

SENHOR CONSELHEIRO RELATOR,

Processo: [04717/2020-3](#)
Classificação: Consulta
UG: Prefeitura Municipal de Iconha – PMI
Consulente: João Paganini
Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

PARECER MINISTERIAL

O **Ministério Público de Contas**, por meio da 3ª Procuradoria de Contas, no exercício de suas atribuições institucionais, manifesta-se nos autos da Consulta TC 4717/2020-3, formulada pelo Sr. João Paganini, na condição de Prefeito Municipal de Iconha.

Este Parecer se assenta na premissa de que **é proibido contrair obrigação de despesa, qualquer que seja o seu objeto, sem disponibilidade de caixa, durante todo o mandato, onerando receitas de exercícios futuros com despesas de exercícios passados, inclusive as despesas – não só de pessoal – do ano 2020, ressalvadas aquelas comprovadamente contraídas para o enfrentamento da Pandemia do novo Coronavírus (Sars-Cov-2).**

No essencial, concorda-se com o posicionamento do **Núcleo de Recursos e Consultas – NRC**. O principal ponto de discordância diz respeito à instituição de um **regime de transição** para a adoção do entendimento ora proposto, aqui considerado totalmente incabível.



SUMÁRIO

PREÂMBULO	1
SUMÁRIO	2
1 RELATÓRIO	3
2 ANÁLISE	6
2.1. O OBJETO DA CONSULTA	6
2.2. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS E JUSFILOSÓFICAS	6
2.3. PROIBIÇÃO DE CONTRAIR OBRIGAÇÃO DE DESPESA SEM DISPONIBILIDADE DE CAIXA	31
2.4. RESPONSABILIDADE FISCAL E RESTOS A PAGAR: DURANTE TODO O MANDATO O GESTOR É PROIBIDO DE INSCREVER OBRIGAÇÃO DE DESPESA EM RESTOS A PAGAR, SEM DISPONIBILIDADE DE CAIXA PROVENIENTE DO EXERCÍCIO FINANCEIRO EM QUE CONTRAÍDA	34
2.4.1. A RESPONSABILIDADE FISCAL	34
2.4.2. OS RESTOS A PAGAR	42
2.4.2.1 O CARÁTER REDUNDANTE DO ART. 42, LRF: SEU COTEJO COM O ART. 55, III, c, 3 e 4, LRF	51
2.4.3. CONSEQUÊNCIAS DE CONTRAIR, DURANTE TODO O MANDATO, OBRIGAÇÃO DE DESPESA, SEM DISPONIBILIDADE DE CAIXA PROVENIENTE DO EXERCÍCIO EM QUE CONTRAÍDA	60
2.5. ENTENDIMENTO DE QUE É PROIBIDO CONTRAIR OBRIGAÇÃO DE DESPESA, SEM A CORRESPONDENTE E CONTEMPORÂNEA DISPONIBILIDADE DE CAIXA, DURANTE TODO O MANDATO: DESNECESSIDADE DE REGIME DE TRANSIÇÃO	65
2.6. O AUMENTO DAS DESPESAS DE PESSOAL NO ANO DE 2020: SITUAÇÃO EXCEPCIONAL	76
2.7. RESPOSTA À CONSULTA	80
2.8. INCIDENTE DE PREJULGADO: CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO DE QUE É VEDADO, DURANTE TODO O MANDATO, INSCREVER EM RESTOS A PAGAR A OBRIGAÇÃO DE DESPESA DESPROVIDA DE DISPONIBILIDADE DE CAIXA	81
3 CONCLUSÃO	87

1 RELATÓRIO

Versam os autos de **Consulta** realizada pelo Sr. **João Paganini, Prefeito Municipal de Iconha**, suscitando na [Petição Inicial 01056/2020-3](#) (evento 02, p. 01-02) dúvida envolvendo a interpretação da [20 - Decisão Normativa 00001/2018-9](#) (Processo TCE/ES 3802/2018) e o possível descumprimento do art. 42¹, [LRF](#):

DA SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA:

Com fundamento nos artigos 122 e 123 Lei Complementar nº 621/2012, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e com fundamentos nos artigos 233 e 238 da Resolução TC nº 261/2013, que aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Espírito Santo, apresentamos o seguinte questionamento:

- 1) Considerando a Decisão Normativa TC 001/2018, de 29 de maio de 2018 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, será considerado descumprimento ao artigo 42 da LRF, despesa com pessoal, independente da data do empenho, desde que não tenha incremento a despesa no período vedado e que não tenha disponibilidade financeira para cobri-la ao final do exercício de 2020?

Junto à [Petição Inicial 01056/2020-3](#) (evento 02, p. 03-31) foi apresentado o **Parecer Jurídico nº 0345/2020**, elaborado pela Procuradoria Municipal de Iconha, com a seguinte Conclusão:

V- Conclusão

Pelo exposto, com fundamento nos artigos 122 e 123 Lei Complementar nº 621 de 08 de março de 2012, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e dá outras providências e com fundamentos nos artigos 233 a 238 da RESOLUÇÃO TC Nº 261, DE 4 DE JUNHO DE 2013, que aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, manifesto entendimento nos seguintes termos:

- a) O questionamento indicado se refere à situações em tese na forma da legislação estadual, pois tratam-se de dúvidas do gestor quanto a configuração de descumprimento do art. 42 da LRF (Lei Complementar nº 101/2000) face ao Estado de Calamidade;
- b) Não se trata de caso concreto, pois o Município de Iconha encontra-se abaixo no limite de gasto com pessoal na forma da LRF, como se

¹ **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.

comprova no extrato publicado no endereço <https://paineldecontrole.tcees.tc.br/municipio/2020/iconha/gestaoFiscal-pessoal>, conforme cópia anexa.

c) O Município de Iconha mantém a regularidade, em dia, dos pagamentos da folha de pagamento, conforme previsão na Portaria Municipal nº 03 de 09 de janeiro de 2020, que aprova o cronograma de pagamentos dos servidores municipais para o ano de 2020 e dá outras providências, cópia anexa.

Assim o questionamento está sob a ótica de formulação de consulta, em respeito aos artigos 122 e 123 da Lei Complementar nº 621 de 08 de março de 2012, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e dá outras providências e com fundamentos nos artigos 233 a 238 da RESOLUÇÃO TC Nº 261, DE 4 DE JUNHO DE 2013, que aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

O questionamento aparentemente não cita caso concreto: “Considerando a Decisão Normativa TC 001/2018, de 29 de maio de 2018 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, será considerado descumprimento ao artigo 42 da LRF, despesa com pessoal, independente da data do empenho, desde que não tenha incremento a despesa no período vedado e que não tenha disponibilidade financeira para cobri-la ao final do exercício de 2020.”

Assim, nos termos delineados neste parecer, o entendimento desta Procuradoria jurídica é no sentido de que o não pagamento de despesa de pessoal, sem ter incremento de despesa na forma da Lei Complementar nº 0173/2020, dentro do exercício financeiro por falta do caixa, supostamente devido a pandemia do Novo Coronavírus, peculiaridade ocorrida neste ano de 2020, **não configurara descumprimento ao art. 42 da LRF**, face a aplicação do disposto no inciso II do § 1º do art. 65 da LRF com a redação dada pela LC 173/2020, em que serão dispensados os limites e afastadas as vedações e sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42 da LC101/2000, bem como será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art.89 da mesma Lei Complementar, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate a calamidade pública. S.M.J. Este é o nosso parecer.

Mas, fica a critério da Administração Pública Municipal a decisão acerca da formulação ou não da consulta ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, conforme requerido.

Após a protocolização da [Petição Inicial 01056/2020-3](#) (evento 02), o feito foi distribuído e o Conselheiro Relator, senhor **Sebastião Carlos Ranna de Macedo**, proferiu o [Despacho 36415/2020-7](#) (evento 03) encaminhando os autos, na forma do art. 235, §1º do art. 235 do Regimento Interno, ao **Núcleo de Jurisprudência e Súmula – NJS** para análise e instrução.

No **NJS** foi elaborado o [Estudo Técnico de Jurisprudência 00041/2020-5](#) (evento 04) com a seguinte Conclusão:

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, nos termos do artigo 445, inciso III, do RITCEES, conclui-se informando a inexistência de deliberação deste Tribunal sobre o tema objeto da consulta, considerando-se tratar de contextualização do questionamento frente às consequências da Lei Complementar Federal nº 173/2020, que estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV—2 (Covid-19).

Deste modo, encaminho os autos ao Núcleo de Recursos e Consultas – NRC para instrução, nos termos do art. 235, ê1º, do RITCEES.

Por conseguinte, no **Núcleo de Recursos e Consultas – NRC** foi produzida a [Instrução Técnica de Consulta 00006/2021-1](#) (evento 05), a qual propôs que a Consulta fosse respondida conforme a Conclusão abaixo transcrita:

IV – CONCLUSÃO

IV.1 - Por todo o exposto, opina-se por responder à consulta nos seguintes termos:

É considerado descumprimento ao artigo 42, LRF, deixar sem suficiente disponibilidade de caixa despesas com pessoal, independentemente da data do empenho ou mesmo de não ter sido empenhada, i) que já fazia parte dos quadros de pessoal da Administração, independentemente da data de ingresso no órgão ou entidade, e ii) que, embora contratado ou admitido posteriormente, não atua no combate à calamidade pública decorrente da pandemia do Sars-Cov-2. Esse entendimento terá aplicabilidade a partir de 2024, para os mandatários que iniciam sua gestão em 2021, e em 2026, para os que iniciarão sua gestão posteriormente.

Não é considerada na apuração do art. 42, LRF, de modo a não necessitar de disponibilidade de caixa a despesa do pessoal que atua no combate à calamidade pública decorrente da pandemia do Sars-Cov-2, relativa a contratação ou admissão de novos profissionais, bem como o pagamento de horas extras ou outros gastos maiores dos profissionais que já compunham o quadro de pessoal.

Por fim, os autos foram recebidos neste *Parquet* de Contas para emissão de Parecer.

2 ANÁLISE

2.1. O OBJETO DA CONSULTA

A Consulta indaga sobre o cumprimento do art. 42, LRF, que prescreve:

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.

Reitera-se a Consulta formulada:

Considerando a Decisão Normativa TC 001/2018, de 29 de maio de 2018 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, será considerado descumprimento ao art. 42 da LRF, despesa com pessoal, independente da data do empenho, desde que não tenha incremento a despesa no período vedado e que não tenha disponibilidade para cobri-la ao final do exercício de 2020?

Em outros termos, pode-se colocar assim:

Viola o art. 42, LRF, a indisponibilidade de caixa para custear a despesa empenhada com pessoal, qualquer que seja a data do empenho, se não houve incremento da despesa nos últimos 08 meses de 2020?

Vejamos.

2.2. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS E JUSFILOSÓFICAS

A judiciosa [ITC 00006/2021-1](#) lança mão de sofisticada construção filosófica e jusfilosófica para fundamentar o posicionamento adotado. Do ponto de vista filosófico, aponta para a distinção entre texto e norma. Do ponto de vista jusfilosófico, aponta para a adoção do referencial teórico da teoria do direito como conceito interpretativo, tal como propugnado por RONALD DWORKIN. Todo esse esforço é lançado para justificar a interpretação que defende a aplicação do art. 42, LRF,

à integralidade do mandato, em cotejo ao texto legal, que faz menção apenas aos últimos dois quadrimestres do mandato.

Será visto nos itens seguintes que é possível – ou melhor, imperativo – interpretar o conjunto legislativo que disciplina a gestão pública no sentido de que, **em nenhum momento do mandato**, o gestor pode contrair obrigação de despesa corrente sem disponibilidade de caixa.

Ou seja, que **o art. 42, LRF, é redundante**: ele apenas explicita para os últimos dois quadrimestres do mandato um dever que persegue o gestor desde o primeiro até último dia de sua gestão. Uma redundância alvissareira, lançada com olhos fitos na realidade política com o intuito de dirigir particular censura contra o populismo e a vendeta. Ainda assim, uma redundância.

Ele só não seria redundante, criando dever jurídico já não imposto pelos demais institutos positivados nas leis de regência, se estabelecesse uma **proibição total** de contrair obrigação de despesa corrente nos últimos dois quadrimestres do mandato, isto é, mesmo com disponibilidade de caixa.

Não é o caso, porém. Por essa razão, **o dever do gestor de, durante todo o mandato, não contrair obrigação de despesa corrente sem disponibilidade de caixa existe independentemente do art. 42, LRF.**

Do ponto de vista metodológico, a conclusão antecipada nas linhas acima possui robusta sustentação dogmática². Chegar-se-á a ela utilizando os institutos positi-

² Numa concepção mínima, dogmática jurídica é a atividade cognitiva consistente em oferecer, a partir da *práxis* – isto é, do material jurídico-normativo em vigor (Constituição, as leis, os precedentes, os regulamentos etc.) –, critérios sólidos para que os práticos resolvam problemas jurídicos concretos de maneira correta ou pelo menos mais consistente. Descompondo analiticamente, eis as suas características: 1) tem por objeto a *práxis* e os problemas jurídicos concretos; 2) seu tempo de referência é o presente, ou seja, a *práxis* em vigor e os problemas jurídicos concretos atuais; 3) seus destinatários são todos aqueles que devem lidar com problemas jurídicos concretos atuais com base na *práxis* em vigor (juízes, advogados, membros do Ministério Público, conselheiros, auditores fiscais etc.); 4) sua função é fornecer critérios racionais para orientar/auxiliar os práticos a resolverem os problemas concretos com base na *práxis* vigente, ou seja, indicar soluções de *lege lata*. É a visão de: DIETRICH, William Galle. Ciência jurídica e garantismo processual – 1ª parte. **Empório do Direito**, Florianópolis, 16.03.2020. Coluna Garantismo Processual. Disponível em: <https://bit.ly/2TAwS8s>. Acesso em: 24.07.2021; DIETRICH, William Galle. Ciência jurídica e garantismo processual – 2ª parte. **Empório do Direito**, Florianópolis, 18.05.2020. Coluna Garantismo Processual. Disponível em: <https://bit.ly/3rv2dpE>. Acesso em: 24.07.2021; DIETRICH, William Galle. Ciência jurídica e garantismo processual – 3ª parte. **Empório do Direito**, Florianópolis, 27.07.2020. Coluna Garantismo Processual. Disponível em: <https://bit.ly/3BFgpRp>. Acesso em: 24.07.2021. Conferindo uma gama mais extensa de funções à dogmática: RO-

vados na legislação, dotados de elevado grau de densidade normativa, a partir de aportes metódicos sólidos e familiares.

Não será necessário a invocação direta e exclusivamente a princípios, nem assumir compromisso com tal ou qual referencial teórico, tanto mais quando, a par de complexo, é enleado em invencíveis disputas. E não há nada de defasado em tal modo de resolver problemas jurídicos.

Em primeiro lugar, porque o legislador exerce um papel na interpretação do direito e, no caso brasileiro, o art. 11, LC 95/1998³, deixa clara a opção do legislador, na generalidade dos casos, pela interpretação literal e sistemática⁴. Em segundo lugar, porque o frenesi da distinção entre regras e princípios, um dos maiores modismos do debate político nacional entre os fins dos anos 1990 e o início dos anos 2000, malgrado a sua inegável sofisticação, não foi bem-sucedido em tor-

DRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e Crítica da Jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais Online*, Revista dos Tribunais, vol. 891, p. 65-106, Jan./2010.

