
A GESTÃO FISCAL E O CRIME DE CONTRATAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CRÉDITO

Manoel Cabral Machado Neto, Assessor Técnico

1- CONSIDERAÇÕES GERAIS.

A realidade vivida por este país, antes do advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, evidenciava comportamentos e situações de profunda desorganização e falta de seriedade para com os recursos públicos.

Era tradição entre os nossos administradores públicos a realização de gastos exacerbados, ultrapassando e exorbitando a programação dos orçamentos. Esta prática pode ser simbolicamente representada por uma “bola de neve”, que descia do pico da montanha de maneira incontrolável, despejando toda sua força, muito difícil de ser suportada, sobre os eventuais sucessores.

Havia controles e meios que, concatenando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, buscavam barrar os desmandos e buscar o ressarcimento do abalado erário.

Entretanto, os tipos e modalidades de controles que existiam e que ainda persistem, tais como o Mandado de Segurança, a Ação Popular, o controle interno exercido por cada Poder Constitucional, o controle externo de legalidade, legitimidade, operacional, o financeiro e o orçamentário, todos feitos pelo Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas, ou então, a fiscalização feita pelo Ministério Público, por meio de Ações de Improbidade Administrativa, exigiam um reforço frente à voraz irresponsabilidade dos administradores.

A irresponsabilidade era tão crescente que até a opinião pública passou a clamar por uma maior responsabilização e eficiência no controle do orçamento público. Além disso, autores de escol como Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini afirmam que o Fundo Monetário Internacional, principal parceiro do Brasil nas relações econômicas a nível internacional, passou a exigir o incremento da fiscalização das finanças públicas, inclusi-

ve como condição para empréstimos e ajudas futuras. Tudo com apoio do Banco Mundial e dos países que integram o G7.

Neste contexto, no dia 4 de maio de 2002, foi sancionada a Lei Complementar nº 101/2000, a famosa e propalada Lei de Responsabilidade Fiscal que estabelece normas regulamentadoras das finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, dando outras providências. Ela se apóia em quatro alicerces. São eles: planejamento, transparência, controle e responsabilização.

Mais tarde, para enrijecer ainda mais este controle, foi sancionada a Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, prevendo condutas criminosas relacionadas com as finanças públicas.

Efetivamente, havíamos dado um importante passo na busca de uma maior responsabilidade no trato do Erário. E isto pôde ser constatado por meio de um fato concreto. A preocupação que surgiu com a novel lei foi tão intensa, que é notório o levante de grande número de Prefeitos Municipais, empossados em 1º de janeiro de 2001, rumo a Brasília, para principalmente reivindicar a alteração do prazo de vigência.

Verifiquemos, então, o crime de contratação de operação de crédito previsto no artigo 359-A do Código Penal.

2 - ARTIGO 359-A. CONTRATAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CRÉDITO

2.1 – Descrição

O crime descrito no artigo 359-A possui o *nomen iuris* “contratação de operação de crédito”. Há críticas sobre esta denominação, uma vez que não há delito em se contratar operação de crédito, mas, isto sim, em fazê-lo sem a autorização legal ou extrapolando os termos de lei existente.

Vejamos a sua redação:

Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa:

Pena – reclusão de um a dois anos.

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

I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei

**ou em resolução do Senado Federal.
II – quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.**

Desde já, evidencia-se que se trata de uma norma penal em branco, ou seja, trata-se de uma norma que descreve uma conduta carente de completude. Com efeito, o comportamento delitivo é descrito incompletamente, exigindo-se um complemento legal.

Conclui-se, também, que se trata de um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, uma vez que o tipo penal descreve várias modalidades de realização do crime. Caso o agente venha a cometer mais de uma conduta descrita no tipo, ele responderá por delito único, ante a aplicação do Princípio da Alternatividade.

2.2 – Objetividade Jurídica

O objeto jurídico de um crime é o bem ou o interesse tutelado pela norma penal.

O crime de contratação de operação de crédito possui duas objetividades jurídicas:

- a) O equilíbrio do Orçamento Público;
- b) O controle legislativo dos Gastos Públicos.

2.3 – Sujeitos do Delito

O sujeito ativo do delito é o agente público que possui atribuição para ordenar, autorizar ou realizar a contratação de operação de crédito. Trata-se, portanto, de um crime próprio, ou seja, só pode ser cometido por uma categoria de pessoas, pois exige que o agente tenha uma condição ou qualidade pessoal.

Aquele que não é agente público também poderá responder pelo delito. A qualidade de agente público é uma elementar subjetiva e, por força do artigo 30 do Código Penal, ela se comunica ao *extraneus* que age em co-autoria ou participação, desde quando este conheça a qualidade aludida em seu parceiro do crime.

Os sujeitos passivos do delito são os entes que possuem orçamento, isto é, a União, Estados, Distrito Federal, autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresa pública, etc.

2.4 – Tipo Objetivo

Três são os núcleos do delito:

-
- a) Ordenar: mandar, determinar;
 - b) Autorizar: conferir autorização;
 - c) Realizar: efetuar, pôr em prática.

O conceito de contratação de operação de crédito vem disposto no inciso III do artigo 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal, com a seguinte redação:

É o compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.

A contratação pode ser interna, ou seja, feita em nosso país, bem como externa, isto é, realizada com o exterior. Neste último caso, ela depende de autorização específica do Senado Federal (Lei Complementar nº 101/00, artigo 32, parágrafo 1º, inciso IV).

