

**ASPECTOS RELEVANTES DO ARTIGO 42 DA LEI DE
RESPONSABILIDADE FISCAL INCIDENTES SOBRE AS CONTRATAÇÕES
REALIZADAS PELOS MUNICÍPIOS**

GENEVIEVE ALINE ZAFFANI GRABLAUSKAS GOMES¹

CLEUSA APARECIDA DA COSTA MAIA²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os aspectos relevantes do artigo 42 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, incidentes sobre as contratações realizadas pelos municípios nos dois últimos quadrimestres do último ano de mandato do Chefe do Poder Executivo municipal. Examinando a legislação em vigor, serão verificadas as formas de obediência ao dispositivo legal pelos municípios, observando-se também o entendimento dos Tribunais de Contas do Estado de São Paulo e da União, além da visão do Poder Judiciário em explanação de julgamentos de casos concretos. Por fim, serão examinadas as consequências da desobediência ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, com enfoque na Lei Federal nº 10.028/00, cujo teor alterou o Código Penal, e a Lei Federal nº 8.429/92, que dispõe sobre a improbidade administrativa.

Palavras-chaves: Lei de Responsabilidade Fiscal; Artigo 42 da Lei Complementar nº 101/00; Obrigação de Despesa; Disponibilidade de Caixa; Restos a Pagar.

¹ Procuradora Nível III do Município de Diadema, Especialista em Direito Municipal e Políticas Públicas.

² Procuradora Nível VI do Município de Diadema, Professora do Curso de Direito da Universidade Bandeirante Anhanguera, Especialista e Direito Constitucional, Mestre em Direito Constitucional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	03
1 - A LEI COMPLEMENTAR Nº 101, DE 04 DE MAIO DE 2000.....	05
1.1 – O artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.....	06
2 – AS LICITAÇÕES E OS AJUSTES FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS DOIS ÚLTIMOS QUADRIMESTRES DO MANDATO ELETIVO	14
3 - A APLICAÇÃO DO ARTIGO 42 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL..	15
3.1 – A visão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Tribunal de Contas da União.....	15
3.2 – A visão do Poder Judiciário.....	19
4 – CONSEQUÊNCIAS DA DESOBEDIÊNCIA À LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL.....	22
CONCLUSÃO.....	27
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	29

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo abordar tema de Direito Público, especialmente na área do Direito Administrativo, com enfoque nas licitações e contratações da Administração Pública perpetradas na esfera municipal.

Nesse âmbito, serão discutidos especificamente os reflexos e eventuais limitações de uma das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal nas licitações e contratos celebrados pela Administração Pública durante um determinado período, qual seja, os dois últimos quadrimestres do mandato eletivo do Prefeito Municipal.

Trata-se de um tema de absoluta relevância e atualidade, tendo em vista a obrigatoriedade da Administração Pública nortear seus atos em consonância com a legislação vigente.

A aplicação do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal deverá ser observada em todos os municípios do País, de modo a coibir atos do administrador público que impliquem em gastos dispensáveis, os quais não terão necessariamente continuidade no exercício subsequente, objetivando um melhor gerenciamento da verba pública e evitando o comprometimento do erário para a gestão sucessora.

De um modo geral, esse assunto, em que pese bem sedimentado pela doutrina, ainda acarreta discussões perante os entes públicos na época que antecede o pleito eleitoral, gerando reflexos desde o planejamento das licitações previstas nos meses anteriores ao estipulado no regramento.

Em virtude de sua natureza pontual e temporária, a limitação legal enseja adequações na rotina dos procedimentos administrativos e contábeis voltados a qualquer contratação de despesa que possa ultrapassar o último ano de mandato do Chefe do Executivo, ressalvados os casos em que exista disponibilidade de caixa para cobrir integralmente o gasto pactuado.

Uma preocupação mais evidente se consubstancia nas contratações de prestação de serviços continuados, os quais, muitas vezes, são essenciais à população e, por consequência, não podem sofrer solução de continuidade mesmo no momento de transição do governo local. A execução de determinados serviços deve se estender ao próximo exercício para que não ocorra, por exemplo, o desabastecimento de refeições aos pacientes internados em hospital municipal no primeiro dia do ano subsequente ao término do mandato, momento em que toma posse o novo Chefe do Executivo.

No entanto, muito embora a Lei Complementar nº 101/2000 esteja em vigor há mais de uma década, não há uma regulamentação precisa e específica aos procedimentos práticos da regra veiculada no artigo 42, ficando ao encargo dos municípios interpretá-la e aplicá-la de acordo com os parâmetros do sistema normativo brasileiro.

A hipótese que se pretende levantar consiste em uma possível solução prática de obediência à citada lei, mas sem perder de vista os princípios da eficiência,

razoabilidade e economicidade, proporcionando ao administrador público e aos funcionários que atuam diretamente no gerenciamento da verba pública, uma transição de governo mais transparente, sempre em atenção ao interesse público.

Tendo em vista a hipótese demonstrada, objetiva-se com o presente estudo: especificar as condições e modos de aplicação do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal nas licitações e na execução dos contratos firmados pela Administração Pública municipal; analisar as diferentes correntes doutrinárias e o posicionamento do Poder Judiciário acerca do tema; verificar os parâmetros dos Tribunais de Contas na avaliação do cumprimento dessas exigências legais pelos seus entes fiscalizados e, por fim, examinar as consequências resultantes da desobediência aos dispositivos legais sobreditos.

Para o alcance e desenvolvimento do trabalho pretendido, será utilizada metodologia predominantemente legalista e dogmática, tendo como fontes de pesquisa mais relevantes o próprio texto e interpretação dos preceitos constitucionais e legais afetos ao tema, os princípios gerais do direito, a doutrina, a jurisprudência dos Tribunais Superiores e o posicionamento dos Tribunais de Contas, extraindo o enfoque normativo do tema proposto.

O ápice da explanação verificar-se-á no momento da análise da Lei de Responsabilidade Fiscal e seus reflexos na rotina da Administração Pública municipal durante o último ano de mandato do Chefe do Executivo, observando-se o posicionamento dos órgãos fiscalizadores e do Judiciário, bem como as peculiaridades da atuação municipal diante da problemática. Em última proposição, será abordada breve alusão às possíveis consequências e responsabilizações do descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal em âmbito municipal. Na conclusão, serão apresentadas algumas possíveis soluções para atendimento à lei sem prejuízo dos trabalhos realizados diuturnamente pelos servidores.

Pretende-se, diante do breve exposto, promover ao final do trabalho uma inteligência mais apurada desta peculiar repercussão da Lei de Responsabilidade Fiscal às licitações e contratos da Administração Pública, colaborando para a compreensão aprofundada do assunto, em benefício a um melhor gerenciamento e controle das contas públicas municipais.

1 - A LEI COMPLEMENTAR Nº 101, DE 04 DE MAIO DE 2000

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, veio disciplinar no ordenamento jurídico as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI, da Constituição Federal, notadamente os artigos 163 e 169.

Muito embora o apelido da lei não corresponda fielmente ao seu conteúdo, tal diploma legal, ao disciplinar o capítulo relativo às finanças públicas da Carta da República, implantou um sistema de gestão fiscal baseado na transparência e na responsabilidade, os quais configuram seus mais significativos e maiores pilares.

Dentre as fontes de inspiração à Lei de Responsabilidade Fiscal pode-se citar o Tratado de Maastricht, da Comunidade Europeia; a metodologia aplicada pela Nova Zelândia, denominada de *Responsibility Fiscal Act*; assim como a vivência dos Estados Unidos na direção do Fundo Monetário Internacional. (TOLEDO JÚNIOR, ROSSI, 2001, pp. 37 a 40).

