltimo dispositivo do Código Penal. Parece, porém, que algumas das experiências passadas, em que inadvertidamente tentou-se renumerar dispositivos da Parte Especial do Código Penal, deixou marcas. Na presente experiência, a lei acrescentou oito tipos penais ao Código Penal e não o renumerou.

O resultado dessa operação causa perplexidade, pois o art. 359 do Código Penal – cujo *nomen iuris* é “desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito” – não tem absolutamente nada que ver com a questão tributária ou orçamental. Eis que, nesse caso, os acessórios não têm nada que ver com o principal.

O novo art. 359-A do Código Penal dispõe que constitui crime punido com pena de reclusão, de um a dois anos, “ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa”.

São condutas assemelhadas a essa as do administrador público que “ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo (...) com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal”<sup>28</sup> e a do que “ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo (...) quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei”<sup>29</sup>

O *nomen iuris* dessas três condutas é “Contratação de operação de crédito”, o que não deixa de ser uma impropriedade; não é criminosa a operação de crédito, mas aquela feita sem autorização legal ou com excesso em relação à autorização legal; indevida, portanto. O *nomen iuris* correto seria “Contratação irregular de operação de crédito”.

Figuras penais semelhantes passam a existir nos incisos XVII<sup>30</sup> e XX<sup>31</sup> do art. 1º do DL n. 201/67, que ameaçam seus autores com pena de detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos, além da perda do cargo público.

Todas essas condutas atentam, efetivamente, contra o objetivo de *controle das contas públicas*, na medida em que ampliam o seu déficit. Não merecem críticas, pois, com

relação à sua legitimidade penal. Da mesma forma os novos artigos 359-D – “Ordenação de despesa não autorizada”<sup>32</sup> – e 359-E – “Prestação de garantia graciosa”<sup>33</sup>. Ambas constituem estereótipos de condutas perigosas ou lesivas ao equilíbrio das contas públicas e ao patrimônio público como um todo.

Correta, pelos mesmos motivos acima citados, a incriminação, pelo art. 359-H, do Código Penal, da conduta de “ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia”. A única crítica que se lhe pode dirigir é relacionada ao seu *nomen iuris*: “Oferta pública ou colocação de títulos no mercado” não diz com precisão aquilo que prevê a norma. A pena de reclusão mais severa, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, está justificada pelo perigo que a conduta representa à economia popular.

Nenhuma das figuras típicas acrescentadas ao Código Penal pela Lei nº 10.028/2000, porém, parece mais justificada do que as dos artigos 359-C – com o *nomen iuris* de “Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura” – e 359-G – com o *nomen iuris* de “Aumento de despesas total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura”.

O art. 359-C do Código Penal ameaça com pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, a conduta de

“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”.

O art. 359-G do Código Penal ameaça com igual pena o administrador que “ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete

aumento de despesa total com pessoal, no cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura”.

São suficientes os episódios escandalosos de assunção de enormes dívidas pelos maus administradores, justo ao final de seus mandatos, as quais haverão de ser suportadas pelos seus sucessores, que ficam de pés e mãos atados no mandato subsequente. Há inúmeros políticos que parecem “especializados” em depauperar as reservas públicas, contabilizar ganhos políticos com isso e passar todo o mandato de seu sucessor – empenhado em recuperar o erário – a criticá-lo justamente pela ausência de obras. Era preciso pôr um fim nessas atitudes desleais e lesivas aos cofres públicos. Os novos tipos penais vieram a seu tempo.

O art. 359-G do Código Penal, sob o *nomen iuris* de “Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar”, ameaça com pena de seis meses a 2 (dois) anos o administrador que “ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei”.

Há, nesse tipo penal, a assimilação de duas condutas não equivalentes. É indiscutivelmente mais grave a conduta do administrador que “ordena ou autoriza a inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido previamente empenhada” do que a do administrador que “ordena ou autoriza a inscrição em restos a pagar de despesa que exceda limite estabelecido em lei”.

Não há justificativa para que esses dois tipos penais figurem no mesmo dispositivo legal que, assim, torna-se um *tipo misto cumulativo*. A primeira conduta tem um componente de fraude que a segunda não possui. O administrador que inclui nos restos a pagar uma despesa que não houvera sido previamente empenhada sabe ou deve saber que, com isso, favorece interesses privados em detrimento do erário. A conduta equivale, *mutatis et mutandis*, àquela prevista no art. 1º, inciso XII, do Decreto-lei n. 201/67<sup>34</sup>, do Prefeito Municipal que antecipa ou in-

verte a ordem de pagamento a credores do Município, sem ganho para o erário.