³ **Art. 11.** As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

- a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
- b) usar frases curtas e concisas;
- c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;
- d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;
- e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

- a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;
- b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;
- c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;
- d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;
- e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;
- f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; (Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)
- g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões 'anterior', 'seguinte' ou equivalentes; (Incluída pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)

III - para a obtenção de ordem lógica:

- a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;
- b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;
- c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;
- d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998 (Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona).

⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p 168.



nar a atividade dos juristas práticos mais objetiva, previsível e racional; pelo contrário⁵.

Para fazer referência apenas ao referencial teórico encampado na judiciosa [ITC 00006/2021-1](#) – novamente com a sincera intenção de prestigiar e louvar a qualidade do trabalho ali empreendido –, a primeira fase da obra de RONALD DWOR- KIN fornece quatro afirmações básicas sobre a diferença entre regras e princí- pios. Vejamo-las, lado a lado, com as respectivas objeções⁶:

⁵ É sintomático a esse respeito ver como um autor que inicialmente abraçou essa distinção, vociferando convictamente que a Constituição de 1988 inaugurara o paradigma dos princípios, anos mais tarde, especialmente por sua experi- ência como ministro do STF, sentiu a necessidade de rever suas convicções: “Este livro começa por ser uma distinta versão do meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. De modo tal, porém, que é outro livro. Começava a trabalhar sobre o que haveria ser sua 6ª edição quando me dei conta de que deveria reescrevê-lo. A uma, porque a experiência que durante seis anos vivi como juiz do STF fora extremamente significativa, enquanto prática de *interpretação/aplicação do direito*. A duas, porque **tudo o que pensava a respeito dos princípios havia de ser revisto. Além de tudo, porque passei realmente a temer juízes que, usando e abusando dos princípios – lembro aqui a canção de Roberto Carlos –, sem saber o que é direito, fazem suas próprias leis**” (GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes**. A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 13).

⁶ O conteúdo do quadro sinótico é um resumo do que consta em: SGARBI, Adrian. **Introdução à Teoria do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, págs. 86-91.



AFIRMAÇÕES BÁSICAS SOBRE PRINCÍPIOS	
RONALD DWORKIN	OBJEÇÕES
Formulação da norma: por sua formulação fluida, princípios (a) podem fornecer argumentos tanto em um sentido como em outro, nenhum deles definitivo para a solução de dado problema, e (b) possuem especial generalização, de modo que seu suposto de fato constitui razão apenas contribuinte – não concludente – para que se aplique a consequência jurídica. Por outro lado, as regras fornecem argumentos apenas para um sentido, definitivo para a solução do problema.	Formulação da norma: todas as palavras possuem alguma indeterminação, e para se saber se há maior ou menor grau de grau de equivocidade requer-se a comparação e a consequente eleição da parte do intérprete. Ademais, tanto princípios quanto regras podem possuir graus de generalidade (princípios mais gerais que outros, regras mais gerais que outras).
Estrutura da norma ou lógica: princípios e regras são estruturalmente distintos, o que se vê pela impossibilidade de enumerar exaustivamente as exceções aos princípios; ao contrário do que ocorre com as regras, que podem ter todas as suas exceções elencadas.	Estrutura da norma ou lógica: há alguma diferença estrutural entre regras e princípios, mas princípios também podem ser enunciados de modo condicional, como as regras. Ademais, esse tipo de dificuldade restringe-se aos princípios implícitos.
Validade da norma: princípios não se reconduzem a uma regra que os valide; não são criados pela legislação nem pela jurisprudência, decorrem do “sentimento de justiça” compartilhados por dada comunidade política; fornecem justificção moral e política ao direito, estabelecendo a ponte entre o direito e a moral.	Validade da norma: princípios explícitos, formulados pelo legislador, passam diretamente pelo teste de validade, e os princípios implícitos, induzidos de regras, passam indiretamente pelo teste de validade. Princípios implícitos não reconduzíveis a regras ingressam no perigoso terreno de valores afirmados sem qualquer base controlável.
Operacionalização da norma: princípios são utilizados nos casos difíceis e são aplicáveis por dimensão de peso/importância, de modo que dos vários princípios que concorrem para a solução do caso, prevalece o que for considerado mais habilitado, sem que isso signifique invalidação dos demais. Regras são aplicáveis nos casos fáceis e por critérios de especialidade, hierarquia e cronologia, de modo que a aplicação de uma implica em invalidação da outra.	Operacionalização da norma: é impossível predicar aos princípios uma medida própria, de modo que a prevalência acaba se resumindo à opinião do juiz que os valora. Além disso, também as regras são passíveis de elasticidade e ponderação quando aplicadas, ou seja, regras também geram dúvidas e são ponderáveis. Ao fim, a diferença entre regras e princípios é de grau.

O quadro acima não pretende refutar a proposta do jusfilósofo estadunidense, mas situar as disputas em torno do tema e, pois, o problema (e o inconveniente) de o jurista prático se comprometer com tal referencial teórico.

Não só com ele, frise-se: a proposta de ROBERT ALEXY⁷, sofisticada, decerto mais disseminada entre nós e, não raro, apresentada como alternativa à de RONALD

⁷ De maneira resumida, inicialmente – e esta é a versão mais abordada entre nós – o jusfilósofo alemão defendeu que regras são mandamentos de determinação que se aplicam por subsunção e os princípios, mandamentos de otimização que definem um estado ideal de coisas do ponto de vista fático e jurídico que se aplicam por ponderação nos casos de colisão, cujo resultado é aferido pelas submáximas da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. A propósito, ver: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85 e ss.

DWORKIN, igualmente enfrenta objeções obstinadas⁸. Em verdade, todas as propostas de distinção entre regras e princípios são palcos de desacordos teóricos (ao que tudo indica) irreconciliáveis.

Cabem mais três acréscimos.

Primeiro, o comprometimento ideológico de DWORKIN⁹, que forja a base da sua noção de comunidade de princípios de moralidade política, torna difícil a compatibilização da sua distinção entre regras e princípios com as sociedades super-complexas e seu pluralismo¹⁰.

Segundo, as ambições substantivas do autor são tão elevadas e controvertidas que geram desacordos não apenas entre dworkinianos e não-dworkinianos, mas também entre dworkinianos¹¹, o que põe em xeque a aptidão do método para eliminar a discricionariedade e conduzir, sempre, à única resposta correta.

⁸ O debate da doutrina alemã sobre está apresentada em: ALEXY, Robert. POSCHER, Ralf. **Princípios Jurídicos**. O debate metodológico entre Robert Alexy e Ralf Poscher. Org. Rafael Giorgio Dalla Barba. Belo Horizonte: Letramento / Casa do Direito, 2022, *passim*. Um rico conjunto de artigos acerca do tema consta de: **Crítica da Ponderação**. Método constitucional entre a dogmática e a teoria social. Coords. Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. Trad. Ricardo Campos. São Paulo: Saraiva, 2016, *passim*. Na doutrina nacional, por todos: MARTINS, Leonardo. Da distinção entre regras e princípios. In: **Liberdade e Estado Constitucional**. Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012, págs. 65-88.

⁹ Advertência estampada – a bem da honestidade intelectual – já no segundo parágrafo da introdução do primeiro livro do autor: “**Os diferentes capítulos deste livro definem e defendem uma teoria liberal do direito**” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3 ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. VI).

¹⁰ “É verdade que Dworkin, como já observei, reconhece que ‘a moralidade da comunidade é incoerente’, caracterizada por conflitos. Mas aí se trata de um conceito puramente fático da moralidade existente no meio da respectiva comunidade. Quando ele se refere, porém, à moralidade comunitária como moralidade política pressuposta pelas leis e instituições da comunidade, ele afirma um conceito normativo, dependente do juiz Hércules. Este teria a capacidade de determinar quais os princípios de moralidade servem consistentemente de apoio às instituições e às leis, caracterizando-os como princípios jurídicos. Também a esse respeito, a questão decorre de um normativismo idealista, incompatível com a forma de reprodução de uma sociedade supercomplexa e uma esfera pública pluralista, marcada pelo dissenso. **A própria noção de comunidade ou moralidade comunitária é problemática, pois o conceito de comunidade implica a partilha de valores ou representações morais comuns, sendo antes adequado às formações sociais pré-modernas. Na sociedade moderna, os pontos de observação se multiplicam cada vez mais, sendo inusitado que se possa falar de ideal regulativo capaz de descortinar o consenso subjacente na moralidade comunitária**” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. Princípios e regras constitucionais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, págs. 59-60).

¹¹ Talvez o exemplo mais emblemático seja o da divergência, entre dworkinianos, sobre a decisão proferida pelo STF na ADPF 132, que conferiu proteção constitucional à união estável entre pessoas do mesmo sexo. Concordando com a decisão: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Reconhecimento e igualdade de direitos: breves notas à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 132, de 05.05.2011. In: **Processo Constitucional**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, págs. 325-332. Discordando da decisão: STRECK, Lenio Luiz. A ADI 4.277, a ADPF 132 e o caso das uniões homoafetivas: reedição da fórmula de Radbruch ou do “enigma do direito ruim”. In: **30 Anos da CF em 30 Julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, versão eletrônica, posições 116-126.

Terceiro, na última fase do seu pensamento ele abraçou a tese da unidade do valor¹². No que ora importa, isso significa duas coisas. A um, que ele passou a ver o direito como um ramo da moralidade política, por sua vez um ramo de uma moralidade pessoal mais geral, finalmente um ramo de uma teoria ainda mais ampla sobre o significado do bem viver. A dois, que ele abandona a tese de que o direito está em conexão com a moral, o que faz a distinção entre regras e princípios perder sentido: se juízos e argumentos jurídicos são juízos e argumentos morais, não há mais conflito entre direito, moral e justiça, não há mais como falar num sistema de regras hostil às exigências da moralidade nem em princípios como as pontes que ligam direito e moral¹³.

As considerações precedentes não indicam posicionamentos adotados neste Parecer. Quer-se apenas pontuar que, nesses domínios, a adoção de um referencial teórico e a aplicação do direito em conformidade com ele pode, sim, de um lado, cumprir o papel de demonstrar o esforço do seu adepto de operar o direito de forma tão racional e objetiva quanto possível, mas, de outro, não pode se fazer acompanhar da suposição de que é a única forma de realizar os mesmos compromissos – e, talvez, de quem nem mesmo conduza aos resultados desejados, podendo fornecer apenas uma capa de sofisticação ao subjetivismo que supõe limitar.

Juristas práticos resolvem problemas práticos. Isso é mais do que um truísmo. Cuida-se de buscar, tanto quanto possível, lidar com seus problemas de maneira mais simples, familiar e consolidada, de modo a evitar tomar partido em debates teóricos (e meta-teóricos). Não é o caso de fazer ouvidos moucos para tais reflexões. A interação entre juristas práticos e juristas teóricos é enriquecedora para todos, mas é importante preservar a divisão de trabalho entre eles, sem que um arrogue para si as funções do outro. Com isso não se quer menoscar a distin-

¹² É como ele abre o seu último livro: “Este livro defende uma tese filosófica ampla e antiga: a unidade do valor” (DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho**. Justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 1).

¹³ MORBACH, Gilberto. **Entre Positivismo e Interpretativismo, a Terceira via de Waldron**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 182.

ção entre texto e norma, negar a existência ou afirmar a inutilidade dos princípios.

A questão da distinção entre texto e norma, ainda que não com esse nome, é lugar-comum na filosofia. Ninguém questiona que interpretar é atribuir sentido. De fato, uma coisa é o objeto interpretado – por exemplo, um texto de lei; outra, o sentido a ele atribuído.

Todos reconhecem a diferença – para alguns, ontológica – entre o objeto da interpretação e o produto da interpretação¹⁴. Em semiótica, ensina-se que o **signo** é a unidade de um sistema que permite a comunicação inter-humana e possui o *status* lógico de relação, sendo que nele o **suporte físico** (na linguagem idiomática, a palavra falada ou escrita) se associa a um **significado** (aquilo a que se refere o suporte físico) e a uma **significação** (aquilo que é suscitado na mente do sujeito cognoscente)¹⁵. O grande desafio é definir o grau de autonomia que o objeto da interpretação preserva (ou não) em face do intérprete¹⁶.

¹⁴ “Sustentar que há uma diferença (ontológica) entre texto e norma não significa que haja uma cisão estrutural entre ambos (o mesmo valendo para a dualidade vigência-validade). O que se quer dizer é que o texto não subsiste como texto (algo como ‘um conceito em abstrato’). Não há texto sem contexto, assim como não há texto jurídico isolado da norma que se atribui a esse texto. O texto já nos aparece com alguma norma, que é produto da atribuição de sentido do intérprete. O intérprete não é livre para atribuir qualquer sentido ao texto. Ele sempre estará inserido em uma determinada tradição, que sobre ele exerce constrangimento. A partir da diferença ontológica, a norma (sentido do texto) não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto ‘desnudo’. Ela é a constatação hermenêutica do sentido do texto” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento | Casa do Direito, 2017, p. 51).

¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**. Linguagem e método. 7 ed. São Paulo: Noeses, 2018, versão eletrônica, posição 78. O autor ilustra com o seguinte exemplo: “A palavra manga (fruta) é o suporte físico (porção de tinta gravada no papel). Refere-se a uma realidade do mundo exterior que todos conhecemos: uma espécie de fruta, que é o seu significado. E faz surgir na nossa mente o conceito de manga, variável de pessoa para pessoa, na dependência de fatores psíquicos ligados à experiência de cada um. Para aqueles que apreciam essa fruta, certamente que sua imagem será de um alimento apetitoso, suculento. Para os que dela não gostarem, a ideia será desconfortável, aparecendo a representação com aspectos bem diferentes. Trata-se da significação” (Cit., posição 78-79).

¹⁶ Em semiótica, defendendo a importância – não é a exclusividade – do sentido literal – e, pois, a força do texto em face do intérprete: “Ninguém mais do que eu é favorável a que se abram as leituras, mas o problema continua sendo o de estabelecer *o que é mister proteger para abrir, não o que é mister abrir pra proteger*. Na minha opinião, para interpretarmos a história de Reagan, mesmo na sua versão narrativa, e para nos sentirmos autorizados a dela extrapolar todos os sentidos possíveis, cumpre-nos, antes de mais nada, registrar o fato de que o presidente dos EUA disse – gramaticalmente falando – que tencionava bombardear a URSS. Se não compreendêssemos isso, não compreenderíamos nem mesmo que (sem tencionar fazê-lo, conforme ele próprio o admitia) estivesse fazendo uma piada. **Admitido que esse princípio possa parecer, se não conservador, pelo menos banal, mas de maneira alguma pretendo defletir-me dele.** E é sobre essa firme intenção que hoje se trava grande parte do debate sobre o sentido, sobre a pluralidade dos sentidos, sobre a liberdade do intérprete, sobre a natureza do texto, numa palavra, sobre a natureza da semiose” (ECO, Umberto. **Os Limites da Interpretação**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015, Versão eletrônica, posição 35).