Como se observa acima, para que se configure o delito é necessário que as condutas ocorram **“sem prévia autorização legislativa”**. Esta expressão é o elemento normativo do tipo, exigindo-se do intérprete um juízo de valoração. A doutrina costuma classificar os delitos que possuem em seu bojo elementos normativos como tipos anormais. O professor Fernando Capez, em seu *Curso de Direito Penal – Parte Geral – Volume 1*, 2002, 4ª edição, Saraiva, pág. 173, leciona:

“Os tipos que possuem elementos normativos são considerados anormais: alargam muito o campo de discricionariedade do julgador, perdendo um pouco de sua característica básica de delimitação”.

2.5 – Consumação e Tentativa

A consumação ocorre, quando a conduta é **ordenar ou autorizar**, com a mera ordem ou autorização. Representam, portanto, crimes formais. Caso a contratação de operação de crédito ocorra, estaremos diante

de um mero exaurimento do delito.

Já quando se fala no comportamento de **realizar**, o crime resta consumado quando efetivamente a contratação de operação de crédito ocorre. Evidencia-se, portanto um crime material.

A doutrina entende possível a tentativa destes delitos, porém manifesta que é difícil a sua verificação.

2.6 – Tipo Subjetivo

As condutas acima descritas somente são puníveis a título de dolo, ou seja, o agente tem a vontade livre e consciente de ordenar, autorizar ou realizar a contratação de operação de crédito, ciente da inexistência de autorização legislativa.

A modalidade culposa não é admitida.

2.7 – Figuras típicas equiparadas ao *caput*

No parágrafo único, vislumbram-se condutas que são equiparadas ao comportamento ilícito constante no *caput*.

Nas mesmas penas do *caput*, incorre aquele que ordena, realiza ou autoriza a contratação de operação de crédito, interno ou externo:

- a) com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal;
- b) quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

Sobre o conceito de dívida consolidada, ou fundada, entende-se aquele previsto no artigo 29, inciso I, da Lei de Responsabilidade Fiscal:

Dívida consolidada ou fundada é o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior de 12 meses.

Assim, a diferença fundamental entre as condutas do *caput* e as previstas no parágrafo único é que as primeiras são cometidas quando não existe prévia autorização legislativa, enquanto as últimas se concretizam violando-se autorização legislativa em vigor.

3 - IMPORTANTES CONSIDERAÇÕES

3.1 - Os crimes descritos são todos apurados por meio de Ação Penal Pública Incondicionada. Havendo justa causa, isto é, indícios suficientes de autoria e materialidade do delito, o Ministério Público deverá instaurar a *persecutio criminis in iudicio*, de forma oficial, oficiosa, obrigatória, indivisível e indisponível.

3.2 - A doutrina, liderada pelo sempre lembrado Prof. Damásio E. de Jesus (*Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, Saraiva, 2001, pág. 611), evidencia a possibilidade de aplicação, em tese, de uma causa excludente de ilicitude, qual seja, o estado de necessidade.

Situações como a seca ou inundações criam um alto número de pessoas flageladas, as quais necessitam, urgentemente, de atendimento e socorro por parte do Estado.

Em tese, situações semelhantes a estas permitiriam que o administrador público se afastasse dos ditames legais de observância obrigatória para a contratação de operação de crédito, obtendo recursos para conferir o mínimo de dignidade para as pessoas que viessem a sofrer por conta de calamidades da natureza.

Não se quer aqui dizer que o administrador poderá agir a seu bel-prazer. Mas que, diante do confronto entre o bem jurídico tutelado pela norma penal e as súplicas de grande número de administrados afetados em sua dignidade humana, é possível flexibilizar a norma jurídico-repressiva para que o administrador não reste “engessado” no seu *munus*, cuja finalidade é única, isto é, o bem-estar de seus administrados.

3.3 - Autores como Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes (*Crimes de Responsabilidade Fiscal*, 1ª edição, RT, 2001), que cultuam o Princípio da Ofensividade, manifestam o entendimento de que só há crime se a operação de crédito contratada for de valor expressivo. Do contrário, não haveria lesão ou perigo de lesão concreta ao orçamento público.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na verdade, não é por meio de leis que o Brasil deixará aquela imagem que nos vem quando nos reportamos à administração do dinheiro público. O mais eficiente combate aos comportamentos acima mencionados, sem dúvida, é a consciência do gestor da coisa pública. Merecem ser transcritas as palavras do Desembargador Régis Fernandes de Oliveira, em seu livro *Responsabilidade Fiscal*, 1ª ed., RT, 2001, pág. 5:

“O administrador público não só tem que parecer honesto, como tem o dever de assim se comportar. Independentemente de ser um princípio constitucional previsto no artigo 37 da Constituição da República, há o dever ético de ter conduta impecável. Não se trata do fato de confundir princípios morais com jurídicos. Cuida-se da incorporação de deveres éticos ao ordenamento normativo. As condutas humanas são captadas, como ímã, da realidade fática e trazidas ao mundo jurídico”.

“Ser probo na gestão de cargo ou função pública deixa de ser seu pressuposto ou mera obrigação moral para constituir-se em dever jurídico”.

BIBLIOGRAFIA:

GOMES, Luiz Flávio... *et alii*. *Crimes de responsabilidade fiscal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

Oliveira, Régis Fernandes de. *Responsabilidade fiscal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

Capez, Fernando. *Curso de direito penal – Parte Geral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Delmanto, Celso...*et alii*. *Código penal comentado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.