No segundo caso, a despesa existe, porque foi previamente empenhada, mas sua inclusão em restos a pagar é vedada, pois ela excede os limites legais. A segunda conduta põe em perigo o controle das contas, mas não lesa, por exemplo, outros credores do Estado. Sua gravidade é claramente menor.

Outro crime incluído no Código Penal, no novo art. 359-F, sob o *nomen iuris* de “não cancelamento de restos a pagar”, tem a seguinte redação: “Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei: pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”.

Essa nova conduta padece de alguns defeitos que não podem deixar de ser apontados. O primeiro deles diz com sua natureza jurídico-penal: é um *post factum* impunível.

O administrador público que inclui quantias em restos a pagar fá-lo porque pretende honrá-los. Pergunta-se: será ele punido duas vezes, uma porque incluiu e outra porque deixou de ordenar, autorizar ou promover o cancelamento da inclusão? Ora, indiscutível que a segunda conduta é um *post factum* impunível. Não se pune, pela prática de apropriação indébita, o autor de furto porque uma hipotética autoridade intima-o a devolver a coisa furtada e ele não o faz. Se não há como punir um fato que meramente exaure o primeiro crime, muito menos há como puni-lo duas vezes.

Outra questão. Como se dará o mecanismo por meio do qual o Administrador Público saberá que deve excluir aquelas quantias acima dos limites? Quem fará essa determinação? Deve ser alguém do mundo dos vivos, porque a lei não prevê prazo algum para que ocorra esse cancelamento. E aí outra pergunta ocorre. Se o prazo não nasce *ex vi legis*, quem o estabelece? Esse “alguém” fixará o prazo? Estar-se-á, então, diante de uma pessoa que ameaçará com pena criminal um Prefeito, um Governador ou um ou-

tro administrador, como, por exemplo, o Presidente do Supremo Tribunal Federal. Que pessoa será essa? É razoável que esse “estímulo” se verifique sob ameaça de pena criminal? Não parece que seja. Assim, prevêem-se problemas quase insolúveis para a aplicação do novo art. 359-F do Código Penal.

Aliás, esses mesmos problemas verificar-se-ão com a aplicação do art. 4º da Lei n. 10.028/2000, que acrescentou oito incisos ao art. 1º do Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967.

São condutas criminosas restritas aos administradores públicos municipais, razão pela qual uma indagação faz-se indispensável: por que somente eles?

Tome-se o novo inciso XXI do art. 1º do DL n. 201/67, que ameaça com a pena de detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos a conduta de “captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido”.

Se essa conduta é penalmente relevante – e a seguir-se o raciocínio até o momento desenvolvido ela o é, porque periclita o controle das contas públicas –, ela o é seja qual for o administrador público – que pode captar recursos via instituição de tributos, obviamente – envolvido. Se um Governador de Estado capta recursos nessas condições, coloca em perigo as contas públicas e atinge, ao mesmo tempo, a economia popular. Aliás, atinge a economia popular em um âmbito muito mais extenso do que aquele que poderia atingir um Prefeito Municipal. Pergunta-se, então, por que não tornar criminosa a conduta do Governador de Estado? Não há, na Lei n. 10.028/2000, qualquer conduta criminosa equivalente cujo autor típico seja Governador de Estado. Não há dúvidas de que os municípios representam, sob o prisma do equilíbrio geral das contas públicas, um perigo maior, pois são muitos e marcadamente amadores no que diz com a administração dos seus erários. Contudo, nada justifica que apenas os Pre-

feitos Municipais sejam ameaçados com pena criminal por condutas que desequilibram e põem em perigo as contas públicas e a economia popular. A mesma crítica pode ser feita com relação ao tipo do novo inciso XXII do art. 1º do Decreto-lei n. 201/67<sup>35</sup>.

Outros incisos, acrescentados ao art. 1º do Decreto-lei n. 201/67 – especificadamente os incisos XVI<sup>36</sup>, XVIII<sup>37</sup> e XIX<sup>38</sup> –, merecem crítica um tanto diversa. Eles não correspondem, nem de longe, a um conceito material de crime. Não há, nem nunca houve, clamor público para que essas condutas fossem proibidas sob ameaça de pena criminal; até porque os procedimentos implementados pela LRF ainda não são, hoje, mais do que uma experiência. Algumas das recalcitrâncias dos administradores públicos não serão graves o suficiente para terem exigido uma resposta penal aos seus autores; poderão constituir, simplesmente, sintoma de inadaptação.

