

O Art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal e o seu Impacto na Fase Interna das Contratações Administrativas

Flávio Amaral Garcia¹

I As contratações administrativas e o sistema orçamentário

A sistemática das contratações administrativas sempre esteve diretamente vinculada à previsão e existência de recursos orçamentários.

A Lei nº 8.666/93 consagra esta premissa ao estabelecer, no seu art. 7º, § 2º, III, que as obras e serviços somente podem ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso.

O art. 14 do mesmo diploma legal estabelece a mesma premissa para as compras, prescrevendo a necessária indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Importante registrar que nem sempre foi assim. O Decreto-lei nº 2.300/1986 – diploma legal que tratava do tema das licitações e contratos e que foi revogado pelo art. 126 da Lei nº 8.666/93 – estabelecia como requisito nas licitações apenas a prévia elaboração do projeto básico. A previsão de recursos orçamentários era postergada para o momento da contratação.²

¹ Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes – RJ. Professor do Curso de Pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

² JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 124. explica: “O art. 6º do revogado Dec.-lei nº 2.300/86 obrigava a existência de previsão orçamentária apenas para a contratação, vinculando a licitação tão-só à prévia elaboração do projeto básico. Em consequência, a Administração, autorizada que estava a

De fato, não fazia sentido que a Administração Pública iniciasse procedimento licitatório do qual participassem vários interessados para, ao final, concluir que não havia recursos suficientes para efetivação da contratação.³

Daí porque, de acordo com a sistemática instituída pela Lei nº 8.666/93, a ausência de indicação de recursos orçamentários, na fase interna da licitação, pode ensejar a nulidade do certame, com a necessária apuração e eventual responsabilização dos servidores que deram causa a tal situação.

Ressalve-se, por oportuno, que a reserva de recursos orçamentários não significa a disponibilidade efetiva dos recursos financeiros, que somente ocorrerá no momento do pagamento ao contratado.

Além destes requisitos de ordem orçamentária nas licitações públicas, com o advento da Lei Complementar nº 101, de 4-5-2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal –, houve o acréscimo de outras exigências envolvendo a compatibilidade com o sistema orçamentário. É que se depreende do art. 16 da LRF:

“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 subseqüentes;

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.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I – adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II – compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades

licitar sem dispor de recursos orçamentários, defrontava-se, volta e meia, com arguições embaraçosas quanto à suposta precipitação com que se atirava a realizar prélios licitatórios sem a certeza de que viria a contar com recursos financeiros para contratar a empresa adjudicatária, o que provocava suspeições, frustrações e, não raro, polêmica sobre o direito ao contrato.”

³ Neste sentido, é a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 110: “O princípio da República e a exigência de eficiência excluem a possibilidade de licitações destituídas de seriedade. Por isso, a verificação da ausência de plausibilidade para a futura contratação afastará a possibilidade da instauração da licitação. Existindo elementos indicativos da impossibilidade da contratação, seria um despropósito desencadear a licitação – inclusive porque inúmeros potenciais interessados se afastariam da disputa por reputar que a licitação envolveria despesas inúteis (já que a contratação nunca viria a ocorrer). Em última análise, licitação nessa circunstância envolve elevação sensível dos custos de transação, o que se traduz na redução das potenciais vantagens para os cofres públicos e na redução do universo de licitantes.”

e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser 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;

II – desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.”

O objetivo do dispositivo – como de resto da própria Lei de Responsabilidade Fiscal – foi o de evitar a ocorrência de despesas que pudessem comprometer o equilíbrio orçamentário, além de explicitar a necessidade do planejamento como premissa e diretriz nas despesas públicas.

Sucedem que, apesar de o § 4º do citado art. 16 prescrever que tais requisitos se constituem em condição prévia para empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras, fato é que não são todas as licitações e contratações que reclamarão a exigência de tais documentos. É o que se pretende demonstrar na seção 2.

2 O alcance da exigência contida no art. 16 da LRF

Preliminarmente, parece necessário delimitar o âmbito de alcance da referida norma, partindo da premissa de hermenêutica de que o § 4º não deve ser interpretado isoladamente, mas a partir dos parâmetros fixados no *caput* do art. 16, eis que ali se encontra o núcleo do comando normativo.⁴

Significa dizer, portanto, que os documentos arrolados nos incisos I (estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes) e II (declaração do ordenador de 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) somente podem ser exigidos quando restar demonstrado que ocorreu a criação, expansão ou aperfeiçoamento de uma ação governamental que tenha gerado aumento de despesa.