Nesse ponto, diversos paradigmas filosóficos entram em disputa, desde versões extremas do objetivismo (objeto do conhecimento assujeitando o intérprete), de um lado, e do subjetivismo (objeto do conhecimento assujeitado pelo intérprete), de outro, e, ainda, pelas inúmeras subdivisões surgidas com o giro linguístico, e as inexauríveis disputas entre hermeneutas e analíticos, que não são estanques¹⁷, e, segundo a opinião que parece hoje a mais aceita, se resolve em termos de tônica¹⁸. De fato, pensando na interpretação jurídica, muitos fatores interferem: as idiosincrasias do intérprete, o contexto em que o texto se apresenta, a maior ou menor homogeneidade sociocultural dos intérpretes, o grau de porosidade do texto normativo, a tradição (ou não) sobre o tema em questão, seu nível de desenvolvimento dogmático etc.¹⁹

No ponto, a tese do Direito como um conceito interpretativo desafia objeções. Fala-se que ela pode ser um dos possíveis esquemas de interpretação jurídica,

¹⁷ “Pode-se, pois, supor que, em filosofia, ainda sobreviva a distinção entre um modo ‘lógico-conceitual’ de enfrentar algumas questões tradicionais e um modo ‘histórico-textual’. Obviamente: admitindo, como quer a tradição continental, que a perspectiva adotada decide *também* o tipo de objeto ao qual se aplica, ou vice-versa, que cada objeto requer e exige um certo método, é evidente que uma propensão maior pela impositação de tipo lógico decidiu, na filosofia analítica, o mais pronunciado interesse por objetos e problemáticas tipicamente linguístico-cognitivas (ou vice-versa: o interesse por problemáticas de tipo cognitivo decidiu o uso de perspectivas mais decididamente lógicas, ‘sincrônicas’): enquanto a implantação ‘humanística’ da argumentação histórica gerou, nos continentais, a maior propensão pela esfera da ‘cultura’, da arte, da filosofia prática. No entanto, é igualmente evidente que a relação pode, em qualquer momento, inverter-se e que objetos históricos ou ‘políticos’ possam exigir em qualquer momento uma elaboração lógica ou matemática, e vice-versa” (D’AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais**. Guia à filosofia dos últimos trinta anos. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 111). Cabe, ainda, transcrever esta passagem: “Existe, em outras palavras, um certo tipo de olhar sobre o ser, que presume compreender uma coisa captando-lhe qualquer aspecto ‘essencial’ ou ao menos individuando-lhe os componentes fornecendo-lhe uma definição descritiva; existe, ao invés, um outro tipo de visão do ser, que espera compreender ‘que uma certa coisa é aquilo que é, enquanto compreende como se tornou tal’. **Na realidade dos textos e dos percursos particulares de pensamento, a distinção entre ‘filosofias do ser’ e ‘filosofias do devir’ é muito menos clara e pronunciada de quanto o seja como hipótese em teoria**, e chamamos geralmente ‘filosóficos’ precisamente aqueles textos nos quais **as duas argumentações estão imbricadas; fragmentos de argumentação histórico-textual se alternam a fragmentos de argumentação lógico-conceitual**. Podemos pensar, então, no analítico e no continental, no lógico e no histórico, como valores (parcialmente antagônicos) postos numa escala e que variam de um autor a outro: falar-se-á de filosofias **com uma dominância** da perspectiva histórica ou **que dão maior relevo** às temáticas e aos autores da tradição continental e de filosofias com dominância da lógica, das temáticas e dos autores da tradição analítica” (Cit., p. 112).

¹⁸ “[se] filosofia analítica se não der conta de certos temas fundamentais da hermenêutica, não tem assunto, não tem conteúdo [...] se a hermenêutica não der valor aos instrumentos formais da analítica, ela não utiliza tudo para poder engergar de verdade as questões fundamentais da linguagem” (STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, págs. 79-80).

¹⁹ Os juristas práticos não interpretam (isto é, não atribuem sentido) apenas (a) enunciados prescritivos (textos de lei, precedentes etc.), mas também alegações de fato. No ponto, o referencial teórico da ITC 00006/2021-1 faz um acréscimo: “Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípios, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e de fidelidade. Em primeiro lugar, o que aconteceu? O homem que trabalhava no torno mecânico realmente deixou cair uma chave inglesa no pé de seu companheiro de trabalho? Em segundo lugar, qual é a lei pertinente? A lei permite que um operário assim ferido obtenha indenização de seu patrão? Por último, se a lei negar ressarcimento, será injusto? Se for injusto, devem os juízes ignorar a lei e assegurar a indenização de qualquer modo?” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3 ed. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, págs. 5-6).

mas não o único, como quer DWORKIN. Sua importância é reconhecida no exame de conceitos moralmente densos (dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, boa-fé etc.), não naqueles semanticamente objetivos, quando a compreensão é bastante, nem sequer se chegando a interpretar²⁰. A tese de que só há norma após a interpretação não é aceita unanimemente²¹. Por trás das ambições substantivas de teses como a da resposta correta, de DWORKIN, isto é, da adesão ao formalismo ou ao não formalismo está uma forma distinta de compreender o papel político do intérprete²².

²⁰ Andrei Marmor discorda de Ronald Dworkin, argumentando que há casos em que não há dúvida, quando, então, apenas se compreende, ficando a interpretação restrita aos casos em que há dúvida. Veja-se pela letra de um expositor: “Na compreensão não existe dúvida, porque as determinantes extralinguísticas fizeram o trabalho que delas se espera e dirigiram a apreensão do sentido para o esmo foco em que se situa a enunciação, produzindo entendimento de tipo quase imediato e não problemático. Em contraposição, interpretar é determinar quais dos diversos sentidos possíveis de um enunciado é aquele que deve ser considerado verdadeiro, correto ou vinculante em certa situação, em vista precisamente ou da insuficiência ou da desconsideração das referidas circunstâncias de enunciação, convenções linguísticas e comunicacionais e presunções razoáveis sobre as intenções do falante. É a atividade complementar a que se recorre diante da falha da compreensão, quando o enunciado resultou obscuro, ambíguo ou vago, ou quando diferentes critérios levariam à atribuição de diferentes sentidos [...] Para Marmor, não há nada de errado com defender a interpretação construtiva como um dos esquemas possíveis de interpretação, que se justifica para certos casos, contextos e propósitos. O problema é oferecê-la como o próprio conceito do que é interpretar no tocante a obras de arte e normas jurídicas” (COELHO, André. O Positivismo Exclusivo de Andrei Marmor: convenções e interpretação. In: **O Positivismo Jurídico no Século XXI**. Coods. Bruno Torrano, José Emílio Medauar Omati. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, págs. 276-277).

²¹ “não sigo a modinha que se formou no pós-positivismo brasileiro de afirmar que, simplesmente, ‘não existe norma jurídica *ex ante*’. Se a distinção entre texto e norma for pensada nesses termos, trata-se de algo que mais atrapalha que ajuda. Realizando uma distinção entre determinantes semânticos e determinantes pragmáticos, não estou convencido de que isso ocorra (ou deva ocorrer) com a força sugerida pelos pós-positivistas [...] ou, ainda, *necessariamente em todos os casos jurídicos, independentemente do jogo de linguagem específico*” (TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito**. E a urgência de um “pós-pós-positivismo” no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, págs. 202-203).

²² “Quando se permite ao julgador olhar através da linguagem da regra para discernir o seu propósito e aplicá-lo, abrem-se para o julgador alternativas que seriam excluídas caso a linguagem da regra fosse seguida de maneira inflexível. O propósito do artigo não é sugerir que a existência dessas alternativas seja algo necessariamente negativo. O propósito do artigo é mostrar simplesmente que, sob o modelo não formalista, essas alternativas existem; e que a escolha de uma das alternativas disponíveis não pode ser feita sem a realização de considerações factuais e morais de natureza controvertida. Como foi dito no contexto da discussão sobre o aspecto conceitual do debate entre formalismo e não formalismo, não há boas razões para dizer que apenas um desses métodos constitui uma forma genuína de interpretação de regras jurídicas. Mas há ótimas razões para insistir que eles devem ser distinguidos como formas muito diferentes de interpretação. Cada modelo reflete uma noção distinta do papel político exercido pelo intérprete das regras jurídicas. A teoria política clássica dividia as competências das instituições políticas de tal modo que ao poder judiciário cabia um papel muito menos criativo do que aquele que cabia ao legislativo. Aqui, pouco importa considerar se o esquema institucional proposto pela teoria clássica era justificado ou não. O importante é notar que ela não dissimulava a opção por limitar a liberdade de escolha das cortes judiciais. Hoje, o esquema clássico já é alvo de vários tipos de críticas e suspeitas; e, no entanto, ele continua exercendo pressão significativa sobre o imaginário político contemporâneo. Os juízes que procedem de maneira não formalista e se envolvem na tarefa controvertida de discernir o propósito das regras jurídicas insistem em dissimular a criatividade do seu trabalho. Por motivos que não são fáceis de definir, a proposição de que o juiz deve aplicar a lei sem inovação continua a ser um ideal que os próprios juízes hesitam em desafiar. E essa hesitação resulta numa conduta (esta sim!) politicamente negativa. Se realizar escolhas não é um problema, esconder o fato de que escolhas estão sendo feitas é, sem dúvida, um grande problema. O jargão dos juízes brasileiros, com a sua referência a categorias obscuras como *mens legis* (categoria cuja obscuridade, nesse caso particular, é agravada pelo fato de se tratar de uma expressão latina), não está preparado para lidar com a distinção entre formalismo e não formalismo. E, portanto, não está preparado para lidar com o fato de que os juízes têm à sua disposição duas formas diferentes de interpretar regras jurídicas, cada uma das quais implica assumir um papel político peculiar” (SCHECAIRA, Fábio. “A quem cabe a escolha?” Sobre a importância de

É importante ressaltar que, em nenhum momento – guardadas as proporções dos estágios de evolução teórica e filosófica, evidentemente –, os juristas acreditaram na perfeita equivalência entre texto e norma.

Alguns adeptos do neoconstitucionalismo soem afirmar que, no segundo pós-guerra, surge um sentimento constitucional que supera a indiferença até então dispensada às Constituições, e que, sob o marco filosófico do pós-positivismo, uma terceira via entre o juspositivismo e o jusnaturalismo. Dizem, ainda, que o Direito é reconectado a uma filosofia moral e a uma filosofia política, de modo que Direito, moral e política se influenciam mutuamente tanto na produção quanto na aplicação do Direito, muito por força da normatividade dos princípios e sua diferença qualitativa em relação às regras, reabilitando a razão prática e a argumentação jurídica, com a formação de uma nova hermenêutica que vem superar a crença liberal-positivista da objetividade da atividade interpretativa e da neutralidade do intérprete²³. Tudo isso deve ser visto com redobrado cuidado. Menos pelo que o neoconstitucionalismo afirma sobre si mesmo e mais pelo que nega em relação àqueles aos quais se opõe.

Acusação de redução do direito à lei e de mecanização da interpretação dirigida contra o positivismo tem alguma procedência em relação à Escola da Exegese da virada do século XVIII para o século XIX, mas exige temperamentos.

Primeiro, porque o antecedente dessa visão do juiz como um autômato é o sentido atribuído à parêmia do “juiz boca da lei”, que, todavia, vem sendo acusado de desprezar o contexto descrito por MONTESQUIEU, que não tinha o sentido de pleitear que o juiz decidisse como um ser inanimado²⁴.

distinguir os métodos alternativos de interpretação jurídica. **Direito, Estado e Sociedade**. N. 36, Jan./Jun. 2010, págs. 21-22).

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, págs. 343, 520 e 521.

²⁴ “veja-se a crítica de Michael Stolleis: **a) os juizes do Ancien Régime valiam-se de fontes como o Direito Romano, os precedentes e, circunstancialmente, até de textos de doutrina**; b) tais etapas do processo decisório, contudo, eram meros expediente, mais ou menos necessários, para se chegar à **etapa realmente essencial, que con-**

Segundo, porque não pode desconsiderar que o positivismo exegético se desenvolveu em sociedades mais homogêneas e menos complexas, ambiente que reduz significativamente o caráter problemático da atividade interpretativa²⁵.

Terceiro, o discurso de que no exegetismo a interpretação deveria ser estritamente literal e lógica nunca foi praticado de forma inteiramente coerente, constituindo um mito²⁶. Ao contrário do que se sói dizer, pesquisas mais detidas revelam que os métodos dos juristas exegéticos não forneciam aos intérpretes estritas diretivas metodológicas, pois deixam amplas margens de manobra que os intérpretes podem aproveitar segundo suas respectivas ideologias e habilidades²⁷.

sistia em exarar seu pronunciamento, sempre em nome do rei ou em nome do Império; c) ao decidir, o juiz agia como último elo de um encadeamento de autoridade, que procedia do réu ou do imperador, e chegava até ele, uma autêntica boca-da-lei (ou do imperador); d) a função jurisdicional, de interpretação jurídica, portanto, integrava-se ao Poder Executivo. No Antigo Regime, o juiz não era independente porque se constituía numa *longa manus* do soberano; e) é nesse contexto que surge a famosa descrição de Montesquieu sobre o Judiciário como *bouche de la loi* (*Espírito das Leis*, VI, 6), a qual se encaixa perfeitamente no que era a relação juiz soberano. Como esclarece Michael Stolleis, ‘essa descrição é frequentemente objeto de incompreensão, assim como as conotações que ela implica para a separação dos poderes’. Na verdade, o juiz ‘*boca da lei*’ não é um autômato que dispensa os expedientes ligados ao ato de interpretar, os quais, como dito, o magistrado não só conhecia como utilizava. Ser ‘*boca da lei*’ é uma descrição que ‘não implica ser a interpretação judicial inútil, mas tão somente que o Direito – em um sentido mecânico – contém soluções para tudo, e o juiz desempenha o papel de boca da lei para dizê-lo em voz alta’. Assim entendida a metáfora de Montesquieu, ela não representa um endosso ao compromisso dos dias de hoje ao *rule of law* (*état de droit*), nem à ideia de que é proibido ao Judiciário dele se desviar’. Montesquieu apenas descreveu ‘a relação jurídica entre o monarca e o Judiciário, e, a esse respeito, a metáfora é apta’, na medida em que ‘meramente denota a hierarquia do Direito como uma decorrência do soberano’ (RODRIGUES JR, Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo*. Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, págs. 163-164).

²⁵ “mesmo a Escola da Exegese não os confunde necessariamente, ainda que considere a distinção um ‘defeito’, quando admite que há textos que precisam de interpretação; o ideal é a ‘clareza’, pois *in claris cessat interpretatio*. Ocorre que, em uma sociedade mais simples, com um direito menos complexo, como o que os primeiros positivistas exegetas tentavam descrever, há um acordo muito maior sobre a conotação e a denotação do texto diante do caso concreto; as opiniões variam muito menos sobre o significado de expressões como ‘atentado ao pudor’ ou ‘mulher honesta’. Agora, na sociedade contemporânea, a variabilidade é bem maior, seja em relação aos utentes (sujeitos do discurso), seja em relação aos contextos dos fatos jurídicos. Daí a crescente importância do caso concreto e de como estabelecer conexões com os textos e procedimentos previamente estabelecidos” (ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional*. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, págs. 197-198).

