

A ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 42, DA LRF, E A AUSÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Gina Copola *

I – Tivemos ciência recentemente de uma decisão de primeira instância que considerou ato de improbidade administrativa por violação a princípios da Administração a suposta afronta ao art. 42, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que foi julgada como matéria irregular pelo e. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

O art. 42, da Lei de Responsabilidade Fiscal, cuida da proibição ao titular de Poder ou órgão de contrair despesas nos últimos 8 (oito) meses de mandato e que não possa ser cumprida integralmente dentro do mesmo exercício.

Com todo efeito, reza o indigitado dispositivo:

“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

* Advogada militante em Direito Administrativo. Pós-graduada em Direito Administrativo pela FMU. Ex-Professora de Direito Administrativo na FMU. Autora dos livros *Elementos de Direito Ambiental*, Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2.003; *Desestatização e terceirização*, São Paulo: NDJ – Nova Dimensão Jurídica, 2.006; *A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo*, Minas Gerais: Editora Fórum, 2.008, e 2ª edição em 2.012, *A improbidade administrativa no Direito Brasileiro*, Minas Gerais: Editora Fórum, 2.011, e co-autora do livro *Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos*, coautora, pela ed. NDJ – Nova Dimensão Jurídica, São Paulo, 2.016, e, ainda, autora de diversos artigos sobre temas de direito administrativo e ambiental, todos publicados em periódicos especializados.

encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício”

II – Ocorre em primeiro lugar que não é qualquer tipo de compromisso firmado nos últimos oito meses de mandato que entram no comando do art. 42, da LRF, conforme esclarecedora lição de FLÁVIO CORREA DE TOLEDO JÚNIOR e SÉRGIO CIQUERA ROSSI¹:

“Somos contrários à referenciada linha de pensamento. A nosso ver, apenas as despesas *empenhadas* e liquidadas nos dois últimos quadrimestres precisam de amparo de caixa. Eis nossos argumentos: (...)

Enfim no art. 42, o conceito de *obrigação de despesa* vincula-se ao de *obrigação de pagamento*; não há que falar naquele sem que antes se materializem os pré-requisitos deste último (*empenho e liquidação*). Por outra forma, não há *obrigação de despesa* se o fornecedor ainda não cumpriu sua missão contratual. Tanto isso é verdade que o inciso II do art. 50 distingue entre *despesa* e *assunção de compromisso*, este último, sim, atende àquela dicção por nós combatida”

É preciso, portanto, elaborar a distinção necessária quanto às despesas assumidas.

III – Além disso, para se enquadrar eventual afronta ao art. 42, da LRF à Lei federal nº 8.429/92 é de império que se evidencie qual ou quais obrigações foram contraídas pelo administrador e que não foram cumpridas dentro de seu mandato.

¹ TOLEDO JÚNIOR, FLÁVIO CORREA DE, e ROSSI, SÉRGIO CIQUERA, *Lei de Responsabilidade Fiscal*, 3ª ed. NDJ, 2.005, p. 269/271, com grifos originais.

A jurisprudência do e. Tribunal de Justiça é no sentido de que a ausência de comprovação de que o Prefeito Municipal tenha contraído obrigação de despesa nos últimos oito meses de mandato afasta a ocorrência de ato de improbidade administrativa, conforme se lê do venerando acórdão proferido nos autos da Apelação nº **994051278148-SP**, relator Des. RICARDO FEITOSA, 4ª Câmara de Direito Público, julgado em 08/03/2010, com a ementa:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 42 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - AUSÊNCIA DE MÍNIMA COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU, PREFEITO MUNICIPAL DE CLEMENTINA, TENHA CONTRAÍDO OBRIGAÇÃO DE DESPESA NOS ÚLTIMOS OITO MESES DE MANDATO - DEMANDA PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO DO RÉU PROVIDO”

IV - E também decidiu o e. TJSP que no caso de alegação de violação ao art. 42, da LRF, com rejeição de contas pelo e. Tribunal de Contas em que não restou demonstrada a má-fé ou o dolo por parte do apelante, nem se comprovou dano ao erário, não se configura ato de improbidade administrativa, conforme se lê do v. acórdão proferido na Apelação nº **0051157-16.2012.8.26.0576**, rel. Des. SIDNEY ROMANO, 6ª Câmara de Direito Público, julgado em 07/04/2014, com a ementa:

“Apelação Cível – Ação Civil Pública – Administrativo e Constitucional - Improbidade administrativa. Sentença que julga improcedente a ação - Recurso pelo Município. Desprovimento de rigor. Improbidade administrativa. Rejeição de contas pelo TCE. Infração ao art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal Restos a pagar em final de mandato - No caso dos autos não restou demonstrada ofensa aos princípios constitucionais e administrativos ou infração a Lei de Improbidade Administrativa. Prática de ato ímprobo. Não configuração. Também não evidenciados indícios de má-fé ou dolo por parte do requerido (art. 11 da Lei), nem se comprovou dano ao erário (art. 10 da Lei) Desprovimento de rigor. Precedentes. R. Sentença mantida - Apelação desprovida.

V – E mais ainda: a condenação do administrador acima referido ocorreu sendo-lhe imputada a prática de ato de improbidade administrativa por afronta ao art. 11, da LIA.