⁴ A Lei Complementar nº 95, de 26-2-1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, prescreve no seu art. 11, III, c, o seguinte: “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: [...] III – para a obtenção de ordem lógica: [...] c) expressar por meio de parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por esta estabelecida;”

O primeiro desafio que surge é estabelecer os parâmetros para que, no caso concreto, se possa enquadrar a despesa pública como sendo ou não uma “ação governamental”.

O entendimento que tem prevalecido na doutrina é o explicitado por FLÁVIO C. DE TOLEDO JR. e SÉRGIO CIQUERA ROSSI:⁵

“Vale ponderar, não é qualquer aumento de gasto público que precisa submeter-se ao ritual administrativo antes descrito. Livres dessas cautelas estão as despesas corriqueiras, habituais, relacionadas apenas e tão-somente, à operação e manutenção dos serviços preexistentes e que nada tenham a ver com criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental. Essas atividades rotineiras não se prevêm na LDO nem no PPA.

A rigor, as despesas iniciadas sob a categoria projeto atenderão aos requisitos do artigo em debate, sem embargo de que, ao longo dos três exercícios da estimativa orçamentária e financeira, os gastos decorrentes já não mais se classifiquem naquela categoria, mas, sim, como atividade. Exemplo: supondo que a construção de um pronto-socorro tenha se dado num único exercício; nele, tal despesa será tipificada como projeto; depois, nos dois anos seguintes, a operação do investimento será tida como atividade (folha material dos médicos, enfermeiro; aquisição de medicamentos e material de enfermagem etc.); nesse cenário, quer projeto, quer atividade, a despesa gerada sujeita-se aos trâmites do art. 16; contudo, importante destacar, é preciso que se inicie como projeto, ou seja, a categoria de programação relacionada à criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental.”

Esta linha de interpretação tem sido placitada pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, conforme se depreende de trecho extraído do voto do Exmo. Ministro AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI, proferido no Acórdão nº 1256/2004:

“Portanto, na linha do entendimento doutrinário citado, entendo que as despesas ordinárias e rotineiras da Administração Pública, já previstas no orçamento, destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, prescindem da estimativa de impacto orçamentário-financeiro de que trata o art. 16, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

[...]

Volto a frisar, porém, que não são todas as licitações que geram criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental e que muito menos geram aumento de despesa e, portanto, não é qualquer licitação que se subsume à aplicação do art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000.”

⁵ *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada artigo por artigo*. 2. ed. Nova Dimensão Jurídica: São Paulo, 2002, p. 112.

De fato, parece bastante razoável sustentar que **as despesas rotineiras da Administração Pública não se enquadram, como regra, no conceito de “ação governamental”**. Se o legislador pretendesse inserir estes requisitos como necessários a todo e qualquer processo de contratação administrativa não teria vinculado tais exigências às condicionantes previstas no *caput* do art. 16. Bastaria prever uma regra genérica que incluísse tais requisitos na fase interna de todas as licitações e processos de contratação direta.⁶

Nesta ordem de idéias, é razoável sustentar que a idéia de ação governamental está diretamente ligada à **finalidade institucional do órgão ou entidade contratante**, conforme bem explica JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR:⁷

“A LRF não define diretamente o que se deva entender por ‘ação governamental’, expressão chave para que se identifiquem as hipóteses de aplicação compulsória do art. 16 nos processos de contratação.

Todavia, os incisos do § 1º do art. 16 indicam que o conteúdo dessa ‘ação’ deve conciliar-se com os objetivos e metas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei do orçamento anual. A relevância desses instrumentos, do ponto de vista de sua conceituação constitucional, reside na aptidão para identificar, definir e quantificar estratégias e prioridades de governo, o que exclui da ‘ação governamental’ as despesas de mera manutenção do dia-a-dia administrativo e de suas atividades de apoio. Segue-se que a ‘ação governamental’ concerne às finalidades institucionais dos Poderes constituídos e dos órgãos e entidades incumbidos de concretizá-las, excluído o custeio já abrangido nas dotações orçamentárias. Não haverá, portanto, definição unívoca de ‘ação governamental’. Esta será aquela que almeja cumprir as finalidades institucionais do órgão ou da entidade. Vale dizer que o conteúdo da ‘ação governamental’ variará de acordo com as finalidades institucionais de cada Poder/órgão/entidade, tal como expressos no plano plurianual, na LDO e na LOA.