Todas essas incriminações decorrem da ânsia dos ideólogos da responsabilidade fiscal em obter, a qualquer custo, a adesão dos administradores públicos à nova sistemática. Com elas, o Direito Penal não é utilizado como última *ratio* do controle social, senão como um instrumento de ameaça aos que não quiserem se enquadrar na nova sistemática.

Essa atitude é duplamente perigosa, como, aliás, acima já se escreveu. Em primeiro lugar, porque vulgariza o instrumento – Direito Penal – que passa a ser subalterno de uma política contingente. Em segundo lugar, porque subtrai o devido valor ao destinatário desse mesmo instrumento. O Administrador Público – e não apenas o eleito por seus pares, como é o caso do Prefeito Municipal, mas também aquele que exerce suas funções porque designado por uma autoridade hierarquicamente superior – tem uma importância política, para o concerto social, que não pode ser desprezada. A lei penal o etiquetará, transformando-o automaticamente em um criminoso, quando o máximo que se poderá dizer dele é que

é inepto, incompetente. Por duas vias, portanto, pode operar-se a deslegitimação da norma penal incriminadora, com prejuízos para toda a sociedade. Não se questiona a punição das condutas, mas o Direito Penal não é, definitivamente, o instrumento adequado para puni-las.

Os excessos penais da Lei n. 10.028/2000 chegam a um nível insuportável – um verdadeiro ponto de ruptura – com o inciso XXIII, que acrescenta ao art. 1º do Decreto-lei n.º 201/67. Como um símbolo, ele demonstra como os valores de uma política contingente não podem ser eleitos, *ipso facto*, como valores da sociedade.

O referido inciso ameaça com pena de detenção, de três meses a três anos, além da perda do cargo e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, o Prefeito Municipal que “realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei”.

O absurdo é evidente. Quem *recebe* transferência voluntária colabora para o equilíbrio das contas públicas do ente que administra, não para seu desequilíbrio. Pode colaborar para o desequilíbrio das contas públicas do ente que realiza a transferência. Não há, porém, fonte legal que crie o dever de equilibrar as contas públicas de outrem. O Administrador Público que *recebe* recursos para seu município não comete crime, ainda que o art. 1º, inciso XXIII, do Decreto-lei n. 201/67 diga o contrário. O *princípio da lesividade* deve estar presente em todo e qualquer tipo penal incriminador. Qualquer disposição em contrário é inconstitucional.

A ânsia pela submissão incondicional a uma nova política pública não pode ir até o ponto em que constitua abuso de um radical instrumento de controle como o Direito Penal. Ele é maior do que todas as políticas, contingentes por natureza. Ele não *pertence* ao Governo, por melhor que seja. Ele *pertence* aos cidadãos.

A advertência não é despidianda nem desimportante. O *princípio da lesividade*, como

pontua com precisão Nilo Batista<sup>39</sup> foi olvidado quando da construção de inúmeros tipos penais baseados na doutrina da Segurança Nacional. Não é preciso escrever mais para sublinhar sua importância para a construção de um Estado de Direito democrático.

### Notas

<sup>1</sup> Cf., a propósito Ella Wiecko Volkmer de Castilho (1998, p. 287): “No âmbito investigado, verifica-se que é o Banco Central quem decide, fundamentalmente, quais são os fatos que geram prejuízo ao sistema financeiro e que pessoas deverão se submeter à repressão penal. A seleção básica é feita mediante o uso de parâmetros pouco transparentes e dificilmente questionáveis em face do sigilo bancário. A quantificação e a qualificação das condutas excusadas é impossível. Mas (...) pode-se inferir que a filtragem é generosa. O que resta é muito pouco: uma média de 76 casos por ano em todo o Brasil”.

<sup>2</sup> Entram nessa categoria, com matizes diversos, cuja análise o tema deste trabalho não comporta, as Emendas Constitucionais números 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 27, 29, 30, e 31.

<sup>3</sup> A frase é a seguinte: “*Part of the motivation for the Act was to address New Zealand’s history of poor fiscal performance, to reduce public debt (...) and to improve fiscal management*” (Tradução livre: “Parte da motivação da lei foi endereçada ao pobre desempenho fiscal da nova Zelândia em reduzir a dívida pública e em melhorar o gerenciamento fiscal”) (Disponível em: <http://www.treasury.govt.nz/legislation/fra/explanation/>).

<sup>4</sup> “Dispõe sobre a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”.

