

PRESUNÇÃO DE LESIVIDADE DE DESPESAS PÚBLICAS NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – BREVE APROXIMAÇÃO DO TEMA

Vanice Regina Lírio do Valle*

Vem à luz no ordenamento pátrio a Lei Complementar nº 101/2000, com a proposta de restaurar – ou segundo sustentam alguns, instaurar – em nosso País, a gestão fiscal responsável, com os padrões de conduta que sejam a ela inerentes. Neste contexto, dentre outros comandos, fixa a Lei de Responsabilidade Fiscal, especificamente no que tange à despesa pública, um conjunto de requisitos a serem observados, cominando à hipótese de seu descumprimento, uma presunção de não-autorização, irregularidade e lesividade (art. 15 da norma citada) dos atos administrativos praticados.

A técnica do estabelecimento de uma presunção de lesividade, como meio de coerção voltado ao gestor público, no sentido de que se abstenha ele de práticas que o legislador considere inaceitáveis, não é nova em nosso ordenamento, sendo de se destacar – pelo pioneirismo – o comando desse jaez contido no art. 4º da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. Essa opção legislativa – cominar-se a presunção de lesividade – em verdade, prestigia as regras inobservadas nas hipóteses que o preceito cominador do vício elenca, devendo esse desiderato ser utilizado com parâmetro básico de sua interpretação¹.

Em sede de Lei de Responsabilidade Fiscal, optou-se, na dicção do art. 15, pela presunção de irregularidade em relação à “... geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam ao disposto nos arts. 16 e 17”. O traço distintivo dessa previsão é a circunstância de que se associa a uma *irregularidade formal*, uma inaceitável violação de valores juridicamente protegidos. O desafio de interpretação residirá em localizar-se o ponto médio em que se assegurará eficácia ao comando normativo, sem que, contudo, se faça prevalecer a forma sobre o fundo. É à investigação do verdadeiro conteúdo dessa regra que me passo a dedicar.

Não constitui tema novo em matéria de Direito Administrativo a investigação de qual seja o sentido que se deva conferir ao princípio da legalidade, posto à Administração Pública no art. 37, *caput*, da Carta Federal, tendo já a doutrina se

* Procuradora do Município do Rio de Janeiro. Subsecretária de Administração e Reestruturação do Estado do Rio de Janeiro. Mestranda no Curso de Direito, Estado e Justiça da Universidade Estácio de Sá.

¹ É certo que, por via oblíqua, como a ação popular é ação que se destina a anular ato lesivo ao patrimônio público (art. 5º, LXXIII da Carta Federal), a circunstância de se presumirem lesivos os atos praticados sob a condição “x” ou “y” tem por consequência imediata o abrir – em tese – ensejo ao controle social, por essa mesma via. Assim, a regra significará não só um mecanismo de coerção dirigido ao administrador incauto, mas também a garantia do uso de instrumento de controle judicial dos atos da Administração, próprio ao cidadão.

assentado em torno da compreensão de que o que se deseja é uma harmonização entre a conduta do Estado e o Direito, no sentido de que é de se ir além do reducionismo da literalidade da norma, buscando, ao revés, a sua finalidade. Com tal perspectiva, sem dúvida, se vivifica a norma, conferindo ao administrador papel muito mais relevante que o de mero aplicador do texto expresso; ao contrário, passa o agente público a ser responsável, no processo de interpretação da norma que aplica, pela investigação de quais os valores que naquele preceito se buscou tutelar, para, a partir deles, construir seu próprio conceito do verdadeiro conteúdo normativo.

Nessa linha de perspectiva, para bem compreender o que se almeja com os termos do art. 15 da Lei Complementar nº 101/2000, é preciso antes identificar qual o princípio que se tutela por intermédio dos arts. 16 e 17, aos quais a regra em estudo se remete.

Pois bem. A sistemática da Lei de Responsabilidade Fiscal se constrói, como se sabe, a partir de alguns princípios², expressos no seu próprio texto – planejamento, transparência, equilíbrio entre receita e despesa (art. 1º, § 1º da LC 101/2000), a par de outras premissas que complementam esse rol, notadamente, o pano de fundo da responsividade, no sentido de resposta do agente político à vontade geral democraticamente colhida nas urnas, que lhe assegurou a legitimidade para o exercício do poder. Se um valor, todavia, se devesse eleger como o que sintetiza o foco principal da sistemática da Lei de Gestão, a escolha certamente haveria de recair sobre o ideário do planejamento. E isso se diz, não só pela circunstância de cogitar o texto, especificamente em seus arts. 4º a 10, do *modus* de realização do planejamento, definindo conteúdo mínimo de cada qual dos três instrumentos da chamada Constituição Orçamentária (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual). Mais do que isso, a Lei Complementar 101/2000, em seu corpo, relaciona sempre a atividade estatal ao planejamento que ela pressupõe havido; ou à necessidade de corrigir-se as linhas de condutas antes traçadas, mas agora em concreto vistas como inadequadas às necessidades da sociedade que é servida pelo Ente Estatal.