De acordo com a manifestação de Kiyoshi Harada, a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, de um lado, surgiu como consequência natural da irreversibilidade da globalização econômica e, de outro lado, como resposta do governo central ao clamor público que se levantou contra os atos de improbidade então reinantes, de forma acentuada, no âmbito dos entes componentes da Federação e nas três esferas de Poder. (HARADA, 2002, p. XV).

Na verdade, o advento desse diploma legal só se tornou realidade no Brasil em razão de imposição do Fundo Monetário Internacional, integrando o conjunto de medidas impostas pelo órgão internacional ao País, objetivando instituir um regime fiscal responsável, com o escopo de reduzir o déficit público, controlar as contas públicas e estabilizar o montante das dívidas internas e externas, em relação ao Produto Interno Bruto – PIB. (ALVES, GOMES, AFFONSO, 2002, p. 1).

De acordo com a lição de Flávio C. de Toledo Júnior e Sérgio Ciquera Rossi, apesar da Lei de Responsabilidade Fiscal não enunciar declaradamente os princípios básicos de responsabilidade no trato do dinheiro público, denota-se como intenções essenciais, verdadeiros princípios intrínsecos à lei, os da prevenção de déficits imoderados e injustificados; da diminuição do estoque da dívida em nível equivalente à capacidade de geração de receita do ente federado; da valorização do processo de planejamento orçamentário; da política tributária previsível e controlada; da

transparência na aplicação do dinheiro público; e da preservação do patrimônio público. (TOLEDO JÚNIOR, ROSSI, 2001, pp. 41 a 43).

O escopo da Lei de Responsabilidade Fiscal consiste justamente em corrigir a atuação dos entes públicos de todas as esferas de governo na condução do gerenciamento de suas despesas, face as suas receitas. Essa normatização prevê limites de gastos subordinados às receitas aferidas, impondo um melhor controle no planejamento governamental, conferindo transparência das ações dos gestores perante os administrados, devendo os detentores do poder responder pelos atos praticados quando em dissonância ao texto legal.

Na concepção de Ives Gandra da Silva Martins, a Lei Complementar n. 101/2000 representa o mais avançado instrumento legislativo da história brasileira para controle dos orçamentos. (MARTINS, 2001, p. 165).

Ao discorrer sobre questões atinentes à Constituição e a Lei Complementar nº 101/2000, Estevão Horvath anuncia que o que se almeja na gestão da coisa pública é a eficiência, da mesma forma que se deseja que o administrador aja com responsabilidade. Isto se afere mediante o controle de resultados, objetivo este que está evidenciado em todos os pontos da lei em apreço. (HORVATH, 2001, p. 162).

Tal instrumento normativo representa uma nova fase para o gerenciamento público dos entes federados brasileiros. Coloca em foco a responsabilidade e a transparência na forma de gestão do dinheiro público. A inovação legislativa trouxe, por fim, além de muitas diretrizes ao detentor do poder, uma importante regra especial, que vale para o último ano de mandato do Prefeito municipal.

1.1 – O artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal

O artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, inserto no Capítulo VII – Da Dívida e do Endividamento, Seção VI – Dos Restos a Pagar, assim estabelece:

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

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

Nos termos desse dispositivo legal, não se pode contrair obrigação de despesa que não possua lastro financeiro durante os últimos oito meses do mandato, quer seja para pagamento, integralmente, naquele exercício, quer seja para pagar eventuais parcelas que restarem para outro exercício financeiro.

Buscando alicerce na Constituição Federal, observa-se, no artigo 167, inciso II, a diferença entre a realização de despesas e a assunção de obrigações. A realização de despesas depende de seu regular empenhamento. Todavia, a assunção de obrigações, que guarda relação direta com o conceito de contrair obrigação de despesa, não prescinde de empenho, basta a simples reserva orçamentária.

Contrair obrigação de despesa pode decorrer de qualquer ato ou fato que imponha à Administração a obrigatoriedade de realizar despesa. (FIGUEIREDO, FERREIRA, RAPOSO, BRAGA, NÓBREGA, 2001, p. 225).

Em consequência da aplicação do princípio contábil da competência da despesa, a obrigação de despesa de que trata o art. 42 da LRF, quando do final do exercício, seria praticamente sinônimo de despesa liquidada ou em execução, que deveria ter o seu pagamento efetuado dentro ainda do exercício financeiro ou, no mínimo, haver recursos em caixa disponíveis, neste mesmo exercício, para satisfação da obrigação, ainda que o pagamento ocorresse no exercício seguinte.

Verifica-se que o escopo do legislador se consubstancia justamente em evitar que se perpetuem transferências de obrigações de uma gestão para outra, onerando involuntariamente o sucessor do Poder Executivo.

Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto e Eduardo Ferreira Jordão, para bem compreender um comando normativo, é fundamental perquirir sua *ratio*. No caso, como a vedação se dirige aos gestores públicos em final de mandato, logo se vê que a intenção é evitar a transferência de obrigações de uma gestão para outra. (MARQUES NETO, JORDÃO, 2009, p. 3).

Segundo o entendimento revelado por Carlos Pinto Coelho Motta e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, o artigo em análise veda ao titular de Poder ou Órgão (sempre os referidos no art. 20), nos dois últimos quadrimestres de seu mandato (ou seja, de maio a dezembro), contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro desse mesmo mandato. Caso existam parcelas a serem pagas no exercício seguinte, deve haver a correspondente disponibilidade de caixa.

O parágrafo único, em redação pouco clara, segundo os autores, quer provavelmente dizer que deve ser considerado “disponibilidade de caixa” o montante que remanesce disponível após a execução contábil dos encargos e despesas compromissados a pagar até o final do exercício.

Concluem os autores que já não basta, pois, a “indicação orçamentária” de que trata o art. 14 da Lei n. 8.666/93: é requerido agora o efetivo saldo financeiro em caixa

para o adimplemento das obrigações contraídas em cada mandato. O titular de cargo público não mais herdará dívidas provenientes de excesso discricionário de seu antecessor. O presente texto confere, sobretudo, maior credibilidade ao empenho, e deve ser lido em conjunto com os arts. 15 e 16 da LRF, que prescrevem:

Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

(...)

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

(...)

Importa observar que a preocupação com o poder de gasto em final de mandato não é exatamente uma inovação, conforme notaram os autores, trazendo a citação do Decreto-lei n. 1.377, de 12 de dezembro de 1974, que, em seu art. 1º, é muito mais categórico e amplo que a própria LRF, vedando a Estados e Municípios a contratação de obras e serviços ou assumir compromissos financeiros sem que os correspondentes recursos estejam previstos na programação orçamentária e na programação financeira de desembolso. (MOTTA, FERNANDES, 2001, pp. 389 a 390).

Kiyoshi Harada, ao tecer críticas ao texto do artigo 42, enfatiza que o grande problema é a imprevisibilidade de fatores, que impedem a realização de receitas estimadas, que vão desde a retração da economia até a concessão de uma medida liminar pela justiça, no bojo de uma ação coletiva. Outrossim, podem surgir necessidades de despesas extraordinárias ou especiais, decorrentes de calamidade pública, hipótese em que não teria aplicação o disposto no art. 42 sob comento. (HARADA, 2002, p. 191).

Ivan Barbosa Rigolin, ao comentar o artigo em exame, declarou que a chave da leitura desse dispositivo, que provocou algum estupor pela sua novidade até certo ponto surpreendente, é a seguinte: quem precisa cumprir a despesa é o contratado, o fornecedor do material, do serviço ou da obra. O Poder Público, contratante, apenas poderá cumprir a sua parte da obrigação após o contratado cumprir a sua, ou seja, entregue definitiva e integralmente o objeto que lhe foi contratado; daí o Poder Público

depende do contratado cumprir sua parte para apenas então poder cumprir a sua parte da obrigação, que é apenas a de pagar o contrato.