<sup>5</sup> Trecho original, para conferência: “*Administrative practice had also increased the transparency of the fiscal position and extended the period for budget reporting from one to three years*” (Disponível em: <http://www.treasury.govt.nz/legislation/fra/explanation/>).

<sup>6</sup> Trecho original, para conferência: “*All financial statements included in reports required under this Act shall be prepared in accordance with generally accepted accounting practice*” (Disponível em: <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/1994/se/017se5.html>).

<sup>7</sup> “Além de obedecer às demais normas de contabilidade pública, a escrituração das contas públicas observará as seguintes: I – a disponibilidade de caixa constará de registro próprio, de modo que os recursos vinculados a órgão, fundo ou despesa obrigatória fiquem identificados e escriturados de forma individualizada; II – a despesa e a assunção de compromisso serão registrados segundo o regime de competência, apurando-se, em caráter suplementar, o resultado dos fluxos financeiros pelo regime de caixa; III – as demonstrações contábeis compreenderão, isolada ou conjuntamente, as transações e operações de cada órgão, fundo ou entidade da administração direta, autárquica e fundacional, inclusive empresa estatal dependente; IV – as receitas e despesas previdenciárias serão apresentadas em demonstrativos financeiros e orçamentários específicos; V – as operações de crédito, as inscrições em Restos a Pagar e as demais formas de financiamento ou assunção de compromissos junto a terceiros, deverão ser escrituradas de modo a evidenciar o montante e a variação da dívida pública no período, detalhando, pelo menos, a natureza e o tipo de credor; VI – a demonstração das variações patrimoniais dará destaque à origem e ao destino dos recursos provenientes da alienação de ativos. § 1º No caso das demonstrações conjuntas, excluir-se-ão as operações intragovernamentais; § 2º A edição de normas gerais para consolidação das contas públicas caberá ao órgão central de contabilidade da União, enquanto não implantado o conselho de que trata o art. 67. § 3º A Administração Pública manterá sistema de custos que permita a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial”.

<sup>8</sup> A tradução, no texto, é livre. Trecho original, para conferência: “*The Act (refere-se ao “Fiscal Responsibility Act 1994”) sets out to do five things: increase the transparency of policy intentions and the economic and fiscal consequences of policy; bring a long-term (as well as an annual) focus to budgeting; disclose the aggregate impact of a Budget in advance of the detailed annual budget allocations; ensure independent assessment and reporting of fiscal policy; and facilitate parliament and public scrutiny of economic and fiscal information and plans*” (Disponível em: <http://www.treasury.govt.nz/legislation/fra/explanation/>).

<sup>9</sup> Trecho original, para conferência: “*the principles of responsible fiscal management are: a) reducing total Crown debt to prudent levels so as to provide a buffer against factors that may impact adversely on the level of total Crown debt in the future, by ensuring that, until such levels have been achieved, the total operating expenses of the Crown in each financial year are less than its total operating revenues in the same financial year; and b) once prudent levels of total Crown*

*debt have been achieved, maintaining these levels by ensuring that, on average, over a reasonable period of time, the total operating expenses of the Crown do not exceed its total operating revenues; and c) achieving and maintaining levels of Crown net worth that provide a buffer against factors that may impact adversely on the Crown's net worth in the future; and d) managing prudently the fiscal risks facing the Crown; and e) pursuing policies that are consistent with a reasonable degree of predictability about the level and stability of tax rates for future years*" (Disponível em: <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/1994/se/017se4.html>).

<sup>10</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Lei de responsabilidade fiscal: competência tributária, arrecadação e renúncia*. Ensaio (no prelo).

<sup>11</sup> "O agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. (...) Em primeiro lugar, limitar-nos-emos, de um modo mais pragmático, a por sumariamente em relevo as características essenciais de três grupos de direitos que, no mundo contemporâneo, ocupam incontestavelmente uma situação proeminente: família romano-germânica, família da common law, família dos direitos socialistas" (DAVID, 1978, p. 44).

<sup>12</sup> Aproximadamente 267.844 quilômetros quadrados.

<sup>13</sup> Aproximadamente 251.273 quilômetros quadrados.

<sup>14</sup> Aproximadamente 277.401 quilômetros quadrados.