²⁶ “A única abordagem positivista pela qual poderia ser dito que admite o posicionamento formalista é a mencionada doutrina civilista que surgiu na França e na Bélgica na primeira metade do século XIX, a *École de l’exégèse*. Seus adeptos declaravam, nos prefácios dos tratados de direito civil, a intenção de realizar apenas ‘exegese’ (em grego: explicação), isto é, interpretação estritamente gramatical e lógica do texto normativo – principalmente do *Code Civil* francês de 1804. Excluía-se da tarefa interpretativa qualquer consideração subjetiva ou construção conceitual feita pela doutrina. Conforme uma célebre afirmação da época, deveria ser ensinado o Código Civil, e não o direito civil. Em torno da Escola da Exegese formou-se, contudo, um mito que é reproduzido com base na literatura secundária e não dos originais. O estudo das obras dos integrantes da escola mostrou que essa tese não foi aplicada de forma coerente, apesar das declarações de seus principais autores. As soluções interpretativas que formularam os ‘exegetas’ para os casos controversos refletiam opções políticas pessoais e não resultavam da exegese literal e da pura ‘dedução’” (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*. Teoria da validade e da interpretação do direito. 2 ed. Porto Alegre: 2018, p. 187).

²⁷ “Segundo um persistente lugar comum, a Escola da exegese se caracterizaria por um código interpretativo centrado sobre dois critérios fundamentais: o critério do sentido literal das palavras e o critério da vontade

Por tudo isso, parece arriscado dizer que em algum momento, mesmo sob o pálio do positivismo exegético, os juristas acreditaram piamente na simplicidade de todo e qualquer processo interpretativo, como que a negar a distinção entre o que se interpreta e o produto dessa atividade.

Em relação às versões contemporâneas do positivismo jurídico, do século XX até hoje, as ideias de redução do direito à lei e do juiz a um intérprete maquinal do direito são totalmente improcedentes.

Seus autores mais proeminentes, tanto da tradição do *civil law* quanto do *common law*, reconhecem a abertura interpretativa, em geral, e a criação judicial do direito, em particular. Isso pode ser visto no explícito reconhecimento da discricionariedade judicial por meio da metáfora da moldura normativa, na qual o aplicador escolhe uma das opções possíveis²⁸, e da zona de penumbra, na qual o aplicador define o Direito nos casos em que ele não está totalmente regulado²⁹.

do legislador histórico, a buscar-se com o auxílio dos trabalhos preparatórios. A bagagem dos instrumentos interpretativos contemplados pelos juristas da Escola da exegese, contudo, parece mais articulada e complexa [...] Os códigos hermenêuticos dos juristas exegéticos não fornecem aos intérpretes estritas diretrizes metodológicas: conjuntos de instrumentos rigorosamente definidos e ordenados em sequência de usos prefixados, aptos a conduzir sempre às mesmas normas partindo das mesmas disposições. Trata-se, **pelo contrário, como se pode constatar, de códigos que deixam aos intérpretes amplas margens de manobra, que eles podem aproveitar segundo suas respectivas ideologias e habilidades**" (CHIASSONI, Pierluigi. **O Enfoque Analítico na Filosofia do Direito:** de Bentham a Kelsen. São Paulo: Contracorrente, 2017, págs. 369-371).

²⁸ **"Em todos esses casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica.** O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado de maneira a corresponder a uma ou a outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou se anulassem mutuamente. **O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.** Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva no sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. **Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. [...]** A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicação, da 'correta', não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). **Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.** De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador do Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no pro-

Há os que negam a mecanicidade da atividade judicial em todo e qualquer caso, afirmando que, do ponto de vista descritivo, pode acontecer de os juízes criarem Direito tanto nos casos regulados quanto nos casos não regulados, de modo que a única diferença é que, na primeira hipótese, eles modificam o Direito preexistente, já na segunda, não³⁰.

Também se encontra o argumento de que o grau de discricionariedade judicial é uma questão de desenho institucional definido à luz da economia da confiança, ou seja, aqui e acolá o legislador escolhe conceder maior ou menor discricionariedade aos juízes: quanto menor é a densidade normativa do texto legal, maior é o grau de discricionariedade judicial, isto é, de confiança depositada pelos le-

cesso de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. **Na medida em que, na aplicação da lei**, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, **possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo na criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais** que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a validade ou verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: não determinações que não resultam do próprio Direito positivo. **Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato**" (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, págs. 390 e 393).

²⁹ "Dworkin acusa também a atividade judicial criativa de injustiça e a desaprova como uma forma de legislação retroativa ou *ex post facto*, que, evidentemente, é em geral considerada injusta. **Mas a razão para que se considere injusta essa atuação legislativa retroativa é que ela frustra as expectativas justificadas daqueles que, ao agir, depositaram sua confiança na suposição de que as consequências jurídicas de seus atos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido quanto tais atos foram praticados. Entretanto, essa objeção**, mesmo que tenha cabimento se dirigida contra uma mudança retroativa feita por um tribunal, ou contra a revogação do direito claramente existente, **parece totalmente fora de contexto nos casos difíceis, pois estes são casos que o direito regulamentou de forma incompleta e para os quais não existe situação jurídica conhecida, ou direito claramente estabelecido, que justifique as expectativas**" (HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 356).

³⁰ "En breve, **una disputa regulada es aquella a la que el derecho proporciona una solución: El juez puede ser visto aquí en su imagen clásica: identifica el derecho, determina los hechos y aplica el derecho a los hechos. No existe nada de mecánico en esto. Los casos regulados pueden ser complejos y más difícil de decidir que los casos no regulados**. La dificultad para resolver, conforme al derecho, un complicado problema fiscal puede ser mucho más grande que para resolver un problema de justicia (*natural justice*) de conformidad con principios morales. La diferencia entre una disputa regulada y una disputa no regulada no estriba en que únicamente la segunda requiera del ejercicio el criterio del tribunal. Tampoco reside en que en las disputas reguladas los tribunales usan su criterio jurídico para aplicar el derecho, mientras que en las disputas no reguladas usan criterios morales para crear derecho. La imagen clásica mencionada anteriormente es equívoca. **Los tribunales usan tanto su función de aplicar derecho preexistente como la de crear derecho nuevo en casi todos los casos**. (No pretendo decir que casi siempre crean nuevas disposiciones jurídicas, sólo que casi siempre tienen que considerar si lo hacen.) **La diferencia entre disputas reguladas y no reguladas reside en que, como por definición, en las disputas reguladas el derecho proporciona una solución al caso, el tribunal no puede crear nuevas disposiciones jurídicas salvo que cambie las existentes**. Las disputas no reguladas son, como veremos, parcialmente reguladas, de ahí que el tribunal tenga que aplicar derecho existente, así como también crear nuevo derecho. **Sin embargo, puesto que, por definición, en una disputa no regulada el derecho contiene una laguna, dado que no proporciona una solución al caso, el tribunal puede crear derecho sin cambiar el derecho existente. Crea derecho integrando las lagunas**" (RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. Ensayos sobre derecho y moral. Trad. Rolando Tamayo e Salmorán. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, págs. 229-230).

gisladores nos juízes para darem acabamento a determinado tema – e vice-versa³¹.

Até mesmo os mais engajados na reflexão político-filosófica de combate à supremacia judicial reconhecem que, com certa frequência, o direito positivo, inclusive as Constituições, obrigam os juízes a formularem juízos morais, e que, nesses casos, eles não podem deixar de fazê-lo, devendo apenas atentar para não exorbitarem em tal mister³².

Como se vê, nenhuma conformação do positivismo jurídico, máxime em suas múltiplas facetas contemporâneas, defende (do ponto de vista normativo) ou descreve (do ponto de vista empírico) a aplicação da lei como uma atividade mecânica. Seus adeptos estão conscientes do grau de complexidade do proces-

³¹ “podemos decir con carácter general que **cuanto más generosa sea la economía de la confianza de un plan, más discreción debería tener el aplicador para apartarse del significado literal del texto en nombre del propósito del plan**; en contraste, un conjunto de actitudes de mayor desconfianza debería llevar a una metodología más restrictiva, exigiendo un mayor respecto del texto o de las intenciones o expectativas específicas del planificador” (SHAPIRO, Scott. **Legalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 408). Baseado nessas ideias, fala-se que, “respeitada sua liberdade de conformação, uma das tarefas desse mesmo legislador é a de gerenciar ou manejar a confiança que será depositada no futuro aplicador do direito, seja ele um funcionário da Administração Pública, seja ele um Magistrado. Quanto maior for a confiança depositada nos juízes, maior será a discricionariedade que eles terão para dizer qual o direito aplicável à espécie; ao contrário, quanto menor for a confiança depositada, menor será a discricionariedade”, o que pode – e deve – variar conforme os ramos do direito, sobretudo a partir de disposições constitucionais, depositam maior ou menor confiança nos juízes, sendo precisamente tal a razão por que, “por um lado, normas atinentes ao Direito Penal e ao Direito Tributário, permeadas por rigorosa atenção ao princípio da legalidade, concedem pouca ou nenhuma confiança nos juízes, não lhes permitindo margem de criatividade no momento da *applicatio*; enquanto, por outro lado, normas referentes ao Processo Civil, comprometidas, no processo de execução, com a plena satisfação do credor, facultam aos magistrados ampla margem de liberdade para decidir os meios mais adequados à consecução de tais fins” (TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**. Entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 375).

³² “La concepción del árbol vivo entiende que el papel de los tribunales incluye el poder de revisar nuestro entendimiento de la constitución, de modo a hacerlo avanzar y adaptarlo a nuevas realidades y nuevos valores. Considera a los tribunales, entonces, como redactores o reformadores de la constitución con el derecho no sólo de ‘hablar antes que todos’ en lo que concierne a la constitución tal como existe, sino también de hablar antes que todos en lo que concierne a la constitución tal como se está volviendo o tal como debería ser. [...] Estos términos a veces se usan para expresar la noción de que los tribunales deben tomar en serio –no deben retroceder ante– la invitación, implícita en el lenguaje vago o evaluativo que las constituciones a menudo emplean, a hacer juicios morales con voz propia sobre, por ejemplo, la ‘crueldad’ del castigo o lo ‘irrazonable’ de un procedimiento de cateo o secuestro. Acepto el argumento de Ronald Dworkin en cuanto a que, cuando el lenguaje se lo usa de esta manera (como se lo hace, por ejemplo, en las enmiendas Octava y Cuarta, respectivamente, de la Constitución de los Estados Unidos), la responsabilidad de formular los juicios de valor relevantes recae en los jueces del siglo XXI; ellos no tienen la obligación ni tampoco el derecho de prestar deferencia a la forma en que se habrían hecho estos juicios en 1791, cuando esas enmiendas se introdujeron (Dworkin, 1996). **Eso no es supremacía judicial: son los jueces que cumplen con las instrucciones que les da la constitución. Pero si un tribunal va más allá de esto y desarrolla nuevos puntos de vista acerca de lo que (según el tribunal) la constitución debería haber prohibido (aunque no lo hizo) y toma decisiones sobre la base de esos puntos –para actualizar la constitución– entonces el documento constitucional deja de ser el fundamento para restringir el poder del tribunal. El tribunal es ahora ilimitado, y en este sentido es un soberano hobbesiano, más allá del alcance del Estado de Derecho.** El tribunal impone ahora su opinión acerca de como debería ser una constitución del siglo XXI, y en este sentido **está adoptando el papel de *pouvoir constituant***” (WALDRON, Jeremy. **Contra el Gobierno de los Jueces**. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018, págs. 149-150).

so interpretativo e de que os textos não são plenipotenciários. Insista-se, por fundamental: não há uma defesa da criatividade judicial e da discricionariedade como algo bom ou desejável, mas apenas a sua constatação – tanto como algo que ocorre na prática quanto como algo episodicamente desejado pelo próprio legislador.

E nada disso se confunde com a aceitação do subjetivismo ou do decisionismo judicial por parte desses autores. Até os juspositivistas mais rígidos metodologicamente, para os quais, nos casos difíceis – casos não totalmente regulados – não há interpretação, mas apenas discricionariedade – isto é, escolha –, sustentam que os juízes não podem decidir simplesmente segundo suas preferências. Em tais casos, exigem que os magistrados fundamentem suas decisões, como manda o art. 93, IX, CF, lastreando sua opção em argumentos racionais, capazes de convencer os cidadãos, e deploram como grave defeito da cultura jurídica as decisões que deixam de examinar pormenorizadamente as várias opções interpretativas viáveis e apelam para argumentos retóricos e de autoridade³³.

Portanto, eles não só não equivalem discricionariedade e arbitrariedade como avaliam a última negativamente. Dialogando com o referencial da [ITC 00006/2021-1](#): tanto quanto DWORKIN, eles rejeitam o arbítrio; diferentemente de DWORKIN, eles não creem na tese da única resposta correta.

Falando ainda do juspositivismo, tampouco procede a inculpação de que ele ignora o papel dos princípios jurídicos.

Entenda-se que se está falando de princípios não positivados que são invocados por seu conteúdo moral e que, aqui e ali, juízes manejam em seus julgamentos.

³³ “A falta de indicação do método de interpretação e o emprego de termos abstratos e pouco claros indicam que o legislador quis conceder um amplo poder discricionário ao aplicador, criando normas de baixa densidade normativa [...] Em tais casos, o intérprete não deve ‘forçar’ a interpretação. Deve deixar a responsabilidade da decisão aos aplicadores do direito e, em última instância, ao Poder Judiciário. Por sua parte, os juízes não podem decidir segundo suas preferências. Devem sempre *justificar* sua opção com argumentos racionais, que possam convencer os cidadãos. A fundamentação das decisões do Judiciário constitui obrigação constitucional [...] Lendo decisões de tribunais brasileiros, constatamos que, infelizmente, a maioria não oferece fundamentações adequadas. Os argumentos empregados são frequentemente retóricos [...], não se realiza avaliação detalhada das várias interpretações e se recorre a autoridades [...] Isso é um grave defeito da cultura jurídica” (DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, págs. 156-157).

Depois do ataque de DWORKIN – e, portanto, por mérito da sua qualidade –, o juspositivismo se dividiu para dar conta do impacto da tese dos princípios na **tese das fontes** (o que é levado em consideração para dizer se algo é Direito ou não).

Para o **juspositivismo inclusivo**, de um lado, a identificação do Direito pode conter autoridades competentes (algo como, “é Direito tudo o que é aprovado pelo parlamento”) e critérios morais socialmente aceitos, que podem gerar *standards* de conduta ou apenas estabelecerem limites ao uso da competência pelas autoridades (algo como, “é Direito tudo o que é aprovado pelo parlamento, a não ser que viole a igualdade entre cidadãos”). Como exigem o reconhecimento social, a relação entre princípios morais e o Direito é apenas contingente.

Para o **juspositivismo exclusivo**, de outro, a identificação do Direito contém apenas autoridades competentes (algo como, “é Direito tudo o que é aprovado pelo parlamento”), ou seja, razões de fundamento moral necessariamente não fazem parte do Direito. Eles reconhecem a utilização de princípios cuja força assenta em seu mérito moral, mas entendem que isso não decorre do fato de que eles integram o Direito, e sim do fato de que os juízes têm discricionariedade.

Em suma, a distinção entre DWORKIN e os juspositivistas inclusivos e juspositivistas exclusivos está, respectivamente, na necessidade, contingência e impossibilidade da incorporação de parâmetros morais na identificação das normas válidas³⁴.