Conclui o autor que se, por exemplo, um Órgão Público contrata uma obra a ser entregue dentro daquele exercício, mas para ser paga em dois anos, precisará, em 31 de dezembro do último ano do mandato, deixar reservado dinheiro suficiente para todos os pagamentos vincendos após essa data, livre e desimpedido para essa finalidade, alcançando, portanto, a disponibilidade de caixa integral ao adimplemento da obra. (RIGOLIN, 2001, pp. 110 a 112).

Misabel Abreu Machado Derzi correlaciona o dever de obediência ao indigitado artigo com a lei de licitações, ponderando que, evidentemente, a lei de licitações já condiciona a instauração do procedimento licitatório à previsão de dotação orçamentária, assim como determina que o contrato especifique, obrigatoriamente, os recursos orçamentários correspondentes. Acrescenta que o dispositivo em comento não alcança as novas despesas contraídas antes no primeiro quadrimestre do último ano do mandato, mesmo que ultrapassem o exercício financeiro. Não atingem, igualmente, as despesas contraídas no final do exercício para socorrer calamidade pública ou extraordinárias para atender a urgências necessárias, estendendo a regra insculpida no artigo 59, § 3º, da Lei Federal nº 4.320/64, uma vez que o artigo 42 da LRF não prevê exceções para abrandar seu regular cumprimento. (DERZI, 2009, p. 326).

Diante das considerações acima expostas, imperioso decifrar, na verdade, qual a exata compreensão do cerne da questão, qual seja, o significado da expressão “contrair obrigação de despesa”.

De acordo com um levantamento realizado por Clayton Arruda de Vasconcelos, há três correntes doutrinárias que definem de maneira distinta o que significa obrigação de despesa. (VASCONCELOS, 2010, pp. 5 a 7).

A primeira corrente indica que só será considerada contraída a obrigação de despesa quando a despesa for devidamente liquidada. Nesse diapasão, apenas a despesa reconhecida pela Administração Pública como líquida e certa é que pode gerar a obrigação de despesa. A situação ora narrada consiste no cumprimento da obrigação pela contratada e regularmente empenhada e atestada pela contratante, ou seja, liquidada.

O raciocínio esposado por essa corrente não considera como obrigação de despesa uma parcela vincenda, futura, do cumprimento contratual. Explica-se:

Nos contratos de prestação de serviços, geralmente há previsão de vigência por doze meses, com possibilidade de sucessivas prorrogações, até atingir sessenta meses, nos termos permitidos pelo artigo 57 da Lei de Licitações e Contratos. As prestações de serviço concretizadas e adimplidas pela contratada, devidamente empenhadas e liquidadas pelo Poder Público é que consistirão em obrigação de despesa, no entendimento dessa primeira corrente doutrinária.

Para que o pagamento seja autorizado, a cada mês é realizada uma medição do serviço, a qual deve contar com a anuência da Administração Pública. Neste ato é que se contrai obrigação de despesa. Os próximos meses de vigência que ultrapassem o mandato não são considerados como obrigação de despesa, uma vez que o próximo titular do Executivo, mediante ato motivado, poderá rescindir o contrato se assim lhe convier.

A base legal dessa corrente é a Lei Federal nº 4.320/64, artigos 62, 63 e 64, que assim estabelecem:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

Parágrafo único. A ordem de pagamento só poderá ser exarada em documentos processados pelos serviços de contabilidade.

A suposta forma de descumprimento do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, neste caso, seria o ato administrativo dando ordem de pagamento dessa nota atestada em 31 de dezembro, final de mandato, sem ter deixado o valor disponível em conta, gerando essa dívida como herança ao sucessor do mandato.

Filiam-se a essa primeira corrente Flávio C. de Toledo e Sérgio Ciquera Rossi. A norma contida no artigo 42, na sua opinião, prescreve dois comandos:

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

Na concepção desses dois doutrinadores, em primeiro plano, necessário conceituar um instrumento básico de contabilidade, qual seja, o que significa empenho. Nos termos da Lei Federal nº 4.320, de 1964, o empenho da despesa é ato emanado da autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento. Em resumo, o conceito de obrigação de despesa acha-se estreitamente vinculado ao de obrigação de pagamento. Por outra forma, não há obrigação de despesa se o fornecedor ainda não cumpriu sua missão contratual.

A nota de empenho, cujo teor deriva propriamente do empenho, pode equivaler ao instrumento de contrato, nos termos franqueados pelo artigo 62 da Lei Federal nº 8.666/93. Nessa linha de raciocínio, apenas as despesas empenhadas e liquidadas nos dois últimos quadrimestres precisam de amparo de caixa. Vale dizer, o parágrafo único do artigo 42 da LRF refere-se, expressamente, à despesa compromissada a pagar, expressão que abrange os gastos em que já houve adimplemento contratual por parte de terceiros. (TOLEDO JR., ROSSI, 2002, pp. 222 a 224).

A segunda corrente doutrinária afirma que a obrigação de despesa equivale à despesa com nota de empenho emitida.

A obrigação de despesa, portanto, nasce no ato da emissão da nota de empenho, ainda que essa despesa não esteja liquidada.

Pedro Lino se afilia a essa corrente, ao afirmar que o ato de empenho é o que cria para o ente público a obrigação de pagar. Nesse lume, as despesas empenhadas até 30 de abril poderão ser normalmente inscritas em restos a pagar, desde que não liquidadas no próprio exercício, para o processamento das quais basta a mera possibilidade orçamentária. Nos empenhos realizados a partir de 1º de maio, exige-se, além dos pressupostos normais para a constituição e validade da despesa, sua integral liquidação no próprio exercício, ou a reserva de saldo positivo suficiente a cobrir essa despesa no ano seguinte. (LINO, 2001, p.148).

A terceira corrente doutrinária, por sua vez, defende que obrigação de despesa refere-se a despesa contratada. Considera-se contraída a obrigação de despesa no momento da assinatura do ajuste. O ato administrativo que importa na obrigação da despesa é o contrato administrativo ou instrumento congênere.

O comando normativo embutido no § 1º do artigo 54, além de alguns incisos do artigo 55 da Lei de Licitações e Contratos, enfatiza a ideia de obrigações e responsabilidades oriundas dos contratos administrativos, a corroborar a tese da terceira corrente doutrinária:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

(...)

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

Essa terceira corrente estriba-se também nos artigos 58 e 59 da Lei Federal nº4.320/64:

Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

Art. 59 - O empenho da despesa não poderá exceder o limite dos créditos concedidos.

§ 1º Ressalvado o disposto no Art. 67 da Constituição Federal, é vedado aos Municípios empenhar, no último mês do mandato do Prefeito, mais do que o duodécimo da despesa prevista no orçamento vigente.

§ 2º Fica, também, vedado aos Municípios, no mesmo período, assumir, por qualquer forma, compromissos financeiros para execução depois do término do mandato do Prefeito.

§ 3º As disposições dos parágrafos anteriores não se aplicam nos casos comprovados de calamidade pública.

§ 4º Reputam-se nulos e de nenhum efeito os empenhos e atos praticados em desacordo com o disposto nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, sem prejuízo da responsabilidade do Prefeito nos termos do Art. 1º, inciso V, do Decreto-lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Para Wéder de Oliveira, que participa da opinião externada por essa terceira corrente, contrair obrigação de despesa não é o mesmo que empenhar despesa. Administrativamente, o empenho pode ser definido como o ato da autoridade competente que determina a dedução do valor da despesa a ser executada da dotação consignada no orçamento para atender a essa despesa. É, na verdade, uma garantia que se dá ao fornecedor ou prestador de serviço de que o objeto contratado será adimplido, desde que observadas as cláusulas contratuais. Conclui o autor que, portanto, o

empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que vincula dotação de créditos orçamentários para pagamento de obrigações decorrentes de lei, contrato, acordo ou ajuste, obedecidas as condições estabelecidas.