É de admitir-se que determinada atividade, para certo órgão, corresponderá a ‘ação governamental’, ao passo que a mesma atividade, para outro órgão, poderá ser mera atividade de apoio ou manutenção.”

A **criação** de ação governamental revela o desenvolvimento de um novo programa ou projeto. Imagine-se, por exemplo, um programa de apoio ao pequeno agricultor criado em função de uma nova demanda social.

A **expansão** sugere o aumento “quantitativo” de uma contratação já existente. Seria o caso de um programa que oferecesse leite na escola, cujos contornos

⁶ Este não é o entendimento de JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES. *Responsabilidade Fiscal na função de ordenador de despesas, na terceirização de mão-de-obra e na função do controle administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 35: “A legislação, que operacionalizou o comando do art. 16, revela a consagração da segunda exegese, no sentido de estender a exigência da declaração a todos os casos de empenho e licitação.”

⁷ Ob. cit. p. 127-128.

originais seriam mantidos, mas que passariam também a atender outras regiões que não estavam previstas na concepção inicial.

O **aperfeiçoamento** sinaliza para um aumento “qualitativo” da ação governamental implementada. Assim, um programa de governo que inicialmente oferecia remédios em casa passa também a englobar o médico de família, modificando a sua feição original.⁸

Mas é preciso, ainda, que este processo de contratação gere **aumento de despesa**. Significa dizer, em outras palavras, que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que **venha a ser acrescida à execução orçamentária do exercício vigente** é que deverá atender ao disposto nos incisos I e II do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O Exmo. Ministro do Egrégio Tribunal de Contas da União, AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI, no referido acórdão, explica:

“A manutenção das ações governamentais em seu estado rotineiro ou a não elevação dos gastos refogem da obrigação prevista no citado inciso.

Além disso, entendo que a exigência de que referido demonstrativo contemple o impacto no exercício em que a ação deva entrar em vigor e nos dois exercícios subseqüentes abarca duas idéias. A primeira, é a de que o orçamento vigente não contemplava tais despesas, de modo que a decisão de criar, expandir ou aperfeiçoar determinada ação governamental surgiu quando já vigente a Lei Orçamentária e, por tal razão, a exigência de que seja previsto o impacto no exercício que tais despesas entrarão em vigor. A segunda indica a continuidade dos gastos, que impactarão nos orçamentos subseqüentes, razão pela qual a lei exigiu a estimativa desse impacto nos dois exercícios posteriores àquele em que a ação entrou em vigor.

Quanto à primeira situação, parece-me evidente que se determinada despesa já está autorizada na lei orçamentária em vigor, seu impacto orçamentário-financeiro já se encontra estimado, pois já está fixado na lei. Não vejo razão prática para que o gestor, ao implementar o que está legalmente autorizado, estime o impacto de uma despesa já prevista, pois tal impacto já foi incorporado ao orçamento.”

Demais disso, fica claro que deve ser um processo de contratação que não se esgota nesse exercício financeiro, eis que se assim o fosse não haveria razão para exigir estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício e nos dois sub-

⁸ Buscou-se aqui utilizarem-se os conceitos já existentes de alteração “quantitativa” e “qualitativa”, mencionados no art. 65, I, a e b, da Lei nº 8.666/93. No mesmo sentido, é a lição de LUCIANO FERRAZ. *Lei de Responsabilidade Fiscal. Abordagens Pontuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 165: “No caput do art. 16 está previsto que a criação (assunção de nova obrigação), a expansão (aumento quantitativo) ou o aperfeiçoamento (aumento qualitativo) da ação governamental deverão ser acompanhados de...”

seqüentes. Evidencia, portanto, uma ação de efeito prolongado e que se estende por mais de um exercício financeiro.