<sup>15</sup> Cf. o muito bem feito resumo a respeito do tema em Paulo Bonavides: "A expansão industrial do século XX, o considerável alargamento das vias de comércio entre os Estados, o imenso progresso tecnológico de caráter unificador, a propagação das ideologias que apagam e crestam as variações do particularismo político, erigindo camadas maciças e uniformes de opinião, o conseqüente incremento da legislação social apaziguadora do conflito entre o trabalho e o capital e o excesso de dirigismo econômico se apresentam como fatores da transformação já operada. Tal transformação, sacrificando a competência efetiva dos Estados-membros, deixou quase revogada a lei da autonomia, fez do intervencionismo estatal necessidade indeclinável à subsistência mesma do Estado federal, tornou o poder central mais sensível e sujeito ao influxo maior da massa nacional dos cidadãos que ao influxo dos Estados-membros, colocou os Estados, em face da deficiência de seus recursos, debaixo da servidão financeira do poder federal (de sorte que já não podem estes sobreviver fora das subvenções do erário da União) e desenvolveu em suma nos cidadãos

mesmos certo sentimento de menoscabo ou de ruínosa indiferença às prerrogativas autonomistas das unidades componentes, o que, em algumas Federações, como o Brasil e os Estados Unidos, veio avolumar as correntes de opinião mais favoráveis aos interesses da União, identificados portanto com o interesse nacional, contraposto ao dos Estados, o qual se principiou a condenar por representativo de formas de egoísmo e particularismo" (1994, p. 89).

<sup>16</sup> O termo foi grafado entre aspas por ter sido usado em uma acepção mais ampla do que a que lhe dá José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 348): "Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário".

<sup>17</sup> "Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no *caput*, no que se refere aos impostos".

<sup>18</sup> Cf. GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Lei de responsabilidade fiscal: competência tributária, arrecadação e renúncia*. Ensaio (no prelo): "Sendo o exercício da competência tributária uma prerrogativa legislativa, e inexistindo mecanismos na Magna Carta Constitucional que obriguem o legislativo a criar tributos, a facultatividade é ilação necessária a que se chega da interpretação sistemática do Texto Constitucional e por esta razão não se pode afirmar, em relação à competência tributária, que a inércia do legislador caracterizaria uma omissão inconstitucional. (...) Quanto ao comando legal dirigido aos (...) gestores da administração pública para instituírem tributos sob pena de responsabilização, importante destacar a imprecisão técnica da mencionada regra. (...) a instituição de tributos é aptidão legislativa, que por esta razão integra as atribuições constitucionais do Poder Legislativo, nas esferas Federal, Estadual, Municipal e Distrital".

<sup>19</sup> Apenas para que não fique sem qualquer referência o absurdo, ele consiste no seguinte: a Lei n. 10.028/2000 acrescentou um art. 41-A à Lei n. 1.079/50, com a seguinte redação: "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. 8.038, de 28 de maio de 1990, permitido, a todo cidadão, o oferecimento da denúncia". Os equívocos são inúmeros. Em primeiro lugar, não há "prerrogativa de foro" para as

autoridades acusadas com base na Lei n. 1.079/50. As Casas Legislativas competentes para julgá-las não correspondem aos tribunais, que substituem aos juízes nos processos contra certas autoridades e, com isso, constituem-se num privilégio estabelecido *ratione muneris*. Em segundo lugar, a ação penal intentada com base nessa lei não é penal, mas política. Finalmente, a invocação da Lei n. 8.038/90 é totalmente indevida, pois esse diploma foi concebido para o processo judicial, o que não ocorre com as infrações políticas da Lei n. 1.079/50. O transplante das técnicas procedimentais do processo judicial para o processo de *impeachment* é totalmente inconveniente. Essa matéria é reservada aos regimentos internos das respectivas casas legislativas, constituindo questão *interna corporis*.

<sup>20</sup> Contra, SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Atualizado por Guillermo J. Ferro. 5. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992. p. 58-59, para quem a expressão “política criminal” refere-se unicamente à corrente doutrinária encabeçada na Alemanha pelo austríaco Franz von Liszt (“*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*”, de 1881 e “*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*”, de 1905), na Bélgica por Adolphe Prins (“*Criminalité et répression*”, de 1886 e sobretudo “*Science pénale et droit positif*” de 1899), na Holanda por Gerhard Adolf van Hamel (“*Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht*”, 3ª edição em 1913) e na França por Emile Garçon (“*Code Pénal annoté*, de 1901 a 1911 e “*Société Générale des Prisons*”, de 1908) e que se caracterizou pelas teses seguintes: luta contra as penas privativas de liberdade de curta duração, ampliação dos sistemas de liberdade condicional e de condenação condicional, aceitação das medidas de segurança nos códigos penais, proclamação da necessidade de critérios científicos obtidos pela sociologia e pela antropologia para a criação de tipos penais incriminadores, e proclamação da necessidade de que o legislador não concentre sua tarefa penal na criação de tipos penais incriminadores, mas também na criação de mecanismos preventivos. De fato, a expressão “política criminal” surgiu para o mundo do direito penal com a obra inovadora de Franz von Liszt e seu “Programa de Marburgo”, exposto no ensaio “*Der Zweckgedanke im Strafrecht*” (publicado na página 1 e seguintes do volume 3 do periódico alemão *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*” de 1883 e na coletânea “*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*” editada em 1905, em Berlim). Mas o certo é que sobreviveu a ele e é uma preocupação metodológica atual. O próprio Sebastián Soler admite que a política criminal pode “seguir sendo concebida, com von Liszt, como um campo no qual se procura conciliar as conclusões da ciência com as exigências da política, conservando-se assim a pureza metódica da