Salienta o autor que, a obrigação de despesa é contraída, por exemplo, quando se contrata um empréstimo, quando se assina um convênio, quando se contrata obra, fornecimento de bens e prestação de serviços. A obrigação de pagar os fornecedores fica assumida no momento da contratação, e não no momento do empenho. Se se entendesse que a cada empenho se assume a obrigação, então bastaria não empenhar para não ter mais a obrigação. No entanto, deixar de empenhar as despesas não retira do ente a obrigação de adimpli-las, porque a obrigação decorre do ajuste pactuado. A obrigação só será extinta, portanto, pela rescisão do contrato, permanecendo a obrigação de indenizar, se for o caso. (OLIVEIRA, 2000, p. 7).

Ao comentar o artigo 58 da Lei Federal nº 4.320/64, Kiyoshi Harada posiciona-se também como defensor da terceira corrente, ao explicitar que é preciso deixar claro que não é o empenho que cria a obrigação. Esta é sempre preexistente. O empenho, mesmo depois de efetuado, pode ser cancelado unilateralmente pela unidade orçamentária competente. (HARADA, 2002, p. 358).

Constata-se, portanto, que não há um consenso na opinião dos doutrinadores a respeito do exato cumprimento da norma veiculada pelo artigo 42 da Lei Complementar nº 101/2000.

Acredita-se que a última corrente seja a mais arrazoada, por se basear no instrumento contratual como o ato administrativo que aperfeiçoa a obrigação de despesa. Todavia, a sua aplicação exclusiva não abrange e não consegue solucionar todas as situações vivenciadas pela Administração Pública, de modo que restarão situações que fugirão dessa regra por absoluta impossibilidade fática, como acontece nos contratos de obras de grande vulto, para construção, por exemplo, de um complexo hospitalar.

Nesses casos, a execução do contrato se estende ao longo de anos, até a conclusão da obra. Não há razoabilidade em se aplicar a sistemática da terceira corrente, tendo em vista o valor dispensado a um contrato dessa monta. Seria mais adequado a aplicação da primeira corrente doutrinária, considerando-se, para tanto, contraída a obrigação de despesa no momento em que a Administração Pública atesta a nota emitida, de acordo com a medição realizada a cada etapa da obra.

2 – AS LICITAÇÕES E OS AJUSTES FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS DOIS ÚLTIMOS QUADRIMESTRES DO MANDATO ELETIVO

De acordo com o entendimento adotado pela terceira corrente doutrinária para interpretação da aplicação do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, devem ser observadas algumas cautelas para as licitações cujos contratos sejam firmados a partir de 1º de maio do último ano de mandato.

O instrumento convocatório deve prever qual prazo de vigência contratual será estipulado para o cumprimento da norma sobredita, ou, propiciar a liquidação daquela despesa dentro do exercício ou a disponibilidade de caixa para arcar com o valor integral daquilo que se pretende pactuar. Os contratos deverão seguir a mesma linha de raciocínio, devendo constar no instrumento sua vigência até o último dia do exercício financeiro, ou contar com dinheiro disponível em caixa para a cobertura de todos os gastos dele decorrentes.

O dispositivo em comento, entretanto, aplica-se a qualquer ajuste pactuado pelo órgão público. Nesse lume, os convênios, os acordos de cooperação técnica e financeira, dentre outras espécies de ajuste, também devem se enquadrar às regras.

Não se pode perder de vista que o que importa para a lei de responsabilidade fiscal é o fato do titular de Poder contrair obrigação de despesa sem lastro financeiro. O instrumento pelo qual se dará esse comprometimento de verba pela Administração Pública não importa.

No que se refere às prorrogações de contratos, de convênios, e de outros ajustes onerosos, a sistemática explanada também deve ser observada. Na hipótese de se prorrogar um contrato de prestação de serviços cujo prazo de vigência expire antes de 1º de maio do último ano do mandato, poderá seguir seu curso normal, vigendo até meados do ano seguinte.

Se, por outro lado, o ajuste tiver previsão para esgotar sua vigência a partir de 1º de maio do último ano de mandato, deverá contar com a prorrogação até 31 de dezembro daquele ano, ou então guardar o valor que ultrapassa essa data disponível em caixa, para ser quitado integralmente no ano seguinte.

Atitude diferenciada da acima exposta poderá ensejar infração ao dispositivo legal em comento, por configurar gasto sem lastro financeiro deixado de herança ao próximo Chefe do Executivo Municipal.

3 – A APLICAÇÃO DO ARTIGO 42 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 20, assinala quem são os destinatários das regras impostas pelo artigo 42, constando o titular do Poder Executivo Municipal legitimado nesse rol.

Consiste o titular de Poder em agente público legalmente investido, por intermédio de eleições populares, para assumir direitos e obrigações em nome da entidade a que representa.

Nesse aspecto, incontestável a necessidade de obediência ao dispositivo legal em comento pelo Chefe do Executivo Municipal.

3.1 – A visão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Tribunal de Contas da União

A atuação do Tribunal de Contas da União, órgão eminentemente técnico, integrante do Poder Legislativo, vem legitimada no artigo 71, da Constituição Federal de 1988. Possui, dentre outras atribuições constitucionalmente previstas, a de julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis pelo gerenciamento das verbas públicas. A função aqui narrada não detém natureza jurisdicional, própria do Poder Judiciário, mas tão-somente de julgamento técnico de contas. Consiste também, como responsabilidade sua, a aplicação de sanções previstas em lei, em casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas.

De acordo com a opinião de José Afonso da Silva, a Constituição Federal de 1988 não prevê, diretamente, a criação de Tribunais de Contas nos Estados. A previsão vem embutida nos artigos 31 e 75 da Lei Magna. Os Tribunais de Contas dos Estados auxiliam o controle externo incumbido às Assembleias Legislativas. No Município, a fiscalização, mediante controle externo, será exercida pelas Câmaras Municipais, as quais terão, por regra, o auxílio dos Tribunais de Contas Estaduais. Apenas dois Municípios excetua essa regra: São Paulo e Rio de Janeiro. (SILVA, 2009, pp. 757 a 758).

Realizando uma pesquisa na Corte de Contas a que se sujeitam os Municípios do Estado de São Paulo, acerca da obediência ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, pode-se destacar o seguinte julgado:

Em que pesem os posicionamentos em contrário, acolho o entendimento da SDG de que o artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal pressupõe equilíbrio financeiro entre receitas e despesas efetivas, já aptas ao pagamento e que os restos a pagar não liquidados

não pressionam, de fato, o caixa estatal, não se incluindo, via de consequência, na programação financeira da União, Estados e Municípios. Desta forma, acompanho a jurisprudência desta Corte que entende que somente são aptas a compor o cálculo de verificação quanto à obediência ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal as despesas efetivamente empenhadas e processadas, excluindo os valores de restos a pagar não processados. Neste sentido, acolho as ponderações de SDG: “De mais a mais, a Lei de Responsabilidade Fiscal, toda ela, pressupõe equilíbrio financeiro entre receitas e despesas efetivas, já aptas a pagamento e, disso decorrente, o art. 42, a meu ver, pressupõe que os gastos estejam todos liquidados, ou seja, prontos a ensejar desembolso de caixa. Tanto isso é verdade que, no atual padrão dos balanços governamentais, as despesas não-processadas estão afastadas do efetivo passivo governamental; agora, ingressam, de forma simultânea e como mero lembrete, no ativo e no passivo compensado. Deve-se ressaltar que o sistema compensado é, apenas, uma maneira de registrar atos contábeis que, potencialmente, podem, no futuro, vir, ou não, a afetar o patrimônio público.” Aliás, esse é o teor do Manual desta Corte sobre o tema (in “Lei de Responsabilidade Fiscal” 2ª Edição; www.tce.sp.gov.br). “Sendo assim, o art. 42 da LRF deve ser examinado à vista dos seguintes pressupostos: Tal dispositivo alcança, somente, despesas liquidadas nos oito últimos meses do mandato; Assim, no caso concreto, com os cálculos refeitos pela SDG, após o afastamento dos empenhos não-liquidados, restou demonstrado que indisponibilidade financeira do último mês do exercício reverteu-se em uma sobra de caixa, denotando o respeito ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal. (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 1638/026/08).