As despesas consideradas irrelevantes também não necessitam da comprovação das exigências previstas no art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, a teor do § 3º do próprio dispositivo. A fixação da despesa irrelevante será fornecida pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.⁹

Por derradeiro, se o caso concreto comportar dúvida razoável em relação à aplicabilidade ou não do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, vale dizer, se não houver certeza quanto ao fato de o objeto da contratação se enquadrar ou não nos parâmetros fixados neste diploma legal, sugere-se, como medida de prudência, que o gestor atenda aos requisitos legais a fim de prevenir eventuais responsabilizações.

3 Os novos documentos exigidos no art. 16 da LRF

Estando presentes os requisitos do *caput* do art. 16, ou seja, demonstrando-se que se trata da criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesas, será necessário introduzir na fase interna da licitação¹⁰ a exigência de dois novos documentos, a saber: (i) a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes; (ii) e a 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.

Esses requisitos serão obrigatórios também nos processos de contratação direta (por dispensa ou inexigibilidade), desde que se configure a hipótese do *caput* do art. 16 da LRF; afinal, nada justificaria o seu afastamento pelo simples fato de não se realizar procedimento licitatório.

Sendo ou não o caso de atendimento do art. 16 da LRF, parece salutar que na fase interna de todas as contratações administrativas conste justificativa atestando

⁹ No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 4.577, de 12-7-2005 – que dispõe sobre as diretrizes para elaboração da Lei do Orçamento Anual de 2006 –, estabeleceu no seu art. 29 o seguinte: “Art. 29. “Entende-se como despesas irrelevantes, para fins de atendimento ao que dispõe o § 3º do art. 16 da Lei Complementar Federal nº 101, de 2000, as despesas cujo valor não ultrapasse os limites fixados nos incisos I e II do art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 21-6-1993.”

¹⁰ MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 31, explica a fase interna e fornece roteiro para sua seqüência: “Os atos preparatórios das licitações representam procedimento administrativo específico de cada órgão, não podendo uma norma, dita geral, descer a tais minúcias, sob pena de, fugindo às suas características, invadir a competência legislativa supletiva dos Estados e Municípios. É essa fase que mais pode contribuir para um salutar desenvolvimento do procedimento licitatório, quer pelas precauções da Administração em relação aos possíveis interessados, quer pelos cidadãos que, internamente, devem ser tomados pelo controle hierárquico [...] Após o planejamento estrutural, a seqüência razoável dos atos preparatórios deve observar o seguinte: 1ª Requisição do Objeto; Estimativa do Valor; Autorização da Despesa; Elaboração do Edital; Análise Jurídica do Instrumento; Publicação do edital.”

do o cabimento ou não da exigência. Tal medida atende ao princípio da motivação e facilita a compreensão dos órgãos de controle, conferindo maior transparência à atuação administrativa.

A estimativa a que se refere o inciso I do art. 16 da LRF deve ser acompanhada das premissas e metodologias de cálculo, a teor do que dispõe o § 2º. A idéia aqui é descrever o método e os critérios utilizados para se elaborar a estimativa, razão pela qual deve ser um documento claro e motivado, a fim de permitir que se faça aferição de razoabilidade acerca das suas conclusões.

Como o próprio nome já sinaliza, a estimativa envolve uma certa projeção de futuro, não se podendo imaginar que sempre corresponderá rigorosamente ao que ocorrerá na realidade. Daí cogitar-se que tal estimativa considere a formulação de várias hipóteses e cenários, de modo a considerar as possíveis variáveis de impacto orçamentário nos futuros exercícios financeiros. Isto não autoriza, por óbvio, que seja um documento elaborado em bases irreais e despido de critérios técnicos.

Deverá ser um documento elaborado por agente dotado de conhecimento técnico, mais se aproximando da competência dos órgãos financeiros e de contabilidade. Não parece ser ato de competência do ordenador de despesas, eis que se assim fosse teria o legislador expressamente estabelecido, como fez na hipótese do inciso II do art. 16 da LRF.¹¹

O segundo documento a ser produzido é a declaração do ordenador de 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.

A significação do que seja adequação com a lei orçamentária anual é dada pelo próprio § 1º, I, do art. 16 da LRF, ao prescrever que será “a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício”.