Alguns juspositivistas optam de maneira consciente por desprezar os princípios na definição do Direito por entenderem, a um, que a diferença entre regras e princípios é quantitativa e não qualitativa, ou seja, princípios possuem densidade normativa menor e conferem maior discricionariedade aos aplicadores; a dois, que o discurso da diferença entre regras e princípios tem servido para aumentar

³⁴ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, págs. 64-65.

a liberdade do aplicador em detrimento das prescrições do legislador, alimentando o casuísmo; e, a três, que não raro se aplicam princípios diretamente a despeito de regras concretas e da colisão incomensurável de princípios, gerando desorientação³⁵.

Não se olvide que até mesmo autores que entendem que os princípios integram a definição do Direito reconhecem os riscos do seu uso abusivo, e criticam a sua perversão como **pamprincipiologismo**³⁶ e **“oba-oba decisório”**³⁷.

³⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Teoria da validade e da interpretação do Direito. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, págs. 190-192.

³⁶ “Percebe-se assim, **uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do Direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses ‘princípios’) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional**. Assim, **está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de ‘pamprincipiologismo’**, caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. Em tempos de ‘densa principiologia’ e ‘textura aberta’, tudo isso propicia a que se dê um novo status ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa normativo-vinculante’, mas, sim, em **um conjunto de enunciados criados ad hoc (e com funções ad hoc), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de ‘supraconstitucionalidade’**. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos dos princípios gerais do Direito – que teriam sido ‘constitucionalizados’ – são incompatíveis com a Constituição” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 575).

³⁷ Daniel Sarmento adere ao neoconstitucionalismo e à força normativa dos princípios, mas reconhece que a ausência de rigor metodológico na sua aplicação pode degenerar em arbítrio, inclusive em razão daquilo que as páginas mais conhecidas da sociologia brasileira chama de “cordialidade” e “patrimonialismo”: “Seria uma profunda injustiça com a teoria neoconstitucionalista acusá-la de promover o decisionismo ou de defender a tomada de decisões judiciais puramente emotivas, sem lastro em argumentação racional sólida. Pelo contrário, como foi destacado acima, um dos eixos centrais do pensamento neoconstitucional é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, que demanda muito dos intérpretes e sobretudo dos juízes em matéria de fundamentação das suas decisões. Porém, a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões. [...] Há na sociedade brasileira traços que tornam ainda mais perigosa esta tendência à frouxidão e à emotividade na metodologia jurídica. Nossa cultura caracteriza-se muito mais pelo ‘jeitinho’ e pelo patrimonialismo do que pela valorização do cumprimento impessoal de regras. O brasileiro – já dizia Sérgio Buarque de Holanda – é o ‘homem cordial’, que tende a antepor a lógica privada do compadrio e da simpatia à racionalidade objetiva das leis. Essa singularidade das nossas relações sociais não atua de forma neutra em relação a todos os cidadãos. Ela implica na adoção de posturas estatais em geral muito benevolentes em relação aos donos do poder e seus apaniguados, e de posições muito mais duras dirigidas aos grupos excluídos e marginalizados. Uns poucos acabam pairando acima das leis, que não os alcançam para limitar a sua conduta ou sancionar os seus desvios, enquanto outros permanecem abaixo dela, sendo atingidos apenas pelo braço punitivo do Estado, pois a violação rotineira dos seus direitos é naturalizada, tornando-se invisível. Nesse quadro, cabe indagar, sob a perspectiva de uma sociologia da interpretação constitucional, até que ponto a introdução entre nós de uma ‘dogmática fluida’ – a expressão é de Gustavo Zagrebelsky, um dos ícones do neoconstitucionalismo – pode ter como efeito colateral o agravamento de patologias que marcam as nossas relações sociais. Será que o nosso Direito precisa de mais rigidez ou de maior maleabilidade? Ao fim e ao cabo, quem tende a se beneficiar com a adoção de uma hermenêutica jurídica mais flexível? [...] nos advertir sobre o perigo de que o neoconstitucionalismo, com a fluidez metodológica e abertura do Direito a outros domínios que preconiza, possa acabar tomando-se um belo rótulo para justificar mais do mesmo: patrimonialismo, desigualdade, ‘jeitinho’. [...] Não peno que esta seja uma consequência necessária da adoção de uma perspectiva jurídica mais principialista no Brasil. O maior cuidado metodológico, adicionado à adoção de uma diretriz hermenêutica substantiva, que afirme a missão essencial do Direito de assegurar justiça e segurança às pessoas, tratando-as como livres e iguais, pode minimizar as possibilidades de um uso enviesado da teoria neoconstitucional, que acabe favorecendo aos mesmos de sempre. Mas, diante das nossas tradições, não há como negar que os riscos são elevados” (SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil**:

Seja como for, está claro que ninguém nega a existência dos princípios, tampouco a sua irrelevância nem menos ainda a sua utilização pelos práticos. É corrente entre os juspositivistas a afirmação de que os **princípios possuem versatilidade funcional**, atuando nos campos da **produção** normativa (no caso dos princípios constitucionais, restringem e direcionam toda legislação futura), da **interpretação** das disposições normativas (no caso dos princípios constitucionais, são parâmetros de interpretação de toda e qualquer disposição infraconstitucional, e para interpretações conformes à constituição, dado que o processo interpretativo experimenta uma contínua e imprescindível integração entre regras e princípios) e da **integração** do conjunto normativo (preenchimento de lacunas e emprego do argumento da *analogia iuris*)³⁸.

As considerações precedentes não exaurem a complexidade do tema, mas são suficientes para se perceber que questões como as diferenças entre texto e norma, regras e princípios, criação do direito pelo aplicador, discricionariedade e arbitrariedade etc., não são inerentes e nem exclusivamente pensadas por tal ou qual corrente jusfilosófica.

riscos e possibilidades. Disponível em: https://www.academia.edu/32352519/Daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil. Acesso em 30.11.2021). Semelhantemente, e de modo mais conciso, o mesmo autor já registrou: “E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do ‘oba-oba’. Acontece que muitos dos juízes, deslumbrados diante dos princípios, e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu muito espaço para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser” (SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**. 2006, p. 145). Em coautoria, retoma o risco ao tratar da interpretação da Constituição e argumentação moral: “Deve-se cobrar cada vez maior rigor metodológico na interpretação constitucional feita pelo Poder Judiciário, para evitar o decisionismo e a invocação meramente retórica e não fundamentada de valores e princípios vagos, para evitar a que a abertura à argumentação moral se converta numa boa desculpa para o ‘oba-oba’ constitucional, escondido sob uma fachada politicamente correta” (NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 434).

³⁸ SGARBI, Adrian. **Introdução à Teoria do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, págs. 90-91. No que concerne à função interpretativa dos princípios gerais do direito – mas a lição vale para todos os princípios –, fala-se que, por serem “vagos e imprecisos, os princípios gerais de direito permitem várias interpretações e não garantem a aplicação do direito conforme as exigências de segurança jurídica. O juiz que, por ordem legal expressa, em caso de omissão do legislador, deve recorrer à aplicação de tais princípios, necessita estar consciente dessas dificuldades, tentando limitar ao máximo o subjetivismo. Para tanto deve fundamentar sua decisão de forma detalhada e completa, permitindo aos interessados controlar como e por quais razões foi aplicado determinado princípio de direito. Além de seu papel como fonte subsidiária do direito, os princípios desempenham outras funções no ordenamento jurídico” (DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 192-193).

Todos os ramos da filosofia do Direito – com suas incontáveis subdivisões internas – são plenamente capazes de oferecer respostas aos problemas dali provenientes, e efetivamente o fazem. Ocorre que **escolheram** lidar com eles de maneiras distintas, e o fizeram por muitos motivos, tais como alinhamentos prévios que podem ser compreendidos como **compromissos metajurídicos**.

De um lado, temos o **compromisso ético**, onde se dá a interação da filosofia do Direito com a ética e a metaética. No que ora importa, a **ética normativa** busca responder sobre os ideais de vida, as virtudes, proibições e obrigações morais, enfim, sobre como se deve viver, e a **metaética** se debruça sobre o conhecimento ético, em abordagem epistemológica, indagando sobre a existência ou não de verdades morais, se a moral é absoluta ou relativa, que se desdobra – com variações – no **cognitivismo moral**, para a qual há “verdades morais” que o homem pode conhecer por meio da razão, e no **não-cognitivismo moral**, para a qual os juízos de valor (=morais) não podem ser conhecidos da mesma maneira que os juízos de fato, ou seja, não existem “verdades morais”. Nesse contexto, existe a **tendência** de um jurista adepto do **cognitivismo moral** rejeitar a tese da distinção conceitual entre direito e justiça, preferir um sistema de princípios e depositar maior confiança na capacidade dos aplicadores do direito, enquanto sujeitos racionais, de fazerem justiça no caso concreto – como um neoconstitucionalista –, e do jurista adepto do **não-cognitivismo moral** acolher a tese da distinção conceitual entre direito e justiça, preferir um sistema de regras e depositar menos confiança na capacidade dos aplicadores do direito, embora sujeitos racionais, de fazerem justiça no caso concreto – como um juspositivista³⁹.

Um aparte: o ceticismo pode ser ontológico (existência ou não de propriedades morais) ou metodológico (existência ou não de meios para demonstrar a existência de propriedades morais). Dado jurista pode crer (total ou parcialmente) na

³⁹ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Neoconstitucionalismo e Verdade**. Limites democráticos da jurisdição constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 11, 28 e 81 e ss. Amplamente, conferir: FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e Fundamentação do Direito**. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2020, *passim*.

existência de “fatos morais”, mas não vislumbrar a existência de meios de demonstrá-los inequivocamente, capaz de convencer e apaziguar o espírito do vencido, e privação metodológica fazê-lo optar por não depositar demasiada confiança nas habilidades morais do aplicador – ele pode até possuí-las, mas se não há meios de demonstrá-las indiscutivelmente o desacordo persiste⁴⁰.

De outro lado, há o **compromisso político**, onde se define uma **teoria normativa do poder** que conforma os **arranjos institucionais** determinadores das funções de cada uma das instituições de poder. Sem prejuízo de visões menos puristas e mais flexíveis, um jurista pode entender que o modo ideal de resolução dos desacordos morais é o **casuístico**, prestigiando a justiça do caso concreto (não formalista), e outro jurista pode entender que o modo ideal de resolução dos desacordos morais é o **generalista**, prestigiando a coordenação social (formalista). O modo como certos setores do neoconstitucionalismo enfatizam a conexão entre Direito e moral e a distinção entre regras e princípios para, com isso, defender a abertura interpretativa e ampliar a criação do Direito pelo aplicador (notadamente o juiz), revela que ele articula uma teoria normativa do poder que visa a rearranjar a separação dos Poderes para transferir do Legislativo para o Judiciário o (ou, no mínimo, estabelecer um maior compartilhamento entre eles do) protagonismo na resolução dos desacordos morais⁴¹, tese criticada por integrantes das mais variadas filiações⁴².

⁴⁰ Argumenta Jeremy Waldron: “Sabemos que existen desacuerdos morales en la sociedad y que incluso aquellos que creen en la existencia de respuestas correctas a tales controversias son incapaces de alcanzar un acuerdo acerca de cómo podemos conocerlas [...] ¿qué cambiaría en este dilema si el realismo moral tuviera razón? Recordemos que nuestro principal temor se refiere a la *arbitrariedad* en la toma de decisiones morales por parte de los jueces, arbitrariedad en triple sentido de impredecibilidad, irracionalidad e ilegitimidad democrática. Esto es lo que preocupa a los positivistas normativos de la moralización judicial. ¿Hay alguna probabilidad de que dichos temores puedan ser apaciguados por completo mediante la creencia en la objetividad moral? [...] Incluso si rechazamos el escepticismo, incluso si *existen* hechos morales que hacen verdaderos a los juicios verdaderos, y falsos a los juicios falsos, de todos modos lo único que puede hacer el juez es imponer su *opinión* sobre tales hechos a los «desafortunados litigantes» que se presentan ante el tribunal. Dichos litigantes tendrán creencias y opiniones propias sobre la cuestión, y aunque se convirtieran también en declarados partidarios del realismo moral, no por eso dejarán de preguntarse por qué la opinión del juez sobre los hechos morales debería prevalecer sobre la suya propia. **La verdad de la tesis del realismo moral, si fuesen verdaderas, no valida las creencias de ninguna persona o de ningún juez en particular. Como máximo influirá en nuestra comprensión del carácter del desacuerdo moral, pero sin darnos ninguna pista sobre cómo podemos saber quién tiene razón y quién está equivocado**” (WALDRON, Jeremy. **Derechos y Desacuerdos**. Trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, págs. 215-216).

⁴¹ É invocando exatamente o argumento de que “é fora de dúvida que o modelo tradicional de separação de Poderes, concebido no século XIX e que sobreviveu ao século XX, já não dá conta de justificar, em toda a extensão, a estru-

ra e funcionamento do constitucionalismo contemporâneo” (p. 474), que um dos mais proeminentes neoconstitucionalistas brasileiros defende a tese de que as Cortes Constitucionais têm, além da **função contramajoritária** (proteção dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos), também a **função representativa** (a democracia tem três dimensões, a representativa - cujo elemento essencial é o voto popular -, a constitucional - cujo elemento essencial é o respeito aos direitos fundamentais - e a deliberativa - cujo componente essencial é o oferecimento de razões, a troca de argumentos, devendo os órgãos do Poder Judiciário, pela motivação e argumentação que constituem a matéria prima da sua atuação e fatores de legitimação, funcionarem, ainda que excepcionalmente, como intérprete do sentimento social, tanto mais porque “o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria” - p. 474) e a **função iluminista** (consiste numa “razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação das mulheres e homens” - p. 479 -, e é empregado “para identificar decisão que não corresponde à vontade do Congresso nem ao sentimento majoritário da sociedade, mas ainda assim é vista como correta, justa e legítima. Alguém poderá perguntar: e quem certifica o caráter iluminista da decisão? Por vezes, os próprios contemporâneos vivem um processo de tomada de consciência após a sua prolação, captando o espírito do tempo (*Zeitgeist*). Quando isso não ocorre, cabe à história documentar se foi iluminismo ou, ao contrário, um descompasso histórico” - p. 482 -, constituindo, por tudo isso, “competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade” - p. 479) (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020).