Verifica-se, pela decisão ora transcrita, que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo considerou, para cômputo da disponibilidade de caixa, as despesas efetivamente empenhadas e processadas, ou seja, aquelas efetivas e aptas a pagamento, repudiando a inclusão nesse valor das despesas não processadas, relativas a empenhos não liquidados. Prestigia-se, portanto, o entendimento da primeira corrente doutrinária explicitada anteriormente.

Demonstrando preocupação com dispêndios além dos preceituados no artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Corte de Contas Estadual assim asseverou:

Também restou inalterada a questão alusiva à infringência ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, uma vez que não há como acolher as razões do recorrente. De um lado, porque, ao contrário do que se pretende, as despesas continuadas, não geradas propriamente entre maio e dezembro, precisam, mais do que as novas, de suporte de caixa. Se assim não fosse, estaria sancionada afronta à responsabilidade fiscal, validando-se empenhos sem cobertura financeira e, disso decorrente, o déficit orçamentário e o aumento da dívida pública. E, de outro, porque não trouxe ele documento apto a demonstrar quais eram os empenhos não processados. Quanto a isso, tem-se que a douta SDG atesta em seu parecer que os demonstrativos contábeis encaminhados pela origem registram aludidos empenhos pelo seu total, sem, contudo, segregá-los em processados e não

processados. Em relação aos resultados orçamentários e financeiros obtidos no período, conquanto tais aspectos não tenham grandes impactos nos futuros orçamentos, é fato inequívoco que o administrador deixou de realizar a gestão planejada e transparente dos recursos públicos, mediante cumprimento de metas de resultados entre receita e despesa, como consagra o contido no artigo 1º, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal. (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC-002002/026/08).

Do texto acima, depreende-se que o Tribunal de Contas considerou não só as despesas geradas no período estipulado em lei – dois últimos quadrimestres – mas também as despesas de natureza continuada, efetivadas antes do mês de maio do último ano de mandato. Todos os empenhos, portanto, devem possuir cobertura financeira, objetivando afastar o surgimento de déficit orçamentário e o conseqüente aumento da dívida pública.

O Tribunal de Contas da União, ao analisar o relatório de acompanhamento referente ao Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, dessa forma se manifestou:

RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO. VERIFICAÇÃO DOS RELATÓRIOS DE GESTÃO FISCAL RELATIVOS AO 3º QUADRIMESTRE DE 2006. CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000. EXCEÇÃO AO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA PARAÍBA. ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NOS DOIS ÚLTIMOS QUADRIMESTRES DO ÚLTIMO ANO DO MANDATO CUJA DESPESA NÃO PÔDE SER PAGA NO MESMO EXERCÍCIO FINANCEIRO OU SEM CONTRAPARTIDA SUFICIENTE DE DISPONIBILIDADE DE CAIXA. DESCUMPRIMENTO DO ART. 42 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: (...)9.3. firmar entendimento de que o art. 42 da Lei Complementar nº 101/2000 aplica-se aos titulares de todos os poderes e órgãos com autonomia administrativo-orçamentário-financeira (ou poder de autogoverno) garantida nos termos da Constituição, independentemente do período do mandato do respectivo titular à frente da gestão do órgão, limitada a sua abrangência ao encerramento do exercício em 31 de dezembro; (...) 9.6.2. atente para a previsão de cláusulas contratuais que gerem obrigação de pagamento de parcelas sem que haja disponibilidade de caixa suficiente, até 31 de dezembro, para honrar os compromissos assumidos a cargo do orçamento em curso, quando não se tratar de despesas plurianuais. TC-002.798/2007-0.

Conclui-se do julgado, que a Corte de Contas da União segue entendimento semelhante ao ora esposado neste trabalho, ao determinar para o órgão fiscalizado que se atente à previsão de cláusulas contratuais que constituam obrigação de despesa ao próximo exercício sem suporte de caixa, ressalvados os compromissos afetos a despesas plurianuais.

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo, ao responder a uma consulta formulada a respeito da interpretação do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, evidencia seu posicionamento em relação às despesas oriundas de obras e serviços de engenharia:

TC nº 72-000.831.12-99

CONSULTA. CMSP. Questões relativas à interpretação de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal. CONHECIDA. QUESITOS AFIRMATIVOS. Votação unânime.

DECIDEM, à unanimidade, quanto ao mérito, responder aos quesitos formulados na seguinte conformidade:

Quesito I – Em consonância com o disposto no artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, pode a Administração Pública Municipal dar prosseguimento em licitações de obras e serviços de engenharia, devidamente autorizadas e instauradas antes de 30 de abril de 2012, porém ainda não finalizadas?

Resposta: O artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal não impede a continuidade dos certames autorizados e instaurados antes de abril de 2012, e a formalização dos respectivos ajustes durante os dois últimos quadrimestres do exercício em que se expira o ano eletivo.

Quesito II – Se positiva a resposta à pergunta anterior, os contratos oriundos das referidas licitações poderão ser assinados ainda no corrente ano, sem caracterizar ofensa ao citado dispositivo legal?

Resposta: O parágrafo único do mesmo preceito legal não inibe a formalização dos ajustes decorrentes de licitações processadas nas condições enunciadas na resposta anterior, desde que as respectivas obrigações estejam devidamente cobertas com a verba compromissada no exercício ou provisionada para os restos a pagar, observando-se que o artigo 35 da Lei Federal 4.320/1964 dispõe que as despesas pertencem ao exercício financeiro onde foram legalmente empenhadas. Acrescente-se, além disso, a inexistência de vedação para que se assumam obrigações plurianuais no período questionado, desde que tal obrigação conste dos instrumentos de planejamento governamental, quais sejam, a Lei Orçamentária Anual – LOA e o Plano Plurianual – PPA, quando for o caso, tudo em perfeita consonância com a Lei das Diretrizes Orçamentárias – LDO. Na hipótese das despesas desse exercício serem inscritas como "restos a pagar", o Administrador deverá deixar provisionado recurso bastante para sua liquidação no exercício seguinte, sem comprometer a verba da nova gestão da entidade pública envolvida.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI. Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de agosto de 2012. EDSON SIMÕES – Presidente. ROBERTO BRAGUIM – Relator.

Concorda-se com a Corte de Contas Municipal no que tange à possibilidade de se contratar obras e serviços de engenharia no período compreendido entre maio e dezembro do último ano de mandato do Chefe do Executivo Municipal.

Exigir-se-á a disponibilidade de caixa apenas ao importe inscrito em restos a pagar, ou seja, gastos decorrentes daquele contrato e empenhados para o último ano de mandato, para que não seja comprometida a verba da nova gestão.

Os valores relativos ao exercício vindouro, se relacionados na Lei Orçamentária Anual, no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, além de constarem no planejamento governamental, ficam isentos dessa sujeição.

3.2 – A visão do Poder Judiciário

Estatui a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Considerando que o julgamento de contas perpetrado pelo Tribunal de Contas respectivo a cada unidade da Federação poderá eventualmente sofrer análise do Poder Judiciário, se assim a parte se sentir prejudicada ou ameaçado seu direito, necessária a apresentação de como se comporta esse Poder perante o assunto em estudo.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de petição, assim se manifestou:

(...) 8. Em suma, se houver despesas empenhadas sem a correspondente disponibilidade de caixa, mostra-se lícito o cancelamento dos respectivos empenhos, cumprindo-se o determinado pela Lei de Responsabilidade Fiscal; caso contrário, havendo disponibilidade em caixa, as despesas empenhadas deverão ser inscritas em Restos a Pagar, com a transferência da obrigação do pagamento ao sucessor administrativo.