Pode caber aqui a indagação: seria razoável submeter-se todo o atuar da Administração a uma projeção que se empreende segundo premissas – econômicas, sociais e de prioridades políticas – que podem se modificar profundamente com o decorrer do tempo? Para bem enfrentar a esse questionamento, é mister compreender qual seja a dimensão do planejamento público – ferramenta agora muito aludida, mas pouco conhecida. Útil a essa finalidade será a lição de Dauraci de Senna Oliveira, citado por Marcos Juruena Villela Souto³, *in verbis*:

2 Observe-se que a opção do legislador de relacionar o conceito da responsabilidade na gestão fiscal com os princípios que a ela deveriam reger já indica a supremacia destes, sobre os preceitos que o texto venha a expressar. Com isso, afastando-se da tendência positivista, o legislador buscou a garantia da atemporalidade – na medida do possível, evidentemente – da norma que se vinha de editar, sensível inclusive ao fato de que, em dias como os de hoje, o terreno das relações econômicas é cada vez mais volátil...

3 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro:

“Afirma Dauracia de Senna Oliveira que o planejamento público tem uma dimensão técnica e uma dimensão política. Técnica porque implica o domínio de uma metodologia de trabalho própria, o acesso a informações atualizadas, sistematizadas e agregadas no nível adequado às necessidades e, frequentemente, o apoio dos conhecimentos especializados de profissionais de diferentes áreas. Política porque é, antes de tudo, um processo de negociação que busca conciliar valores, necessidades e interesses divergentes e administrar conflitos entre os vários segmentos da sociedade que disputam os benefícios da ação governamental...”

Como se vê, o planejamento público em verdade é a expressão justamente do processo de harmonização entre as premissas técnicas e as políticas, assim entendidas como aquelas resultantes da legítima interação entre poder constituído e segmentos da sociedade organizada. Nesse passo caminha o texto da LRF, que consagra inclusive a participação popular como mecanismo assecuratório da transparência da gestão fiscal (art. 48, Parágrafo Único). Assim, prestigiar ao planejamento é, em última análise, prestigiar o processo democrático de formação das obrigações – e a palavra se usa em seu sentido vulgar – do Estado para com seus cidadãos.

A premissa da imperiosidade da ação planejada se traduz, dentre outros dispositivos da Lei Complementar 101/2000, nos arts. 16 e 17 da LC 101/2000, que relacionam a concretização de despesa pública – em linhas gerais – a uma estimativa de seu impacto orçamentário-financeiro, e à análise de compatibilidade com a tríade orçamentária⁴. O sistema, todavia, cogitado pelo legislador, só se completará com a aplicação conjunta do contido no art. 15 do mesmo diploma legal, tema inicial do presente trabalho, como se passa a demonstrar.

Já se disse que o campo de atuação da presunção de não-autorização, irregularidade e lesividade do ato praticado em desconformidade com os termos dos arts. 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal (conteúdo do multimencionado art. 15 da LC 101/2000) há de ser visto além dos limites estreitos da literalidade da norma. Isso porque esta presunção é instrumental à garantia de observância dos citados arts. 16 e 17, que, por sua vez, homenageiam ao princípio do planejamento, objeto daquele juízo social a que se refere Eros Roberto Grau⁵:

Editora Lúmen Júris Ltda, 2000, pp. 40/41

4 A rigor, a sistemática das chamadas despesas obrigatórias de caráter continuado, disciplinada no art. 17 da LC 101/2000, é um pouco mais complexa, exigindo a demonstração de origem de recursos para seu custeio. A referência genérica, todavia, é suficiente para a sustentação do argumento que se está a desenvolver.

5 GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. Rio de Janeiro, Malheiros Editores, 1996, p. 48

“O que transforma uma norma social em norma jurídica é o fato de a massa das consciências individuais chegar à compreensão de que a sanção material desta norma pode ser socialmente organizada – isto é, que a reação social contra sua violação pode ser socialmente organizada pelo emprego da coerção (1927/81). Há regra de direito quando a massa dos indivíduos que compõem o grupo compreende e admite que uma reação contra os violadores da regra pode ser socialmente organizada.”