⁴² “Eis uma tentativa de troca de papéis que equivale a um retorno ao antigo regime que permitia a juízes e doutrinadores criar o direito no caso concreto. Essa é a finalidade política do pós-positivismo e sua principal deficiência” (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Teoria da validade e da interpretação do direito. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 192); “[...] não há democracia se inexistir controle do poder. Esse controle se dá mediante separação das funções, devendo haver respeito de cada poder pela funcionalidade do outro. Vale dizer, cada poder possui uma integridade que lhe é intrínseca. [...] Com indevida frequência, é repetido o mantra de que a separação de poderes constitui concepção vetusta e ultrapassada para em seguida, afirmar-se que o Judiciário deve agir em face de omissão e atuação deficiente dos demais poderes. O argumento é falacioso. Conforme se viu, ao ideal democrático é imprescindível a separação funcional” (ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1358); “O Neoconstitucionalismo representa uma indiscriminada manifestação de confiança nos ‘milagres’ da Constituição e no Poder Judiciário; um verdadeiro ‘ato de fé’ no constitucionalismo como panacéia (*sic*) universal, posto que: ‘A crença na constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não são direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos’. [...] Tão elevado otimismo do jurista em relação ao direito posto e ao poder judiciário podem ser fruto de um forte engajamento político-ideológico” (COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Pode-se falar em um Direito Civil pós-moderno? Crítica ao romantismo renovado no Direito Civil. In: **Processo e Liberdade**. Estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Orgs. Adriana Regina Barcellos Pegini et. al. Londrina: Thoth, 2019, p. 808); “Ao se admitir o uso de princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo. Se a própria Constituição não contém regra a respeito de determinada matéria, antes reservando ao Poder Legislativo a função de editá-la, se ele exercer sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos limites constitucionais, aliás também fornecidos pelos princípios constitucionais, especialmente os formais, a mera desconsideração da regra legal (que, insista-se, não se confunde com a interpretação conforme a Constituição, nem com a interpretação mediante extensão ou restrição teleológicas, nem, ainda, com a não-aplicação da regra geral ao caso particular por meio do postulado da razoabilidade) culmina com a desconsideração do próprio princípio democrático e, por consequência, do princípio da separação dos Poderes [...] Não é correto afirmar [...] que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo (ou o Executivo). Numa sociedade complexa e plural, é o Poder Legislativo o Poder onde, por meio do debate, se pode *respeitar e levar em consideração* a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e modo de sua realização. Em matéria para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários, é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos. Num ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias, não se afigura adequado sustentar [que] se *passou* do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, nem que se *deve passar* ou é *necessariamente bom* que se *passa* de um para o outro” (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. In: **Revista Eletrônica Direito do Estado – REDE**. n. 17, jan./mar, 2009, Salvador, Disponível em: <https://bitly.com/VWS8sw>. Acesso em: 24.11.2021). Mais ainda: “em uma sociedade pluralista que confia a todo juiz a possibilidade de decidir não a partir da lei, mas a partir dos ‘direitos humanos ou fundamentais’, o que menos se deve temer é um ‘governo dos juízes’. O que se deve temer é o ‘não governo’ dos juízes, uma multiplicidade de decisões contraditórias em que direitos serão ‘aplicados’ de forma completamente irregular. [...] a negação da lei em nome dos direitos equivale à negação da comunidade em prol de uma associação anárquica de sujeitos de direitos naturais. A lei, em uma democracia, tem seu fundamento na própria comunidade. As regras legais aplicadas aos membros da comunidade são vistas por estes como as ‘suas’ regras. As partes de um processo são autores das regras que lhes são aplicadas. [...] Ora, diante de uma decisão baseada diretamente nos direitos, sem referência à lei, como o juiz pode legitimar sua decisão? Sua visão dos direitos é melhor que a das partes? Mas o conteúdo dos direitos

Portanto, o *modus operandi* de cada ramo da filosofia do Direito em relação ao fenômeno jurídico é determinado muito mais pelos compromissos metajurídicos (morais e políticos) assumidos por seus adeptos do que por sua maior ou menor capacidade intelectual.

Vale uma breve menção o fato de que a **história brasileira** contraria a pretensa novidade da superação das ideias de redução do direito à lei e da interpretação como atividade mecânica, sem qualquer criação judicial. Destacam-se dois fatos.

O primeiro diz respeito ao paralelo entre o discurso público que clamava pela aprovação do Código Civil de 1916 e o que sucedia na prática do foro. Enquanto o discurso público falava da necessidade de aprovação do Código Civil como forma de modernizar o Direito, pois até então ainda se lidava com as Ordenações Filipinas, além de preceitos esparsos, a análise empírica – noventa processos, entre 1840 e 1915, perante a Primeira Vara Cível do Rio de Janeiro – demonstrou que na prática do foro: (i) em 70% dos processos, juízes e advogados não faziam referência alguma às leis, à doutrina e a outras decisões judiciais; (ii) na grande maioria, o argumento era o fato, sobre o qual o juiz simplesmente decidia; (iii) as citações das Ordenações, quando apareceram, estão nos processos até 1885, com maior frequência entre 1840 e 1856 – sendo que 80% das citações foi para questões processuais; e (iv) as referências à doutrina não chegam a 10% do material pesquisado⁴³.

Apesar dos limites quantitativos da amostragem, tem-se o indício de que o julgamento dos casos não se dava no interior de um formalismo jurídico petrificante e engessador da interpretação a textos de direito positivo vetustos e distantes da

não consiste precisamente no que divide a comunidade? [...] Quando o juiz neoconstitucionalista abandona o artificialismo do direito positivo para recorrer diretamente aos direitos humanos, ele nos convida a abandonarmos o estado civil e voltar ao estado de natureza. Os conflitos jurídicos deixam de ser pensados a partir da referência a uma lei comum e passam a ser concebidos em termos de direitos naturais sem a mediação da lei criada pela cidadania. Mas aqui, o próprio Judiciário, enquanto realidade institucional, está deslocado. No estado de natureza só existem direitos, não instituições. Isso significa que não há leis, mas também não há juízes” (BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, págs. 30-31).

⁴³ SIQUEIRA, Gustavo S. Poucas ordenações, muitas expectativas: um estudo preliminar sobre processos, população e imprensa às vésperas do Código Civil de 1916. **Revista dos Tribunais Online**, Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 11, p. 159-169, abr./jun/2017.

realidade social. Pelo contrário, fornece indício de que já nos fins do século XIX e liminar do século XX o nosso ambiente decisório era razoavelmente flexível e propício à criação judicial do Direito⁴⁴.

O segundo demonstra a proximidade entre discursos teóricos do início do século XX e do início do século XXI sobre a interpretação do direito. É possível perceber profundas semelhanças entre o que a “nova hermenêutica” arroga como contribuição sua, em 2003, e o que já constava, por exemplo, nas lições de CARLOS MAXIMILIANO, na obra conhecidíssima *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, publicada no primeiro quartel do século XX, quase cem anos antes.

As similitudes vão desde o papel mais geral da interpretação⁴⁵ até o caso especial da interpretação constitucional⁴⁶, inclusive sobre os princípios da supremacia

⁴⁴ O que não seria uma surpreendente particularidade do cenário brasileiro. No mesmo período, pululavam na Europa continental movimentos de base sociológica comprometidos com a criação judicial do direito no caso concreto. É o caso da **Escola do Direito Livre**, que tem como precursor OSCAR VON BULÖW, cuja obra *Gezetz und Richteramt* (Lei e Magistratura), de 1885, é assim resumida: “A ideia deste escrito, a que tanta atenção se prestou, é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma actividade *criadora de Direito*. A lei não logra criar logo o Direito; é «somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica» (pág. 45). Cada litígio jurídico «põe um particular problema jurídico para que não existe ainda pronta na lei a determinação jurídica oportuna ... determinação que também não é possível de inferir-se, com absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei» (pág. 32). Sob o «véu ilusório da mesma palavra da lei» oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser «em média a mais justa» (pág. 36). Não diz BÜLOW segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo um critério objectivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a «natureza das coisas» ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjectivo, porventura o do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma doutrina da interpretação teleológica da lei, como no sentido da «teoria do Direito livre» - e foram-no, realmente, tanto num como noutro sentido” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 78). Dado o modo como o próprio BÜLOW definiu seu objetivo com a obra em referência – “posso me dedicar à esperança de que esta tentativa, que está muito além das proposições anteriores, de desenvolver uma teoria sobre a criação do direito pelos juízes, bem como de justificá-la integralmente não diste muito do que os outros, mesmo que silentes, também entendam como correto. A verdadeira decisão sobre a correção do caminho escolhido dependerá daqueles, aos quais se destina este trabalho, ou seja, aos juízes, para que reencontrem no tema aquilo que preencha e anime sua profissão!” –, outro comentador conclui que para o autor alemão a resposta ao problema da decisão jurídica encontra “no sentimento e papel do juiz a resposta às necessidades que o direito deveria fornecer” (LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, págs. 52 e 59). É semelhante o caso do austríaco FRANZ KLEIN. O jurista, que chegou a ser Ministro da Justiça no Império Austro-Húngaro, mister no qual se notabilizou por trabalhos de peso, como a elaboração do Código de Processo Civil de 1895, depositava grande confiança no papel criativo dos juizes e recomendava, já em conferência ministrada em 09.11.1901, a adoção da técnica legislativa que privilegiasse conceitos indeterminados, pois “Com tal técnica, a legislação se contenta com metade do trabalho e joga a outra metade sobre os ombros do juiz, que tem de escolher, dentre o grande número de possibilidades que estão subordinadas ao conceito em si e para si, aquela para a qual a norma jurídica deve valer dentro do espírito da lei [...] deixam considerável espaço para o pensamento original, que é próprio apenas dele, **do juiz**. **A jurisdição se torna um tanto mais pessoal**, já que nos determinados casos-limite, pode o juiz, em um, ter que se submeter ao conceito legal e, em outros, eliminá-los sem que seu dever venha a ferir qualquer um desses casos-limite, **pois é justamente apenas em seu saber que cada um vê, pensa, decide e julga**” (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012, págs. 84-85).

⁴⁵ “Em síntese, a nova hermenêutica é nova porque não faz do juiz um mero escravo da lei, mas o coloca na posição de principal realizador do texto constitucional, concretizando princípios, que, graças ao pós-positivismo, passam a ter valor normativo [...] Carlos Maximiliano já apontava em 1924, citando Jean Cruet, que ‘a tendência racional para reduzir

da Constituição⁴⁷, da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público⁴⁸, da interpretação conforme a Constituição⁴⁹, da unidade da Constituição⁵⁰, da efetividade⁵¹ e da razoabilidade ou proporcionalidade⁵², além da ne-

o juiz a uma função automática, apesar da infinita diversidade dos casos submetidos a seu diagnóstico, tem sempre e por toda a parte soçobrado ante a fecundidade persistente da prática judicial” (HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais Online**, Revista dos Tribunais, v. 859, p. 81-91, Maio/2007).

⁴⁶ “abrindo o capítulo relativo à interpretação do texto constitucional, o mesmo Carlos Maximiliano, nos Comentários à Constituição brasileira de 1891, assenta que a interpretação é atividade ampla, que deve buscar auxílio em todos os dados da expressão jurídica que se dispõe, e, fazendo referência a Jhering, lembra que o intérprete tem a difícil tarefa de ‘deduzir de disposições isoladas o princípio que lhes forma a base, e desse princípio as conseqüências que dele decorrem’, para mais adiante afirmar que a ‘Constituição deve condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem’. Ou seja, também na tradicional hermenêutica o Juiz tem a função de concretizar a Constituição, inclusive seus princípios, que igualmente têm caráter normativo e que podem ser explícitos ou implícitos” (HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais Online**, Revista dos Tribunais, v. 859, p. 81-91, Maio/2007).

⁴⁷ “**Barroso igualmente fixa os princípios da “nova hermenêutica”** constitucional, que não são distintos dos tradicionalmente mencionados pela doutrina brasileira. Primeiramente, apresenta o chamado **princípio da supremacia da Constituição**, o qual, segundo ele, ‘não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela’. Ou seja, a Constituição é o diploma supremo de um ordenamento jurídico, que não admite como válidas outras normas com ele incompatíveis. Comentando a Constituição de 1891, **Carlos Maximiliano** ressalta essa mesma máxima de interpretação: ‘A Constituição é a lei suprema do país, contra sua letra ou espírito não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças estaduais, nem tratados ou quaisquer atos diplomáticos” (HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais Online**, Revista dos Tribunais, v. 859, p. 81-91, Maio/2007).

⁴⁸ “**Luís Roberto Barroso** menciona o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, que ‘funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento’. Na “nova hermenêutica”, portanto, os atos estatais são presumidos como constitucionais, até que ocorra uma declaração em contrário do órgão para tanto competente, declaração essa que é um último recurso a ser utilizado pelo intérprete. Também **Carlos Maximiliano** analisa essa ‘inovação’. Após destacar que a todos os poderes é dado interpretar a Constituição, reconhece que o Judiciário é o intérprete mais habilitado, ainda que deva observar alguns limites. Nesse sentido conclui: ‘Proclama-se a inconstitucionalidade apenas quando é absolutamente necessário fazê-lo para decidir a questão *sub judice*” (HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais Online**, Revista dos Tribunais, v. 859, p. 81-91, Maio/2007).

⁴⁹ “**Barroso** trata do princípio da interpretação conforme a Constituição, decorrente da ‘confluência dos dois princípios anteriores’: ‘Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto’. **Carlos Maximiliano**, por sua vez, assevera que ‘sempre que for possível, sem fazer demasiada violência às palavras, tão restritivamente se interprete a linguagem da lei que se torne constitucional a medida’. Em outras palavras, sem abandonar o texto, a interpretação deve ser feita de modo a propiciar a conformidade com a Constituição” (HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais Online**, Revista dos Tribunais, v. 859, p. 81-91, Maio/2007).

⁵⁰ “**Luís Roberto Barroso** se fixa no princípio da unidade da Constituição, segundo o qual as diversas partes do sistema constitucional devem conviver de modo equilibrado e harmonioso, sem confrontos inarredáveis. A Constituição deve ser interpretada como um todo harmônico. A recomendação de **Carlos Maximiliano** ao intérprete da Constituição é a mesma, apresentando somente uma formulação diversa: ‘O todo deve ser examinado com o intuito de obter o verdadeiro sentido de cada uma das partes. Não se interpretam as leis por palavras ou frases isoladas e, sim, confrontando os vários dispositivos e procurando conciliá-los” (HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais Online**, Revista dos Tribunais, v. 859, p. 81-91, Maio/2007).

⁵¹ “Já o princípio da efetividade, também exposto por **Barroso**, é dirigido ao aplicador da norma constitucional que, ‘entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional’. A efetividade busca assegurar, da melhor forma possível, os objetivos constitucionalmente consagrados. Mais uma vez **Carlos Maximiliano**, mesmo sem utilizar a palavra ‘efetividade’, exige que a interpretação torne reais, no presente e no futuro, os grandes objetivos do Estado: ‘O código fundamental tanto provê no presente como prepara o futuro. Por isso é mister ser compreendido de modo que converta em realidade os grandes princípios de governo’. Ou seja, a Constituição deve ser interpretada para realizar o melhor governo, para atingir seus fins, expressos nos grandes princípios nela inscritos” (HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-

cessidade de a interpretação permanecer rente aos fins em razão dos quais a lei foi editada⁵³. É certo que ideias semelhantes podem ser refinadas com o passar do tempo, mas aí descabe falar em revolução paradigmática.

Tudo isso para dizer que o emprego de métodos interpretativos consolidados, notadamente aquele que privilegia o sentido literal e a interpretação sistemática, além da função social da lei não são insuficientes. É o que passamos a demonstrar na resolução do tema objeto da consulta.

2.3. PROIBIÇÃO DE CONTRAIR OBRIGAÇÃO DE DESPESA SEM DISPONIBILIDADE DE CAIXA

A razão de ser do art. 42, LRF, é conhecida: impedir o gestor em fim de mandato de contrair obrigações capazes de desorganizar as finanças públicas, seja constituindo despesas com cariz populista visando a sua reeleição ou a eleição de um sucessor, seja constituindo despesas predatórias capazes de inviabilizar a gestão futura em face da sua derrota iminente ou já consumada, minando a atuação de um adversário político.

constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais Online**, Revista dos Tribunais, v. 859, p. 81-91, Maio/2007).