Ocorre que, conforme é cediço em direito, o ato de improbidade administrativa por afronta a princípios da Administração e previsto no art. 11, da LIA ocorreu somente se presente o elemento subjetivo do **dolo**.

Sem a figura do dolo é virtualmente impossível a caracterização de improbidade em ato algum de autoridade.

Com todo efeito, tanto na doutrina quanto sobretudo na jurisprudência superior é pacífico e convergente o entendimento de que a ação de improbidade administrativa por afronta a princípios da Administração deverá ser manejada para os casos em que fica inequivocamente demonstrado que o agente público *utilizou de expediente que possa ser caracterizado como de má-fé, com a nítida intenção de beneficiar-se, e apenas assim.*

Prestigiando o posicionamento de que a Lei nº 8.429/92 não é direcionada ao agente público desastrado ou inábil, o e. STJ pacificou que a má-fé é a premissa do ato ímprobo, mesmo que o ato praticado seja ilegal, pois sem este liame não há improbidade:

“É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito ” (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, RESP **480387/SP**, 1ª T., DJ de 24.05.2004, p. 163, com destaque nosso).

Sem má-fé declarada e evidente não existe nem pode existir improbidade administrativa por parte de quem quer que seja visto que ela é o componente básico, absolutamente essencial, do art. 11, da Lei federal nº 8.429/92.

VI - E ainda no mesmo sentido – sem dolo não se configura ato de improbidade administrativa por afronta ao art. 11, da LIA – é o v. acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em Apelação nº **3000218-22.2013.8.26.0648**, relator Des. RICARDO FEITOSA, 4ª Câmara de Direito Público, que em 23/05/2016 decidiu, de forma irrepreensível, que:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SALES – AQUISIÇÕES PELA MUNICIPALIDADE DE AUTOPEÇAS DE MICRO-EMPRESA DE TITULARIDADE DO IRMÃO DO PREFEITO MUNICIPAL, EM VALORES QUE SOMADOS NÃO ATINGEM SEIS MIL REAIS – CONDUTAS ENQUADRADAS NO ART. 11, DA LEI 8.429/92 – AUSÊNCIA DE PROVA DE DOLO DOS ENVOLVIDOS – DEMANDA PROCEDENTE – RECURSOS DOS RÉUS PROVIDOS”

VII – Tem-se, ainda, que a citada r. sentença proferida baseou-se na alegação do autor no sentido de que a matéria mereceu reprovação pelo e. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Tenha-se presente, ainda, que o egrégio TCE analisa os atos da Administração sob o enfoque que lhe compete atuar e sob a ótica administrativa, sem, porém, apreciar a matéria cuja competência é do egrégio Poder Judiciário, que é a relativa a ocorrência ou não do dano ao erário, do dolo, ou, ainda, da ocorrência do ato de improbidade administrativa.

Não se olvide, ainda, que **as decisões do e. Tribunal de Contas não vinculam o e. Poder Judiciário**, conforme decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação nº **0003593-47.2012.8.26.0477**-Praia Grande, rel. Des. LEONEL COSTA, da 8ª Câmara de Direito Público, julgado em 26/04/2017, com o seguinte excerto:

“No que respeita à mencionada lesão ao artigo 3º da Lei 8.666/93, frise-se que o parecer proferido pelo Tribunal de Contas não vincula as decisões do Poder Judiciário. Assim, embora o TCE tenha concluído que houve irregularidades nos editais de abertura das tomadas de preço, pois havia cláusulas que restringiam a participação de potenciais interessados, não se caracteriza ato de improbidade administrativa à medida que não se comprovou o dano ao erário”

O v. acórdão cai como uma luva ao caso em tela que é ora comentado, em que houve julgamento pelo egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que não vincula o egrégio Poder Judiciário, nem enseja, sobretudo, a prática de ato de improbidade administrativa se ausente o dano ao erário.

Com todo efeito, o Tribunal de Contas examina a matéria sob a ótica do acerto ou desacerto administrativo, o que não exime o egrégio Poder Judiciário de realizar a análise da matéria sob a ótica da legalidade, conforme decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº **593.522/SP**, relatora Ministra ELIANA CALMON, 2ª Turma, DJ de 06/12/2007, e Recurso Especial nº **472.399/AL**, rel. Ministro JOSÉ DELGADO, 1ª Turma, DJ de 19/12/2002.

Tem-se, portanto, que:

a) é de relevo examinar com toda cautela todos os compromissos assumidos pelo administrador nos dois últimos quadrimestres do exercício, e se de fato representam afronta ao art. 42, da Lei de Responsabilidade Fiscal;

b) não é porque a matéria foi considerada irregular pelo egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que forçosamente constituirá ato ilegal a ser censurado também pelo Poder Judiciário;

c) a ausência de comprovação de que o Prefeito Municipal tenha contraído obrigação de despesa nos últimos oito meses de mandato afasta a ocorrência de ato de improbidade administrativa, e

d) não é toda ilegalidade que constitui ato de improbidade administrativa, sendo que o ato de improbidade previsto no art. 11, da LIA, exige a ocorrência do elemento subjetivo do dolo.

Essas são as conclusões necessárias no tema em questão.