9. Com efeito, em conformidade com o Decreto nº 45.664, de 28/12/2004, arts. 1º e 2º, caput e parágrafos, as orientações acima descritas foram cumpridas com o cancelamento dos empenhos não liquidados e a inscrição das despesas já liquidadas na rubrica Restos a Pagar.

10. Não se vislumbra, dessa forma, a subsunção da conduta da ex-Prefeita MARTA TERESA SUPPLY a nenhum dos tipos penais descritos no art. 359 do Código Penal ou no art. 1º do Decreto-Lei 201/67.

11. Tampouco os referidos cancelamentos dos empenhos enquadram-se, como pretendeu o Ministério Público Estadual (fls. 485/486), nos arts. 359-A, 359-B ou 359-F do Código Penal.

12. Fica descaracterizada, também, a infringência ao art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois a despesa foi contraída em 15/03/2000, bem antes dos dois últimos quadrimestres do mandato, e, de acordo com o Tribunal de Contas do Município, foram reservados recursos suficientes para a cobertura das parcelas a serem pagas pela gestão seguinte.

13. Diante do exposto, o Ministério Público Federal requer o arquivamento dos presentes autos em razão da atipicidade da conduta atribuída à MARTA TERESA SUPPLY.”

2. O pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público Federal, fundado na ausência de tipicidade, é de acolhimento compulsório (cf. INQs. 1.443 e 1.538, Rel. o Ministro Sepúlveda Pertence, publicados respectivamente nos DJs dos dias 05.10.01 e 14.09.01).(STF. Pet 4110 / SP - SÃO PAULO PETIÇÃO. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 16/04/2008. DJe-073 DIVULG 23/04/2008 PUBLIC 24/04/2008).

Observa-se que a conduta repudiada pela instância suprema do Poder Judiciário é aquela que implica na transferência de dívidas ao próximo gestor. Não restando configurada essa situação, não há falar em descumprimento do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça, ao examinar a legislação federal aplicada a caso concreto em que restou configurada a infração ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, considerou a conduta como afronta ao princípio da legalidade e da moralidade:

(...) Na espécie, o Prefeito, não obstante os sucessivos alertas emitidos pelo TCE, ampliou em 75,4% a indisponibilidade financeira apurada em 31 de abril de 2004, período em que estava impedido de comprometer receitas em montante superior às que pudessem ser liquidadas no curso do exercício ou sem que houvesse disponibilidade de caixa para pagamento no exercício seguinte, deixou de empenhar despesas e cancelou empenhos, assim desobedecendo aos arts. 35 e 60 da Lei n. 4.320/64 e art. 42 da Lei Complementar n. 101/2000.

É de se entender, portanto, configurado o dolo (ainda que eventual), manifesto na vontade livre e consciente de contrair despesas em nome do município nos dois últimos quadrimestres de seu mandato que não podiam ser cumpridas integralmente dentro dele e que tinham parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que houvesse suficiente disposição de caixa para este efeito, atentando contra o princípio da legalidade e moralidade.(STJ, AgRg no Ag 1.282.854/SP, 15/03/2011).

Imperioso salientar que o fato do gestor público anterior deixar despesas sem suporte de caixa como herança ao seu sucessor, consubstanciando verdadeiro desrespeito à legislação, não afasta a necessidade do órgão público cumprir suas obrigações face ao particular, evitando a configuração de enriquecimento ilícito, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim evidencia o raciocínio do Superior Tribunal de Justiça:

(...) O Município de São João Batista da Glória acusa a administração antecedente de ter realizado despesas dentro do período vedado pela lei. A lei de responsabilidade fiscal estabelece normas de finanças públicas destinadas a impor responsabilidade na gestão fiscal dos entes públicos e tem por escopo reprimir a irresponsabilidade dos governantes ao introduzir regras a eles endereçadas. Daí a imputação de responsabilidade ao gestor passado pelos RESTOS A PAGAR, podendo ser ele alcançado, inclusive, pela Lei de Crimes Fiscais. O problema é que a Lei de Responsabilidade Fiscal para por aí, impondo vedação tão-somente ao titular de Poder ou órgão de que trata o seu art. 20, no qual se inclui o Chefe do Poder Executivo do Município, inclusive com as consequências de natureza penal e administrativa previstas no Código Penal (art. 359) e da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92). Não traz, entretanto, qualquer previsão quanto à nulidade dos atos administrativos nesse contexto praticados. Não se pode ignorar que a Administração Pública está atrelada ao princípio da legalidade e, por consequência, à observância das regras

do direito financeiro no controle de suas despesas e de seu orçamento, em particular as previstas nas leis orçamentárias anuais e na Lei 4.320/64, dentre as quais se ressalta a obrigação de que toda despesa e pagamento por ela feitos devam ocorrer, de maneira geral, através de emissão de notas de empenho. Apesar disso, o fato é que o Tribunal de origem, analisando o contexto fático-probatório de forma soberana, entendeu que o compromisso foi, efetivamente, realizado pelo Município, inclusive mediante autorização de fornecimento de materiais assinado pelo Prefeito Municipal, garantindo, assim, à recorrida o direito de crédito da quantia de R\$ 1.857,94 referente à venda de materiais hospitalares de consumo, premissa fática que não pode ser modificada nesta instância por força da Súmula 7/STJ. Desta forma, ainda que irregular a despesa contratada com inobservância da LC 101/2000, o fato é que o ato praticado pela Administração anterior gerou direito subjetivo de crédito a um terceiro e, como bem salientado naquela Corte, não há como não ser levado em consideração o princípio geral de direito que veda o enriquecimento ilícito daquele que se beneficiou com o cumprimento da obrigação da outra parte contratante e que se recusa ao adimplemento da sua contraprestação pecuniária. (STJ, REsp 706744 / MG, 07/02/2006).

Nesse caso, em que pese o erro perpetrado pelo governo anterior, o montante deve ser pago ao fornecedor, que cumpriu sua obrigação contratual perante o Poder Público. Este não poderá se furtar ao adimplemento da contraprestação à parte que não deu causa a essa irregularidade.

4 – CONSEQUÊNCIAS DA DESOBEDIÊNCIA À LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

O descumprimento dos comandos normativos inseridos na Lei de Responsabilidade Fiscal pode ensejar ao infrator uma série de sanções. Dentre elas, assume grande relevância aquela afeta à infração ao artigo 42 da citada lei.

As contas dos órgãos públicos referentes a cada exercício financeiro devem passar pelo crivo do Tribunal de Contas respectivo a cada ente federado. Tal rotina não se faz diferenciada no último ano do mandato do Chefe do Poder Executivo. Ao contrário, o exame de contas nesse momento se torna mais rigoroso e criterioso. Confirmando-se a violação a esse dispositivo legal, fatalmente haverá, no mínimo, a rejeição das contas pelo órgão integrante e auxiliar do Poder Legislativo. A Corte de Contas, munida dos documentos necessários, também deverá, conforme o caso concreto, encaminhar a questão ao Ministério Público, que atuará nos termos de sua competência constitucionalmente prevista.

A desobediência à Lei de Responsabilidade Fiscal pode acarretar, portanto, em prática de crime contra as finanças públicas.

A Lei Federal nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, denominada Lei de Crimes de Responsabilidade Fiscal, inovou o Código Penal, acrescentando condutas aos tipos penais intitulados como crimes contra a administração pública.