⁵² “Segundo Barroso, o princípio determina que ‘uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema’, permitindo ‘que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto’. A razoabilidade ou proporcionalidade faz com que os fins da norma constitucional sejam preservados, impedindo aplicações injustas. Novamente sem utilizar exatamente os mesmos termos - proporcionalidade ou razoabilidade - Carlos Maximiliano chega, ao comentar o texto constitucional de 1891, às mesmas conclusões dos ‘neo-constitucionalistas’. Em primeiro lugar, a interpretação da norma ‘para a melhor realização do fim constitucional nela embutido’ é para Maximiliano uma obviedade: ‘A regra superior, que sobrepuja a todas as outras e cuja inobservância é a causa de erros diários nos pretórios e no Parlamento, consiste em indagar o fim da lei, a razão de ser de uma providência legislativa, o objetivo que se teve em mira ao inserir um artigo ou parágrafo no texto constitucional” (HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais Online**, Revista dos Tribunais, v. 859, p. 81-91, Maio/2007).

⁵³ “Trata-se da expressão do famoso brocardo *summum jus, summa injuria*. Carlos Maximiliano assim aduz: ‘Hoje a maioria absoluta dos juristas quer libertar da letra da lei o julgador, pelo menos quando da aplicação rigorosa dos textos resulte injusta dureza, ou até mesmo simples antagonismo com os ditames da equidade. Assim, vai perdendo apologistas na prática a frase de ULPIANO - *durum jus, sed ita lex scripta est* - ‘duro direito, porém assim foi redigida a lei’ - e prevalecendo, em seu lugar, o *summum jus, summa injuria* - ‘do excesso do direito resulta a suprema injustiça’. Em síntese, buscar pela interpretação, realizar o fim da lei, evitando injustiças, não é novidade alguma!” (HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais Online**, Revista dos Tribunais, v. 859, p. 81-91, Maio/2007).

Há grande divergência interpretativa sobre o sentido e extensão da expressão “**contrair obrigação de despesa**”. A rigor, não se diverge sobre a **natureza** (pessoal, manutenção etc.) nem sobre a **forma de constituição** (contrato, convênio etc.) da despesa, mas sobre o **momento** da sua constituição. O ponto fulcral é a proibição ao gestor de “**contrair obrigação de despesa**”, sem a necessária disponibilidade de caixa, nos “**últimos dois quadrimestres do seu mandato**”. Cuida-se de saber se ela foi contraída no primeiro ou nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato.

A questão é definida à luz das etapas da despesa pública. Com efeito, a despesa pública é um ato administrativo complexo que se desdobra em três etapas: **empenho** (registro formal do ato), **liquidação** (verificação do cumprimento da obrigação) e **pagamento** (desembolso)⁵⁴. Como elas ocorrem em momentos distintos, pode acontecer de a despesa ser empenhada no primeiro quadrimestre do ano, liquidada no segundo e paga no terceiro. Por isso, definir o momento em que se considera contraída a despesa sem disponibilidade de caixa – quando do empenho ou da liquidação – é fundamental para apurar a violação do art. 42, LRF.

Fazendo uma leitura desabridamente isolada e literal do art. 42, LRF, que ata os dados contábil (contrair obrigação de despesa sem disponibilidade de caixa) e temporal (nos últimos dois quadrimestres do mandato), considere-se o seguinte caso: **no último ano do mandato, o gestor realiza empenho de despesa, sem disponibilidade de caixa, no primeiro quadrimestre, ocorrendo a liquidação no segundo ou terceiro quadrimestre, sem pagamento, por indisponibilidade de caixa, seguindo-se de sua inscrição em restos a pagar.**

Admitida a premissa de que a obrigação é constituída **no momento do empenho**, o art. 42, LRF, não seria violado. Admitida, porém, a premissa de que a

⁵⁴ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 435.

obrigação é constituída **no momento da liquidação**, o art. 42, LRF, seria violado.

O exemplo demonstra que o debate sobre o exato significado da expressão “**contrair obrigação de despesa**” só faz sentido quando se entende que ao gestor **só é proibido** contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, **nos últimos dois quadrimestres do seu mandato**. O que significa admitir, *contrario sensu*, que ao gestor **é permitido** contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, nos **três primeiros anos e no primeiro quadrimestre do quarto e último ano do seu mandato**.

A conclusão gera perplexidade. Ela instaura uma zona livre à irresponsabilidade fiscal nos primeiros três anos e quatro meses de mandato, blindando o gestor que maneja as finanças públicas de maneira arbitrária, caprichosa, desarrazoada, indômita, patrimonialista, enfim, hostil aos corolários do princípio republicano. Forçoso é rechaçar a interpretação de que o gestor está proibido de contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, apenas nos últimos dois quadrimestres do seu mandato. Decididamente, **ao gestor é proibido contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, durante todo o mandato**.

E mais: para tanto **não é sequer necessário falar em interpretação extensiva do art. 42, LRF**. A conclusão encimada – que ficará mais clara no **item 2.4**, a seguir – independe do referido dispositivo. A proibição por todo o mandato deriva de outras disposições, especialmente do **art. 55, III, b, 3, LRF**⁵⁵.

Sendo assim, a que se presta o art. 42, LRF?

⁵⁵ **Do Relatório de Gestão Fiscal** [...]

Art. 55. O relatório conterá: [...]

III - demonstrativos, no último quadrimestre: [...]

b) da inscrição em Restos a Pagar, das despesas: [...]

1) liquidadas;

2) empenhadas e não liquidadas, inscritas por atenderem a uma das condições do inciso II do art. 41;

3) empenhadas e não liquidadas, **inscritas até o limite do saldo da disponibilidade de caixa**;

4) não inscritas por falta de disponibilidade de caixa e cujos empenhos foram cancelados;

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm . Acesso em 14 set 2022.

A sua função é **reforçar ao gestor a obrigação de cumprir, também no fim do mandato, o mais basilar dever imputado pela responsabilidade fiscal**: o de não contrair obrigação de despesa sem a necessária disponibilidade de caixa, onerando receitas de exercícios futuros com despesas de exercícios passados.

O comando é ressaltado em tal período porque nele o orçamento se vê **especialmente** (embora não exclusivamente nele) suscetível aos desmandos do mandatário faltoso, que poderia comprometer o equilíbrio entre receitas e despesas, quer por investidas populistas (intencionando a reeleição ou a eleição de um aliado), quer por revanchismo (criando embaraços à gestão futura em face da sua iminente ou já consumada derrota nas urnas), de modo que pretende impedir que a nova gestão já comece inviabilizada por um volume de despesas contraídas e não honradas pela gestão anterior.

Consequentemente, o dispositivo também ambiciona assegurar a **igualdade eleitoral**, impedindo que o mandatário de turno possa manipular a máquina para se promover sem o necessário planejamento e cuidado com o equilíbrio fiscal. Em última instância, portanto, intenta preservar a saúde da própria democracia.

2.4. RESPONSABILIDADE FISCAL E RESTOS A PAGAR: DURANTE TODO O MANDATO O GESTOR É PROIBIDO DE INSCREVER OBRIGAÇÃO DE DESPESA EM RESTOS A PAGAR, SEM DISPONIBILIDADE DE CAIXA PROVENIENTE DO EXERCÍCIO FINANCEIRO EM QUE CONTRAÍDA

2.4.1. A RESPONSABILIDADE FISCAL

Um dos princípios cardeais do Direito Financeiro é o da **responsabilidade fiscal**. Seu escopo é assegurar que o gasto público seja realizado dentro de certos

limites e de acordo com as regras estritas que, se não cumpridas, acarretam sanções aos entes públicos⁵⁶.

A **responsabilidade fiscal**, princípio constitucional implícito, pode ser inferido de várias disposições da [Constituição Federal](#), tais como: (i) a que prescreve que os benefícios da seguridade social devem ser acompanhados da correspondente fonte de custeio (art. 195, § 5º⁵⁷); (ii) a que imputa ao Senado autorização para estabelecer limites de endividamento dos entes federativos (art. 52, VI, VII e IX⁵⁸); (iii) a que veda a realização de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital, proibindo empréstimos para pagamento de despesas correntes, só podendo ser realizados para investimento ou abatimento da dívida (art. 167, III⁵⁹); (iv) a que proíbe a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários adicionais (art. 167, II⁶⁰)⁶¹.

O direito positivo infraconstitucional reconhece-o de modo explícito. Nos termos do § 1º do art. 1º, [LRF](#)⁶², a **responsabilidade na gestão fiscal** pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios

⁵⁶ PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2021, versão eletrônica, posição 32.

⁵⁷ **Art. 195.** A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998) [...]

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

⁵⁸ **Art. 52.** Compete privativamente ao Senado Federal: [...]

VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; [...]

IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

⁵⁹ **Art. 167.** São vedados: [...]

III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta; (Vide Emenda constitucional nº 106, de 2020)

⁶⁰ **Art. 167.** São vedados: [...]

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

⁶¹ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 141 e ss.

⁶² **Art. 1º** Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar.

O **princípio da responsabilidade fiscal** persegue cinco objetivos: **(i)** planejamento, **(ii)** prevenção de riscos e correção de desvios, **(iii)** equilíbrio das contas públicas, **(iv)** cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e, por fim, **(v)** fixação de limites e condições para renúncias de receitas e geração de despesas. Vejamo-los detidamente.

O **planejamento – (i)** – decorre da própria Constituição Federal, que em seu art. 165⁶³, instituiu as três leis orçamentárias criadas para funcionarem de forma harmônica e integrada: o Plano Plurianual (PPA), destinado a estabelecer as ações de médio prazo, com prazo de vigência de quatro anos; o Orçamento Anual (LOA), para fixar os gastos do exercício financeiro; e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que funciona como instrumento de ligação entre aquelas duas leis, sistematizando e conferindo consistência à programação e execução orçamentária. O estabelecimento de metas fiscais e a disposição sobre mecanismos para seu acompanhamento periódico implica na aproximação das atividades de programação e execução dos gastos públicos⁶⁴. Tolera-se a existência de débitos, desde que planejados. As metas fiscais devem incluí-los, fazendo constar da LOA e da LDO. Não por acaso, a LRF traz mecanismos de flexibilização das metas, como a ampliação de prazos para enquadramento dos limites nos casos de recessão econômica (art. 66⁶⁵), e a própria Constituição franqueia

⁶³ **Art. 165.** Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

- I - o plano plurianual;
- II - as diretrizes orçamentárias;
- III - os orçamentos anuais.

⁶⁴ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 435.

⁶⁵ **Art. 66.** Os prazos estabelecidos nos arts. 23, 31 e 70 serão duplicados no caso de crescimento real baixo ou negativo do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, regional ou estadual por período igual ou superior a quatro trimestres.

a alteração de tais limites, pelo Senado, mediante proposta do Presidente da República (art. 52, VI)⁶⁶.

A prevenção de riscos e a correção de desvios – (ii) – são ações que devem ocorrer durante todo o processo financeiro, identificando os fatos que possam impactar os resultados fiscais estabelecidos para o período, preservando a estabilidade e o equilíbrio das contas públicas. Para tanto, a **LRF** introduz determinados mecanismos e impõe sua adoção a fim de neutralizar os riscos e reconduzir os desvios aos padrões esperados, tais como: o anexo de riscos fiscais, que integrará a LDO, demonstrará a avaliação dos passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, bem como as providências a serem tomadas, caso se concretizem; o projeto de lei orçamentária anual conterá a reserva de contingência, definida com base na receita corrente líquida, destinada ao atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos; os institutos da compensação e da limitação de empenho (art. 9^o⁶⁷); a fixação de limites para as despesas com pessoal (art. 22 e 23⁶⁸)⁶⁹; a pretensão

⁶⁶ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 142.

⁶⁷ **Art. 9^o** Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

⁶⁸ **Art. 22.** A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6o do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

§ 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos. (Vide ADIN 2.238-5)

§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.

§ 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido e enquanto perdurar o excesso, o Poder ou órgão referido no art. 20 não poderá: (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

I - receber transferências voluntárias;

II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente;

III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao pagamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.

de permitir a inscrição de restos a pagar na inscrição no Relatório de Gestão Fiscal somente na existência de disponibilidade de caixa (art. 55, III, “b”, 3⁷⁰)⁷¹.

O equilíbrio das contas públicas – (iii) –, verdadeira “**regra de ouro**” da [LRF](#), assenta na ideia de que para cada despesa deverá haver uma receita para financiá-la, e tem no art. 167, II, CF⁷², um exemplo luminar. Com isso são promovidos valores magnos: a estabilidade das contas públicas, o fim (ou, quando menos, o controle) da inflação e a elevação da credibilidade do ente público perante o mercado pela contenção do endividamento público externo. Não significa tratar o orçamento com rigidez inflexível, mas com o zelo necessário ao seu equilíbrio e estabilidade, com o inteligente equilíbrio entre meios e fins⁷³.

O cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas – (iv) – concretiza o planejamento orçamentário, impedindo que as leis orçamentárias sejam reduzidas a “peças fictícias”. Segundo o art. 4º, § 1º, [LRF](#)⁷⁴, o anexo de metas fiscais integrará a LDO e nele estarão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes. Nos termos dos arts. 8º e 13, [LRF](#)⁷⁵, aprovado o orça-

⁶⁹ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 436.

⁷⁰ **Art. 55.** O relatório conterá: [...] **III** - demonstrativos, no último quadrimestre: **b)** da inscrição em Restos a Pagar, das despesas: **1)** liquidadas;

2) empenhadas e não liquidadas, inscritas por atenderem a uma das condições do inciso II do art. 41; **3)** empenhadas e não liquidadas, **inscritas até o limite do saldo da disponibilidade de caixa;** **4)** não inscritas por falta de disponibilidade de caixa e cujos empenhos foram cancelados;

⁷¹ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 444.

⁷² **Art. 167.** São vedados: [...]

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

⁷³ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 436.

⁷⁴ **Art. 4º** A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e: [...]

§ 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso. [...]

Art. 13. No prazo previsto no art. 8º, as receitas previstas serão desdobradas, pelo Poder Executivo, em metas bimestrais de arrecadação, com a especificação, em separado, quando cabível, das medidas de combate à evasão e à sonegação, da quantidade e valores de ações ajuizadas para cobrança da dívida ativa, bem como da evolução do montante dos créditos tributários passíveis de cobrança administrativa.

mento, o governo deverá aprovar metas bimestrais de arrecadação e o cronograma mensal de desembolso. Consoante o art. 9º, § 4º, [LRF](#)⁷⁶, até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na comissão referida no § 1º do art. 166 da [CF](#) ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais. Os arts. 54 e 55, III, [LRF](#)⁷⁷, prescrevem que ao final de cada quadrimestre, sobretudo no último dia de cada ano, a Administração deve demonstrar o quanto tem em caixa e o quanto deixou de dívida para o próximo ano. E na dicção do art. 59, I e II, [LRF](#)⁷⁸, o Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento da [LRF](#), consideradas as normas de padronização metodológica editadas pelo conselho de que trata o art. 67, com ênfase no que se refere ao atingimento das metas estabelecidas na

⁷⁶ Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado **primário** ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. [...]