Ora, se o juízo social se materializou em comando que determina a reprovabilidade da não observância do ideário do planejamento (dentre outros), a análise do “atendimento” – para usar a expressão da lei – aos requisitos dos arts. 16 e 17 da LC 101/2000 há de se dar sob a seguinte ótica: essa informação que se dá a título de cumprimento da formalidade legal permite efetivamente a análise da harmonia entre a ação que se quer desenvolver e o planejamento público posto? Isso porque, afinal, essa é a indagação de que cogita a massa de indivíduos, na expressão de Eros Grau.

Útil é a reflexão que se propõe, para sensibilizar o ordenador de despesas para a circunstância de que o que a Lei Complementar 101/2000 não opera sob a ótica do formalismo que se esgota em si mesmo. Ao contrário, o que ela deseja é a demonstração cabal de que a ação governamental que se pretende realizar tem viabilidade concreta – o que permite extrair a conclusão de que não bastará a existência física da informação para ilidir a presunção de lesividade do art. 15 da LC 101/2000; ao contrário, mister será a presença de elementos de informação suficientes à formulação do juízo de harmonia entre a linha de ação e os instrumentos vigentes de planejamento.

Nessa linha de convicção, algumas simplificações que se vem pretendendo emprestar às regras consagradas na Seção I – Da Geração da Despesa, do Capítulo IV – Da Despesa Pública, creio, já possam ser afastadas. A primeira delas diz respeito à estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes. Tem sido a praxe nas unidades administrativas que se vêem a braços com a contingência de buscar atender aos preceitos ora em análise limitar-se a apresentar um cálculo aritmético, de multiplicação da parcela mensal da despesa projetada pelo número de meses por haver no exercício em curso, acrescido de 24. Evidentemente, não é essa a intenção do texto, ao aludir à estimativa do impacto orçamentário-financeiro. Ao contrário, aquilo de que se cogita é uma avaliação de todas as eventuais conseqüências – custos diretos e indiretos⁶ – relacionadas à atividade.

⁶ Na identificação de custos indiretos, cabe ainda a consideração acerca de eventuais meios a serem providos para se deflagrar a iniciativa – disponibilização, por exemplo, de espaço ou equipamentos, enfim, tudo que possa ter repercussão financeira.

Ainda na linha do afastamento da simplificação que se vem pretendendo emprestar aos termos do acervo de informações destinado a instruir o processo de geração de despesa pública, vale lembrar que a declaração do ordenador de despesas, prevista no inciso II do art. 16 da LC 101/2000, não pode consistir em mera afirmação unilateral do agente público. Afinal, é a própria Lei de Gestão quem conceitua nos parágrafos do mesmo art. 16 o que se entenda por despesa adequada com a lei orçamentária anual, e compatível com PPA e LDO, o que corrobora a compreensão de que justamente os elementos integradores deste conceito devam estar traduzidos, seja no teor da declaração do ordenador, seja em documentos que a antecedam e a arrimem. Isso significa dizer que nos autos administrativos é de se fazer constar qual a dotação específica, ou qual o crédito genérico – por exemplo – que suportarão os ônus da ação governamental de que se está cogitando.

Outro aspecto fundamental relacionado ao verdadeiro conteúdo do art. 16, II da LC 101/2000 é a circunstância de que a ótica de que se cogita é não só a orçamentária, mas também a financeira. Isso significa dizer, que a par da existência de previsão/compatibilidade com os instrumentos da tríade orçamentária, faz-se necessária notícia acerca do comportamento em concreto da receita, vez que, como se sabe, orçamento é – para usar a expressão dos técnicos da área – dinheiro no papel, ao qual nem sempre corresponderá o necessário dinheiro em caixa. Observe-se que a informação acerca do impacto financeiro, no mais das vezes, nas organizações públicas, não será conhecida pelas Secretarias em geral. Ao contrário, esta é informação típica da Pasta da Fazenda, que deverá intervir para completar o quadro de elementos de instrução necessários.

Por derradeiro, em relação às despesas obrigatórias de caráter continuado, também a circunstância de que a iniciativa nova não afetará as metas de resultados fiscais – art. 17, § 2º da LC 101/2000 – é dado que não poderá ser traduzido meramente em assertiva assinada. Aliás, neste caso específico, esta é a compreensão a que se chega até mesmo pela análise da literalidade do comando legal, que alude à “...*comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas...*”.