A partir do advento dessa inovação legislativa, a conduta de ordenar ou autorizar a assunção de obrigação em desacordo com a determinação do referido artigo 42 da LRF, pode ser tipificada como crime contra a administração pública.

Assim define o artigo 2º da Lei Federal nº 10.028/2000:

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)

(...)

"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:" (AC)

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

Denota-se que a desobediência ao artigo 42 da LRF é atitude considerada tão grave pelo legislador que ensejou a reformulação do estatuto punitivo para apenar o titular de Poder que deixe como herança dívidas ao seu sucessor, independentemente da suposta sucessão recair ou não sobre o mesmo titular, na hipótese de sua reeleição.

O tipo penal criado em razão do descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal pune os atos funcionais irregulares de término de mandato que gerem despesas a serem deixadas para cumprimento pelo próximo gestor, onerando injustamente as contas públicas vindouras.

A tutela penal nesse aspecto visa à proteção do equilíbrio e regularidade das contas públicas em relação à sucessão dos titulares de mandato.

Traçando uma exegese de cunho penal ao tipo em exame, Damásio Evangelista de Jesus esquematiza o crime veiculado no artigo 359-C do Código Penal:

Figurando como sujeito ativo, tem-se o titular de mandato, mesmo em caráter transitório, mas que detenha, no momento do ato típico, atribuição para assumir a obrigação em nome do ente público que representa. Trata-se de crime próprio de quem estiver exercendo o mandato ao contrair obrigação de despesa no período vedado por lei.

O sujeito passivo, por sua vez, é o ente da Federação a que pertence o sujeito ativo; na esfera municipal é o Município.

A figura típica objetiva é a ilegal assunção de obrigação por meio da descrição de duas espécies de ato administrativo: ordem e autorização. A diferença se aperfeiçoa pela iniciativa do ato. Na ordem, a iniciativa do ato é de quem a emite para criar o vínculo obrigacional; é do administrador. Na segunda situação, o sujeito ativo anuí, concorda com o ato de iniciativa de outrem, autorizando aquela determinada ação.

A obrigação oriunda da ordem ou autorização deve estar diretamente ligada à criação de despesa que acaba por onerar a próxima gestão. A conduta penal pode advir de duas formas: com a assunção de obrigação cuja despesa não possa ser quitada no mesmo exercício financeiro; ou com a assunção de obrigação que resulte em parcela a ser paga no exercício seguinte e que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa.

Diante do exposto, não há crime se o gestor assume obrigação de despesa que será integralmente cumprida até o final do exercício financeiro, não ultrapassando seu mandato. A tipicidade do fato surge quando a ordem ou autorização cria a obrigação, gerando despesa que será transmitida ao próximo exercício, desprovida da imprescindível disponibilidade de caixa.

Para o cometimento do crime é necessário o dolo, ou seja, a intenção de praticar o ato, a vontade livre e plenamente consciente de assumir despesa que acarrete o

cumprimento total ou parcial no próximo exercício. O agente deve ter total ciência de que aquele ato ilegal atingirá seu sucessor.

O elemento temporal do tipo, consistente no período relativo aos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato, relaciona-se com a objetividade jurídica crime. O que se tutela é o equilíbrio das contas públicas no tocante à rotatividade dos titulares de mandato.

A consumação do crime ocorre no momento em que se emana o ato administrativo de assumir efetivamente a obrigação de despesa sem lastro financeiro, em dissonância ao preceituado no artigo 42 da LRF. O ato que ordena ou autoriza essa assunção de despesa não precisa necessariamente acontecer dentro do período estipulado em lei. Pode ser pretérito aos últimos oito meses de mandato, desde que se refira a assunção de despesa nesse período, que reflita no mandato seguinte.

A ação penal do crime tipificado no artigo 359-C do Código Penal tem natureza pública incondicionada. (JESUS, 2009, pp. 634 a 636). Nesse diapasão, não prescinde de queixa do prejudicado para ter iniciada a sua investigação.

A prática do tipo penal, em afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal, poderá ensejar a reclusão do infrator de um a quatro anos.

Imperioso salientar que não se faz necessária a produção de um resultado naturalístico decorrente do crime cometido, bastando o amoldamento da conduta ao tipo para que aquela se aperfeiçoe. Trata-se, portanto, no entendimento de Jair Eduardo Santana, de crime de mera conduta. (SANTANA, 2001, p. 148).

Além das infrações previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal e no Código Penal, o titular de Poder poderá sofrer as penalidades previstas na Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Por intermédio dessa normatização, além das consequências para o ente da Administração – e para os administrados, em última instância - previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, evidencia-se clara a responsabilidade do gestor em casos de enriquecimento ilícito na condução da gestão Municipal. Para tanto, o Ministério Público, ciente da ocorrência, poderá promover a competente ação de improbidade administrativa, que se desdobra em vasto leque de sanções:

- ressarcimento do dano, se houver;
- possibilidade de responsabilidade penal;
- perda da função pública;
- suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos;

- pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente;
- proibição de contratar com o Poder Público, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, pelo prazo de três anos. (MOTTA, FERNANDES, 2001, pp. 206 a 207).

Ao analisar o tema em questão, com enfoque na Lei de Responsabilidade Fiscal e na Lei de Improbidade Administrativa, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim discorreu:

RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL FINAL DE MANDATO ELETIVO ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 42 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000 E 10 E 11 DA LEI FEDERAL Nº 8.429/1992 SALDO DE RESTOS A PAGAR SUPERIOR AO NUMERÁRIO DISPONÍVEL EM CAIXA PRETENSÃO À CONDENAÇÃO DE EXPREFEITO NAS PENALIDADES DO ARTIGO 12, INCISOS I, II E III, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA IMPOSSIBILIDADE. 1. Inocorrência de violação à Lei de Responsabilidade Fiscal ou execução de ato administrativo que configure improbidade administrativa. 2. *Inexistência de prova de dano ao erário*. 3. Ausência de dolo ou culpa na conduta da parte ré. 4. Má-fé não configurada. 5. Precedentes jurisprudenciais. 6. Sentença de improcedência mantida. 7. Recursos oficial e de apelação desprovidos. (grifou-se).

(...) Com efeito. Corroborando tais posicionamentos jurisprudenciais, a r. sentença recorrida de primeiro grau decidiu de maneira acertada ao julgar improcedente a presente ação. Isso porque o conjunto probatório acostado aos autos não comprovou a existência de má-fé, dolo ou culpa na conduta da parte apelada durante a gestão como Prefeito de Cachoeira Paulista, o que seria suficiente para configurar eventual violação à Lei Complementar nº 101/2000 e Lei Federal nº 8.429/1992. (...) o simples aumento de numerário relacionado com restos a pagar, decorrentes de gastos fixos e despesas de caráter continuado do Município, sem a comprovação de má-fé ou do elemento subjetivo da parte apelada, por si só, não dá ensejo à aplicação das sanções previstas na Lei Federal 8.429/92, por violação ao artigo 42 da Lei Complementar nº 101/2000. Finalmente, este é o entendimento desta E. Corte de Justiça. Confira-se: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Prefeito Municipal que deixa dívidas a pagar sem disponibilidade de caixa. Ausência de má-fé necessária à configuração de conduta desonesta. Precedentes. Recurso provido.” (Apelação Cível nº 0009536-38.2009.8.26.0481; 11ª Câmara de Direito Público; Relator o Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR, D.J. 25/06/2012). “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVADA MÁ-FÉ DOS AGENTES PÚBLICOS. 1. Se a ilegalidade de um ato fosse bastante para caracterizar a improbidade, já não se recolheria sentido na especificação da norma do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 em face do que dispõe seu art. 4º. 0002555-34.2007.8.26.0102. Apelação. Relator(a): Francisco Bianco. Comarca: Cachoeira Paulista. Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 17/09/2012. Data de registro: 28/09/2012.