MARÇAL JUSTEN FILHO¹² explica a *ratio* da norma:

“A adequação orçamentária envolve a previsão de recursos orçamentários para satisfação da despesa a ser gerada por meio da futura contratação. Observe-se que o art. 16, § 1º, da LRF afastou um expediente primário, mas largamente utilizado pela Administração Pública. Impôs o dever de considerar *todas* as despesas subordinadas a determinada rubrica orçamentária. Tornou-se explicitamente vedado o artifício de sujeitar-se uma série

¹¹ JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, ob. cit. p. 31, comunga do mesmo entendimento: “Certamente essa estimativa, em homenagem ao princípio da segregação das funções, não deve ser feita pelo ordenador de despesas, mas por outro órgão ou agente a fim de que se efetive o controle sobre essa função.”

¹² Ob. cit. p. 109.

de despesas a um crédito genérico, tomando em vista o valor isoladamente de cada despesa. Assim, cada despesa isoladamente era inferior ao crédito orçamentário, mas o somatório total das despesas ultrapassava largamente a previsão orçamentária.”

Do mesmo modo, o § 1º, II, do art. 16, definiu que será compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.¹³

Especial cautela deve ser conferida às restrições normalmente contidas na lei de diretrizes orçamentárias, que, não raro, vedam a destinação de recursos em diversas situações.¹⁴ Esta é uma averiguação mais fácil do que a de compatibilidade com o plano plurianual, eis que as suas diretrizes e metas são, no mais das vezes, dotadas de caráter genérico e que podem dificultar o cotejo para fins de atendimento da norma citada.

Daí ser correta a linha de interpretação adotada por JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES no sentido de que a norma deve ser lida considerando compatível com o plano plurianual, no que couber.¹⁵

4 O descumprimento do art. 16 da LRF e as suas consequências

O art. 15 da LRF considerou não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atenda ao disposto nos arts. 16 e 17.

A primeira preocupação que surge é saber se esta é uma presunção absoluta (que decorreria de uma interpretação acentuadamente literal) ou relativa (fruto de uma interpretação teleológica).

¹³ RICARDO LOBO TORRES. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 148-149, explica as relevantes funções destas duas leis orçamentárias: “O plano plurianual tem por objetivo estabelecer os programas e as metas governamentais de longo prazo. É planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico, do equilíbrio entre as diversas regiões do país e da estabilidade econômica. [...] A lei de diretrizes orçamentárias tem, como o próprio orçamento anual, natureza formal. É simples orientação ou sinalização, de caráter anual, para a feitura do orçamento, devendo ser elaborada no primeiro semestre (art. 35, II, do Ato das Disposições Transitorias).”

¹⁴ Apenas para exemplificar, a Lei Estadual nº 4577, de 12-7-2005 – que dispõe sobre as diretrizes para elaboração da Lei do Orçamento Anual de 2006 –, estabelece vedações de investimentos em novos projetos em detrimento dos que estão em andamento (art. 24, II), vedação de destinação de recursos públicos para instituições ou entidades privadas que não coloquem suas contas acessíveis à sociedade civil (art. 14, § 2º) ou vedação de destinação de recursos para instituições ou entidades de caráter privado quando seja verificada a vinculação de seus membros a familiares do Poder Executivo, Judiciário e Legislativo (art. 14, § 1º, I).

¹⁵ Ob. cit. p. 36.

Na primeira exegese, poder-se-ia dizer que o simples descumprimento do art. 16 acarretaria a nulidade da contratação e a apuração de responsabilidade do gestor público, independente de lesão ou prejuízo ao erário. A própria lei já teria atribuído a consequência jurídica desejada ao não atendimento do requisito legal.

Na segunda exegese, poder-se-ia considerar lesiva ao erário apenas no caso de se confirmar que o não atendimento do art. 16 da LRF decorreu de irresponsabilidade na assunção da obrigação – comprometendo a diretriz de prudência fiscal desejada pelo legislador – e causou **efetivo prejuízo ao erário**.

Esta segunda linha de interpretação parece mais adequada, conforme bem elucida DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:¹⁶

“Ora, a existência de vícios formais, que decorreriam do mau processamento da despesa, por insatisfação dos requisitos processuais da despesa exigidos nos artigos 16 e 17, poderiam até induzir uma **intenção de lesividade**, jamais, porém, caracterizar uma **efetiva lesividade**, como uma presunção absoluta.