Descendo as considerações a um nível um pouco mais operacional, parece de todo recomendável que cada Entidade Federada promova, junto a seus órgãos de controle interno e planejamento, à definição de metodologia e critérios para a prestação das informações cogitadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal com relação ao processo de instrução da realização de despesa pública. Isso porque, uma vez eleito um critério institucional aplicado uniformemente, tem-se o ganho da impessoalidade no trato do tema.

Identificada qual a finalidade teleológica dos dispositivos elencados no art. 15 da LC 101/2000 como de observância obrigatória, podemos retomar a análise de quais as hipóteses em que se terá por aplicável a presunção de irregularidade.

Primeira – e mais óbvia – é a ausência pura e simples de qualquer elemento de informação relacionado à incidência em tese dos dois dispositivos. Refiro-me à situação extrema em que o ordenador, em plena vigência da LC 101/2000, autorize

despesa sem qualquer notícia ou cogitação sobre a observância da sistemática por ela instituída. Silente o agente público, incide a norma da presunção de lesividade.

Importante observar já aqui uma sutileza em relação a essa hipótese de silêncio do gestor. Isso porque, divide-se já a doutrina em relação às hipóteses de aplicação dos termos dos arts. 16 e 17 da LC 101/2000. De um lado, temos aqueles – dentre os quais me incluo – que sustentam que, cuidando a Lei de Gestão de prestigiar à chamada Constituição Orçamentária, seria de se esperar que seu conteúdo conferisse o máximo de eficácia a esses instrumentos de planejamento – logo, se a ação governamental já encontra previsão expressa na Lei do Ano (a par, evidentemente, da compatibilidade com PPA e LDO), descaberia a declaração do ordenador, já que, nessa hipótese, nada mais se estaria fazendo senão dar execução ao planejamento institucionalizado pelas vias formais próprias. De outro lado, encontraremos aqueles que sustentam a incidências das regras dos arts. 16 e 17 da LC 101/2000 para toda e qualquer despesa, ao arrimo de argumentos como os oferecidos por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁷:

“A interpretação mais compatível com o escopo da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, sem dúvida, é a segunda, pois:

a) as normas devem ser interpretadas segundo os princípios específicos que adotam. No caso, a LRF adota entre outros a prevenção de débitos imoderados e reiterados, o equilíbrio entre aspirações da sociedade e os recursos que esta coloca à disposição do governo, e a limitação da dívida pública a nível prudente, compatível com receita e patrimônio público.

Todos esses princípios podem ser violados se adotada a primeira interpretação, pois o ordenador de despesas mesmo sem estar criando, expandindo ou aperfeiçoando a ação governamental poderá criar forte desequilíbrio entre a receita e despesa e gerar déficits absurdos.

(...omissis...)

b) a legislação que operacionalizou o comando do art. 16, revela a consagração da segunda exegese, no sentido de estender a exigência de declaração a todos os casos de empenho e licitação.”

Data máxima venia da opinião em contrário, e sem a pretensão de esgotar a discussão, que transcende em complexidade às linhas que sumariamente aqui se apresentam, quero crer que o teor do § 4º do art. 16 da LC 101/2000 subordina efetivamente à observância das regras contidas no *caput*, o empenhamento e a licitação, sim, mas nas hipóteses descritas na cabeça do dispositivo. Não me parece seja esse preceito suficiente a permitir a conclusão de que, não obstante a submissão

7 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby: *Responsabilidade Fiscal*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p.p. 34 e 35

de um conjunto de iniciativas ao processo de planejamento legalmente previsto, com o aval do Legislativo inclusive – já que os três instrumentos da chamada tríade orçamentária são legais em sentido formal – tenha-se ainda por não autorizada a ação governamental, exigindo-se ainda a intervenção do ordenador de despesas, que, com uma mera declaração, teria o condão de só então legitimar a realização de despesa pública. Todavia, como já se esclareceu, o tema é complexo e só agora começa a ser discutido. Instaurada já a divergência com relação ao *thema*, penso que caberia minimamente à organização pública buscar da unidade dotada de competência para fixar orientação em matéria jurídica qual o entendimento se vá adotar. Optando pela primeira tese⁸, chamado a ordenar despesa que não se enquadre na moldura dos arts. 16 e 17, basta ao ordenador informá-lo, declinando a sede da previsão na Lei Orçamentária Anual, daquela ação que se estará materializando. Com isso já se teria por afastada a aplicação da presunção de lesividade, vez que não caberia observar aos termos dos arts. 16 e 17 da LC 101/2000...