Depreende-se do julgado que, para que o agente público seja responsabilizado por ato de improbidade administrativa, deve haver má-fé, dolo ou culpa na sua conduta, além do comprovado prejuízo ao erário.

Difere-se, portanto, da tipicidade penal descrita no artigo 359-C, a qual exige apenas a realização do ato, sem necessidade da verificação concreta do prejuízo ao erário.

CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou a pesquisa dos aspectos relevantes do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, incidentes sobre os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública nos dois últimos quadrimestres do encerramento do mandato do Chefe do Poder Executivo municipal.

Em primeiro momento, introduziu-se o estudo da Lei Complementar nº 101/00 e, adiante, detalhou-se o texto normativo do indigitado artigo 42 desse caderno legal, que, em síntese, veda ao titular de Poder contrair obrigação de despesa, nos dois últimos quadrimestres de seu mandato, que não possa ser cumprida naquele mesmo exercício, sem ter deixado o importe disponível em caixa. Recebeu destaque na discussão a expressão “obrigação de despesa”, cujo teor se irradia sob o prisma de três correntes doutrinárias, as quais defendem, em suma, o seguinte:

A primeira corrente considera contraída a obrigação de despesa apenas quando a nota de empenho é liquidada. Nessa seara, emitida a nota pela contratada e atestada a necessidade de cumprimento daquela obrigação pela Administração Pública, é nesse momento que se aperfeiçoa a obrigação de despesa.

A segunda corrente, por seu turno, esclarece que a obrigação de despesa é contraída quando a nota de empenho é emitida. Nesse lume, o fato que faz nascer a obrigação de pagar é o empenhamento de determinado compromisso assumido pela Administração Pública.

Para a terceira corrente doutrinária, o ato administrativo que conduz à obrigação de despesa é a contratação. Por intermédio da contratação, o ente Federativo se atrela aos gastos dela decorrentes, comprometendo a partir daí o orçamento público.

Para os contratos de prestação de serviços contínuos, os quais podem contar com prazo de vigência de até sessenta meses, considera-se mais razoável a tese esposada pela terceira corrente, consolidando a obrigação de despesa no momento da assinatura do instrumento contratual ou do termo de prorrogação do prazo de vigência. A cada prorrogação renova-se a obrigação de despesa inicialmente pactuada. Por isso que, ao limitar o prazo do ajuste – ou da prorrogação - até 31 de dezembro do último ano de mandato, o ente Público atenderá integralmente ao dispositivo contido no artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, evitando a geração de dívidas ao futuro gestor. Ao iniciar novo mandato, o sucessor do Poder decidirá acerca da necessidade ou não daquele serviço.

No tocante aos ajustes por escopo, estes deverão se sujeitar às ideias sedimentadas na primeira corrente. Em virtude do evidente prejuízo que a Administração Pública poderia sofrer com a interrupção de uma obra pública inacabada ao término do mandato, não se revela prudente a escolha da terceira corrente para qualquer situação, principalmente para os pactos por escopo.

Considerou-se mais abalizada, para tanto, a tese da obrigação de despesa se materializar com a liquidação da nota de empenho. Nesse diapasão, realizada a medição da etapa da obra, e liquidada a nota de empenho a ela correlata, deve o Poder Público adimpli-la ainda no último exercício ou deixar o valor correspondente disponível em caixa, sob pena de afronta à Lei Complementar nº 101/00.

Posteriormente, realizou-se pesquisas nos Tribunais de Contas da União, do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo. Averiguou-se, também, o posicionamento do Poder Judiciário a respeito do tema estudado. Dos julgados trazidos à ilustração, nota-se que não há um consenso acerca de qual a forma mais escoreita para atendimento ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por fim, foram tratadas as consequências da desobediência ao comando normativo sobredito na esfera penal e administrativa, descrevendo-se as características do crime tipificado no artigo 359-C do Código Penal e o regramento contido na Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato. Constatou-se que, enquanto na legislação penal não se exige o prejuízo ao erário para se enquadrar o agente na conduta típica, por outro lado, para ser considerado ato de improbidade cometido por autoridade, deve haver a comprovação de dano aos cofres públicos.

Conclui-se, pois, diante de todo o exposto no presente trabalho, que o objetivo do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal consiste, afinal, em evitar o transpasse de dívidas aos futuros mandatários de Poder, conservando, dessa forma, o orçamento público equilibrado, no intuito de viabilizar a melhor gestão do erário e a otimização dos serviços públicos, contemplando, acima de tudo, o interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Benedito Antônio. GOMES, Sebastião Edilson R. AFFONSO, Antônio Geraldo. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada e Anotada*. São Paulo. Juarez de Oliveira. 4ª Ed. 2002.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *In: Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. MARTINS, Ives Gandra da Silva. NASCIMENTO, Carlos Valder do. (org.). São Paulo. Saraiva, 4ª Ed. 2009, pp. 263 a 349.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício. FERREIRA, Cláudio. RAPOSO, Fernando. BRAGA, Henrique. NÓBREGA, Marcos. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2ª Ed. 2001.

HARADA, Kiyoshi. *Responsabilidade Fiscal*. São Paulo. Juarez de Oliveira. 1ª Ed. 2002.

HORVATH, Estevão. A Constituição e a Lei Complementar nº 101/2000 (“Lei de Responsabilidade Fiscal”). Algumas Questões. *In: Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). São Paulo: Dialética, 2001, pp. 147 a 162.

JESUS, Damásio Evangelista de. *In: Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. MARTINS, Ives Gandra da Silva. NASCIMENTO, Carlos Valder do. (org.). São Paulo: Saraiva, 4ª Ed., 2009, pp. 621 a 647.

LINO, Pedro. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo. Atlas. 1ª Ed. 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. JORDÃO, Eduardo Pereira. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Contratação de PPPs no Final de Mandatos Eletivos*. Salvador. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). 2009. Acessado em 11/09/2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os fundamentos Constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101/2000. *In: Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). São Paulo: Dialética, 1ª Ed., 2001, pp. 165 a 175.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte. Del Rey. 2ª Ed. 2001.

OLIVEIRA, Wéder. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Brasília, 2000. H:\Usuários\Weder\LRF – INTERNET\Estudo Art. 42-Final.doc 02/01/01;16:45. Acessado em 24/09/2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Lei de Responsabilidade Fiscal – Cinco Temas de Interesse Municipal: A) Art. 21, Parágrafo Único; B) Art. 24, § 2º; C) Art. 42; D) Art. 44; E) Art.

56. In: *Responsabilidade Fiscal – estudos e orientações: uma primeira abordagem*. QUADROS, Cerdônio (org.). São Paulo. NDJ. 1ª Ed. 2001, pp. 97 a 122.

SANTANA, Jair Eduardo. Os crimes de Responsabilidade Fiscal Tipificados pela Lei nº 10.028/00 e a Responsabilidade Pessoal do Administrador Público. In: *Responsabilidade Fiscal – estudos e orientações: uma primeira abordagem*. QUADROS, Cerdônio (org.). São Paulo. NDJ. 1ª Ed. 2001, pp. 123 a 162.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros. 32ª Ed. 2009.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciquera. *Lei de Responsabilidade Fiscal: comentada artigo por artigo*. São Paulo. NDJ. 2ª Ed. 2002.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de. ROSSI, Sérgio Ciquera. O Município e a Lei de Responsabilidade Fiscal. In: *Responsabilidade Fiscal – estudos e orientações: uma primeira abordagem*. QUADROS, Cerdônio (org.). São Paulo. NDJ. 1ª Ed. 2001, pp. 33 a 96.

VASCONCELOS, Clayton Arruda de. *Artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal: Aspectos Controversos*. Brasília. Controladoria Geral da União. 2010. Acessado em 24/09/2012.