Não pode ser assim, desde logo, porque tal interpretação agrediria o sistema de direitos fundamentais protegidos pela Constituição, pois seria o mesmo que admitir que alguém, no caso, o gestor público, pudesse ser presumidamente responsável por lesão que afinal se dispensaria de ser comprovada.

E não é assim, ainda, sob exegese teleológica: pois não são as **exigências formais** dos arts. 16 e 17 que, em última análise, o legislador deseja ver atendidas, mas, na verdade, o que se pretende na Lei é que as **condições orçamentárias-financeiras materiais para realização das despesas públicas**, a que se remetem essas cláusulas formais, estejam efetivamente satisfeitas, pois são essas que têm relevância jurídica substantiva.

Posto em outros termos: a comprovação instrumental, que parece ser a exigência fundamental para a caracterização de uma **presunção relativa de lesividade**, apenas serve à salvaguarda do valor jurídico substantivo tutelado, que é a efetiva proteção do erário contras despesas ilegais” (Os grifos são do original).

Seria contrário ao próprio interesse público anular uma contratação que não provocou nenhum dano ao erário em razão de uma irregularidade de ordem estritamente formal.

Observe-se que a omissão do ordenador de despesa na emissão da declaração de sua competência não foi tipificada como crime pela Lei nº 10.028, de 19-10-2000 – que criminalizou diversas condutas previstas na LRF, o que não afasta a

¹⁶ *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal. Finanças Públicas Democráticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 157-158.

possibilidade do seu enquadramento como ato de improbidade administrativa, em especial no art. 10, inciso IX e X, da Lei nº 8.429, de 2-6-1992,¹⁷ podendo acarretar responsabilização na esfera cível e administrativa.

5 Conclusões

Em face de tudo o que foi exposto, é possível sintetizar as seguintes conclusões:

- (i) **não são todas as despesas que reclamam o atendimento do art. 16 da LRF.** Se assim não fosse, não haveria nenhuma razão lógica para que o legislador tivesse previsto o seu cabimento nos casos de “criação, expansão, aperfeiçoamento da ação governamental que acarretem aumento de despesa”. Estão fora, por exemplo, as despesas rotineiras e corriqueiras da Administração Pública. Essa tem sido a orientação da maior parte da doutrina e do próprio Tribunal de Contas da União;
- (ii) a idéia de ação governamental está diretamente ligada à **finalidade institucional do órgão ou entidade contratante**, devendo ser interpretada à luz das peculiaridades da situação concreta. A criação envolve algo novo, a expansão um aumento quantitativo e o aperfeiçoamento um aumento qualitativo;
- (iii) é preciso, ainda, que se comprove o aumento de despesa. Em outras palavras, é preciso que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental **venha a ser acrescida à execução orçamentária do exercício vigente**. Necessário, também, que seja uma ação de efeito prolongado e que se estenda por mais de um exercício financeiro;
- (iv) **se a hipótese comportar dúvida razoável** na incidência ou não do art. 16 da LRF, sugere-se, como **medida de cautela**, que o gestor público atenda aos seus requisitos, como forma de prevenir responsabilidade e dar cumprimento a diretriz de prudência fiscal;
- (v) os novos documentos previstos nos incisos I e II do art. 16 da LRF devem ser inseridos **na fase interna das licitações públicas**, sendo aplicável também nos casos de contratação direta (dispensa e inexigibilidade), desde que presentes os requisitos do *caput*.

¹⁷ “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, mal barateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei e notadamente: [...] X – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; XI – liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.”

- (vi) sendo ou não o caso de atendimento do art. 16 da LRF, recomenda-se que na fase interna de todas as contratações administrativas conste **justificativa atestando acerca do cabimento ou não da exigência**. A sugestão busca atender ao **princípio da motivação**, conferindo maior transparência à atuação administrativa.
- (vii) o não atendimento do art. 16 da LRF não deve gerar, de imediato, a anulação da contratação. É preciso que se demonstre o **efetivo prejuízo causado pela omissão**; daí porque sustenta-se, amparado em entendimento doutrinário, que a presunção estabelecida no art. 15 da LRF é relativa e não absoluta.

Bibliografia

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade Fiscal na função de ordenador de despesas, na terceirização de mão-de-obra e na função do controle administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

FERRAZ, Luciano. *Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagens pontuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: finanças públicas democráticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TOLEDO JR., Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciquera. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.