Caso, todavia, opte a unidade administrativa pela tese de cabimento, sempre, da sistemática contida nos artigos já tanto citados, a inexistência de elementos de informação relacionados ao cumprimento daquelas condições legais gerará – por óbvio – a consequência da presunção de lesividade.

A *quaestio*, todavia, não se encerra aí – e por isso todas as considerações até o momento desenvolvidas. Também desafiará a plena aplicação do comando contido no art. 15 da LC 101/2000 a apresentação – ainda que do ponto de vista da forma, aparentemente adequada – de elementos que sejam insuficientes à aferição, inclusive pelos órgãos de controle, do substantivo atendimento às exigências de fundo dos multicitados arts. 16 e 17. Isso porque o objetivo principal do comando legal, como se vem de demonstrar, não restará atendido, violando-se por via transversa aquele consenso social a que se referiu Eros Grau⁹.

Importante destacar que não obstante se tenha nesse trabalho de construção de um conteúdo à regra contida no art. 15 da LRF, concluído pela imprescindibilidade de uma demonstração substantiva do atendimento àqueles valores jurídicos que se tutela por intermédio dos arts. 16 e 17 do mesmo instrumento normativo, nem por isso se está sustentando seja irremediavelmente viciado o ato administrativo gerador de despesa ou obrigação que não tenha sido precedido de tais formalidades. Isso porque, até em linha de harmonia com o que se vem sustentando, aquilo de que se indaga é a real observância aos parâmetros que a Lei de Responsabilidade Fiscal elegeu como indicadores de uma decisão que traduza gestão fiscal responsável, no sentido do conceito firmado pelo art. 1º, § 1º da LC 101/2000. Sendo assim, se o ato se praticou com observância àqueles parâmetros – adequação orçamentário-fi-

8 Incidência dos arts. 16 e 17 tão somente para os casos de criação, expansão e aperfeiçoamento de ação governamental; ou de despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem obrigação por período superior a dois exercícios.

9 *in opus cit.*

nanceira, compatibilidade com PPA e LDO e demais requisitos – sempre caberá a intervenção sanatória da Administração, que, também por esse caminho, tutelará o dever de legalidade, como bem leciona Weida Zancaner¹⁰:

“Em tese, poder-se-ia supor que o princípio da legalidade imporia sempre à Administração o dever de invalidar seus atos eivados de vícios, para restaurar a ordem jurídica por ela mesma ferida. A suposição, todavia, não procede, pois a restauração da ordem jurídica tanto se faz pela fulminação de um ato viciado, quanto pela correção de seu vício.

(... omissis...)

Aliás, parece mais consentâneo com a restauração da legalidade, ao menos quando nos deparamos com atos que pode ser repetidos sem vícios, instaurá-la no presente, pela correção do ato do que por sua fulminação.”

Decerto, apresentados os elementos de instrução tidos por indispensáveis à concretização da despesa pública, ter-se-ia por sanado o ato e afastada a presunção de lesividade a que se refere o art. 15 da LRF, abrindo ensejo ao prosseguimento na ação governamental que nascera sob o estigma da imperfeição formal. Nem por isso estará necessariamente afastada – é importante esclarecer – eventual responsabilidade administrativa, pela prática de ato sem a observância, no momento aprazado, de *iter* legal.

Concluindo, impõe-se registrar que em matéria de despesa de pessoal – tema tratado especificamente pela LRF – a norma vai além, e comina mais do que a pecha da irregularidade: tem por nulo de pleno direito o ato que inobserva os mesmos requisitos formais (art. 21, *caput* da LC 101/2000). Independentemente das consequências que se busque imprimir a essa diferenciação empreendida pela norma – considerar irregular ou declarar, de antemão, nulo de pleno direito – quero crer que a mesma linha de raciocínio, quanto à necessária investigação da observância do conteúdo substantivo dos arts. 16 e 17 da Lei de Gestão, deva também nessa hipótese prevalecer, para assegurar efetividade à sistemática que pretende compelir o administrador público à atuação fiscal responsável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby: *Responsabilidade Fiscal*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, pp. 34-35

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*: Rio de Janeiro, Malheiros Editores, 1996, p. 48

10 ZANCANER, Weida: *Da Convalidação e da Invalidação dos Atps Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, pp. 55/56

SOUTO, Marcos Juruena Villela: *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda, 2000, pp. 40-41

ZANCANER, Weida: *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, pp. 55-56