primeira e freando as improvisações da segunda” (trecho original: “*seguir siendo concebida, con von Liszt, como un campo en el cual se procura conciliar las conclusiones de la ciencia con las exigencias de la política, conservandos así la pureza metódica de la primera y frenando las improvisaciones de la segunda*”). Hoje, inclusive, a Organização das Nações Unidas (ONU) utiliza a expressão para designar o conjunto de critérios orientadores da legislação penal, bem como as políticas tendentes a prevenir as diversas formas de criminalidade (cf. FRAGOSO, 1968, p. 17).

<sup>21</sup> FEUERBACH, Paul Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen rechts*, 1801 apud DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992. p. 24: para o penalista bávaro, política criminal é “o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime”.

<sup>22</sup> A tradução é livre. Eis o texto original, para conferência: “*Exteriormente considerado, el derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable: sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que éstas se conectan son – en principio – los más intolerables para el sistema social*” (1987, p. 27).

<sup>23</sup> “ofensa feita à parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de piedade e de probidade (...) que se considera patrimônio moral indispensável de todos os indivíduos em sociedade” (1925, p. 64).

<sup>24</sup> Lei n. 10.028/2000, § 1º do art. 5º.

<sup>25</sup> Lei n. 10.028/2000, § 2º do art. 5º.

<sup>26</sup> “A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos artigos 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre”. O art. 19 da LRF fixa os limites orçamentários para os gastos com pessoal (50% para a União e 60% para os Estados e Municípios) e o art. 20 define a “repartição dos limites globais” de comprometimento das receitas orçamentárias.

<sup>27</sup> LRF, art. 64, § 2º.

<sup>28</sup> Código Penal, art. 359-A, parágrafo único, inciso I.

<sup>29</sup> Código Penal, art. 359-A, parágrafo único, inciso II.

<sup>30</sup> “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”.

<sup>31</sup> “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”.

<sup>32</sup> “Ordenar despesa não autorizada por lei: pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.

<sup>33</sup> “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”.

<sup>34</sup> “São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (...) antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do município, sem vantagem para o erário”.

<sup>35</sup> “Ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou”. A pena é de detenção, de três meses a três anos, além da perda do cargo e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

<sup>36</sup> “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”. A pena é de detenção, de três meses a três anos, além da perda do cargo e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

<sup>37</sup> “Deixar de promover ou 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”. A pena é de detenção, de três meses a três anos, além da perda do cargo e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

<sup>38</sup> “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”. A pena é de detenção, de três meses a três anos, além da perda do cargo e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

<sup>39</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 91-92: “À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar

a intervenção penal. No campo dos crimes políticos, qualquer lei inspirada na doutrina da segurança nacional contém dispositivos violadores do princípio da lesividade, porque perante aquela doutrina a dissidência política toma as cores de ‘inimigo interno’ e provoca ‘um processo de criminalização’ (GARCÍA MENDEZ, Emilio. *Autoritarismo y control social*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1987, p. 106)”.

## Bibliografia

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1987.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CASTILHO, Ella W. Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. n. 21.
- GAROFALO, Rafaella. *Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal*. Tradução de Julio de Mattos. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1925.
- KHAIR, Amir Antônio. *Lei de responsabilidade fiscal: guia de orientação para as prefeituras*. Brasília: Ministério do Planejamento e Gestão, 2000.
- MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: RT, 1986.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 5.
- WENDPAP, Friedman Anderson. LRF ou LRF-mi? *Jornal da Justiça Federal do Paraná: Informativo da Seção Judiciária do Paraná*. Curitiba: Justiça Federal, n. 28, p. 10, fev./mar. 2001.