§ 4º Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na comissão referida no § 1º do art. 166 da Constituição ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais.

⁷⁷ **Art. 54.** Ao final de cada quadrimestre será emitido pelos titulares dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 Relatório de Gestão Fiscal, assinado pelo:
[...]

Art. 55. O relatório conterá:

I - comparativo com os limites de que trata esta Lei Complementar, dos seguintes montantes:

a) despesa total com pessoal, distinguindo a com inativos e pensionistas;
b) dívidas consolidada e mobiliária;
c) concessão de garantias;
d) operações de crédito, inclusive por antecipação de receita;
e) despesas de que trata o inciso II do art. 4º;
II - indicação das medidas corretivas adotadas ou a adotar, se ultrapassado qualquer dos limites;
III - demonstrativos, no último quadrimestre:

a) do montante das disponibilidades de caixa em trinta e um de dezembro;
b) da inscrição em Restos a Pagar, das despesas:
1) liquidadas;
2) empenhadas e não liquidadas, inscritas por atenderem a uma das condições do inciso II do art. 41;
3) empenhadas e não liquidadas, inscritas até o limite do saldo da disponibilidade de caixa;
4) não inscritas por falta de disponibilidade de caixa e cujos empenhos foram cancelados;
c) do cumprimento do disposto no inciso II e na alínea b do inciso IV do art. 38.

⁷⁸ **Art. 59.** O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público fiscalizarão o cumprimento desta Lei Complementar, consideradas as normas de padronização metodológica editadas pelo conselho de que trata o art. 67, com ênfase no que se refere a: (Redação dada pela Lei Complementar nº 178, de 2021)

I - atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;
II - limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar;

LDO e nos limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em restos a pagar⁷⁹.

A fixação de limites e condições para renúncias de receitas e geração de despesas – (v) – reduzem, significativamente, a liberdade do gestor. Pretendendo superar a irresponsabilidade alimentada por pretensões eleitoreiras de cunho populista ou pelo descaso em relação às gestões futuras, forçam-no a lançar realizar uma gestão técnica e impessoal, com vistas ao atendimento do interesse público, notadamente o equilíbrio das contas públicas. Podem ser referidos os seguintes limites e condições: as despesas de pessoal, além do que prescrevem os arts. 37 e 169, [CF](#)⁸⁰, devem contar com uma estimativa de impacto orçamentário e a comprovação de que o gasto não afetará os resultados fiscais, bem como a demonstração da sua adequação à lei orçamentária e sua compatibilidade com o PPA e a LDO; as despesas no último ano de mandato, que concerne à limitação do aumento de despesas com pessoal nos últimos 180 dias do mandato, bem como a proibição de aumento da despesa que preveja parcelas a serem suportadas pelo governante sucessor em exercícios fiscais seguintes (art. 21, II, [LRF](#)⁸¹), à vedação de realização, no último ano de mandato do governante, de operações de créditos por antecipação de receita, para aten-

⁷⁹ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 436.

⁸⁰ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021).

⁸¹ **Art. 21.** É nulo de pleno direito: (Redação dada pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

[...]

II - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20;

der insuficiência de caixa durante o exercício (art. 38, IV, b, [LRF](#)⁸²), e à própria constituição de despesa sem disponibilidade de caixa (art. 42, [LRF](#)⁸³)⁸⁴.

As considerações precedentes revelam que o **princípio da responsabilidade fiscal** não é algo etéreo, inespecífico, intuitivo, meramente recomendatório. Além do teor fortemente programático⁸⁵ do § 1º do art. 1º da LRF, a sua invocação também é expressão metonímica de todos os dispositivos acima transcritos, que especificam e detalham o seu conteúdo e lhe conferem elevado grau de densidade normativa⁸⁶. Do ponto de vista lógico, portanto, não é apenas juízo deôntico categórico (“A deve ser”). A concretização por regras consagradoras de institutos peculiares faz com que se apresente mediante juízos deônticos hipotético-condicionais (“Se A, então B deve ser”)⁸⁷.

⁸² **Art. 38.** A operação de crédito por antecipação de receita destina-se a atender insuficiência de caixa durante o exercício financeiro e cumprirá as exigências mencionadas no art. 32 e mais as seguintes:

[...]

IV - estará proibida:

[...]

b) no último ano de mandato do Presidente, Governador ou Prefeito Municipal.

⁸³ **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.

⁸⁴ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 438.

⁸⁵ Toma-se de empréstimo exatamente o sentido de norma programática encontrado em nossa dogmática constitucional, aqui aproveitável *mutatis mutandis*: “podemos conceber como *programáticas* aquelas *normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programadas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 138).

⁸⁶ “Critério quantitativo que permite classificar as disposições jurídicas de acordo com seu grau de concretude (porosidade, abertura). Quanto maior for o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será a sua densidade normativa (e vice-versa)” (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Teoria da validade e da interpretação do direito. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 195).

⁸⁷ “Não há aplicação *per saltum*, direta ou imediata de princípios. Em toda aplicação está implicada uma explicação: é preciso tirar do interior do aplicador o caminho mental que ele percorreu para enquadrar o fato real [aplicador = juiz] ou imaginário [aplicador = doutrinador] na hipótese normativa. Entretanto, além de uma explicação, está implicada uma extração: é preciso tirar do «interior» da norma as consequências jurídicas por ela previstas. Na aplicação normativa se entrelaçam dois juízos consecutivos, pois: um juízo anterior de subsunção → um juízo posterior de estatuição. Todavia, **no princípio não se verifica esse entrelaçamento consecutivo. Isso é estrutura própria de regra. A regra se define exatamente porque tem preceito primário + preceito secundário.** Porque tem hipótese de incidência [it.: *fattispecie, situazione-tipo ipotizzata*; al.: *Tatbestand*] + consequência jurídica [it.: *statuzione, conseguenza giuridica*; al.: *Rechtsfolge*]. **O princípio não obedece a essa estrutura. Na realidade, o princípio sempre prescreve um determinado «estado ideal de coisas» [ideale Zustand]** [ex.: princípio republicano, princípio democrático, princípio da eficiência]. Enfim, o princípio tem um conteúdo programático [*Programm*] e um contexto interlocutivo [*Bereich*] dentro do qual esse conteúdo faz sentido. **Sob o ponto de vista lógico-proposicional, a regra exprime um juízo deôntico hipotético-condicional [«Se A, então B deve ser»]; por seu turno, o princípio exprime um juízo deôntico categórico [«C deve ser»].** Se ao juiz é atribuída a competência para punir um ato antirrepublicano, antidemocrático ou ineficiente, por exemplo, é essencial uma norma que descreva: 1) as particularidades do ato sindicado com características antirrepublicanas, antidemocráticas ou ineficientes; 2) a punição cabível. Ou seja, é indispen-

2.4.2. OS RESTOS A PAGAR

A compreensão adequada dos **restos a pagar** suplica a leitura cruzada da **regra de ouro da responsabilidade fiscal** – toda despesa deve contar uma fonte de receita para financiá-la, ou seja, planejamento – com o **princípio da anuidade**.

O **princípio da anualidade** tem assento constitucional, especificamente no art. 165, III, § 5º, [CF](#)⁸⁸, e também infraconstitucional, precisamente nos arts. 34⁸⁹ e 35⁹⁰, [Lei n. 4.320/64](#), segundo os quais, em regra, os orçamentos valem para um único exercício financeiro, de 1º de janeiro a 31 de dezembro de cada ano, pertencendo ao exercício financeiro as receitas nele arrecadas e as despesas nele legalmente empenhadas.

O objetivo é garantir que as contas públicas e as respectivas previsões sejam reavaliadas ano a ano, seja do ponto de vista político, pelo Legislativo, que aprova a proposta orçamentária para o exercício seguinte e, com base nela, pode fiscalizar as contas do ano anterior, seja do ponto de vista financeiro, para representar o encerramento das atividades de obtenção de receitas e dispêndio de dinheiro público⁹¹. Toda despesa deve contar com a respectiva receita para financiá-la, exatamente para que as despesas sejam suportadas pelas receitas do exercício financeiro em que contraídas.

sável uma regra concretizante ou densificante. Daí por que não é possível aplicar princípios, senão regras. Decididamente, os princípios somente se realizam por intermédio das regras. A regra se realiza mediante a aplicação dela própria; o princípio, mediante a aplicação das regras. A realização do princípio é, portanto, reflexa ou de segunda mão. Por isso, a aplicação de uma regra é direta e imediata; a aplicação de um princípio, indireta e mediata. Entre o princípio e o caso se põe sempre uma regra. A regra faz a mediação entre o princípio e o caso. Ocupa a zona intercalar entre uma coisa e outra. Assim, incorre em metonímia quem assevera que «princípio se aplica diretamente, imediatamente, *per saltum*», visto que toma a mediadora pelo mediado. Tão só como figura retórico-argumentativa se pode tolerar essa afirmação inexata. Não tem ela qualquer valia jurídico-teórica” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. [Princípio não é norma \(1ª Parte\)](#). Acesso em: 16.11.2021).

⁸⁸ **Art. 165.** Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...]

III - os orçamentos anuais. [...]

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

⁸⁹ **Art. 34.** O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.

⁹⁰ **Art. 35.** Pertencem ao exercício financeiro:

I - as receitas nêle arrecadadas;

II - as despesas nêle legalmente empenhadas.

⁹¹ PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2021, versão eletrônica, posição 43.

Precisamente este é o **nexo** entre os **princípios da responsabilidade fiscal e da anualidade: impedir que as despesas de um exercício financeiro passado onerem as receitas de um exercício financeiro futuro.**

Entretanto, ocorre de a obrigação de despesa não ser paga no exercício financeiro em que contraídas. E aí entram os **restos a pagar**. Nos termos do art. 36, [Lei n. 4.320/64](#)⁹², **restos a pagar** são as despesas empenhadas mas não pagas até 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas⁹³ das não processadas⁹⁴.

Os **restos a pagar não** são uma solução servil ao gestor atabalhado que contrai obrigação de despesa sem a correlata disponibilidade de caixa, um reles mecanismo de rolagem de dívida. Isso seria fulminar a responsabilidade fiscal, notadamente os seus corolários do **(i)** planejamento, da **(ii)** prevenção de riscos e correção de desvios e do **(iii)** equilíbrio das contas públicas.

Pelo contrário. **Os restos a pagar devem ser fruto de uma ação planejada.** E são muitos os dispositivos de lei que apontam claramente nessa direção.

Consoante a primeira parte do art. 37, [Lei n. 4.320/64](#)⁹⁵, **as despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica.**

⁹² **Art. 36.** Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.

⁹³ Despesas processadas são as liquidadas, isto é, aquelas em que se confirma que o fornecedor de bens ou de serviços cumpriu com a sua obrigação, gerando para a Administração o dever de pagá-lo.

⁹⁴ Despesas não processadas são as não liquidadas, isto é, aquelas em que o contratado não concluiu o fornecimento dos produtos ou dos serviços contratados pela Administração, que ainda não tem o dever de pagá-lo.

⁹⁵ **Art. 37.** As despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os Restos a Pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica

A mesma lei, no **parágrafo único do art. 103⁹⁶**, prescreve que **os restos a pagar serão computados na receita extraorçamentária para compensar sua inclusão na despesa orçamentária.**

O **art. 42, LRF**, dispõe que 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**, o que, a rigor e a *contrario sensu*, significa que o gestor está proibido de inscrever em **restos a pagar** as despesas contraídas naquelas condições (nos dois últimos quadrimestres, sem disponibilidade de caixa proveniente do exercício financeiro em que contraída a obrigação de despesa).

O **art. 55, III, b, 3, LRF**, prescreve que o **Relatório de Gestão Fiscal** conterà os demonstrativos, no último quadrimestre **de cada ano**, da inscrição em **restos a pagar**, das despesas empenhadas e não liquidadas, **inscritas até o limite do saldo de disponibilidade de caixa**.

Por fim, o **art. 55, III, b, 4, LRF**, obriga a inserir no **Relatório de Gestão Fiscal** informação sobre as despesas **não inscritas em restos a pagar por falta de disponibilidade de caixa e cujos empenhos foram cancelados**. Se o empenho deve ser cancelado por indisponibilidade de caixa no exercício de constituição da obrigação, conclui-se, *a contrario sensu*, em tais condições a obrigação de despesa não deveria sequer ter sido contraída.

Está claro que os restos a pagar devem se fazer acompanhar da respectiva receita para financiá-la, proveniente do exercício em que empenhada a despesa, ou seja, não se deve onerar receitas de exercícios futuros com despe-

⁹⁶ **Art. 103.** O Balanço Financeiro demonstrará a receita e a despesa orçamentárias bem como os recebimentos e os pagamentos de natureza extra-orçamentária, conjugados com os saldos em espécie provenientes do exercício anterior, e os que se transferem para o exercício seguinte.
Parágrafo único. Os Restos a Pagar do exercício serão computados na receita extra-orçamentária para compensar sua inclusão na despesa orçamentária.

sas de exercícios antigos⁹⁷. Significa dizer que os **restos a pagar** devem ser (i) planejados para (ii) prevenir riscos e corrigir desvios, tudo para manter (iii) o equilíbrio das contas públicas.

Os **restos a pagar** oferecem uma solução às obrigações de despesa que, **justificadamente**, não foram pagas dentro do exercício financeiro em que foram criadas⁹⁸. E se concebem **duas ordens causas justificadoras** da inscrição da dívida em **restos a pagar**: (i) a não liquidação da obrigação pelo contratado e (ii) a superveniência de evento imprevisível e incontornável pelo gestor que abala o equilíbrio das contas públicas.

Sobre (i), é sabido que a despesa pública deve contar com autorização orçamentária, seja ela prevista na LOA ou em créditos adicionais⁹⁹. Existindo tal previsão e sendo ela contraída com disponibilidade de caixa, a Administração só tem dever de pagar após a liquidação. Logo, se o contratado não liquida oportunamente a obrigação e a Administração ainda tem interesse no seu cumprimento, será lícita a inscrição da despesa em **restos a pagar**, assegurando o seu pagamento durante exercício financeiro futuro com o uso de receitas de exercício passado, no qual realizado o empenho, à custa de dotação extraorçamentária.

Sobre (ii), é francamente remota, mas não pode ser desconsiderada. De saída, quanto mais qualificada é a gestão, menor é o risco de ficarem **restos a pagar**. Todavia, até o gestor mais capaz e probo pode ser colhido por fatos superveniente, imprevisíveis e inevitáveis – cuja ocorrência terá o ônus de demonstrar, é claro – que impedem justificadamente o cumprimento de algumas obrigações. Um exemplo frisante é a Pandemia em curso, com as medidas de restrição à atividade econômica e seu conseqüente impacto na queda de arrecadação, e, portanto, da disponibilidade de caixa para fazer frente às despesas.

⁹⁷ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 264.

⁹⁸ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 440.

⁹⁹ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Tributário**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 418.

Observe-se que em (i) e (ii) havia disponibilidade de caixa quando a obrigação foi contraída, de modo que ela seria paga se tudo tivesse saído em condições de normalidade – se o contratado tivesse cumprido o seu dever, no primeiro caso; se o evento futuro não tivesse abalado o equilíbrio entre receitas e despesas, no segundo. Não são obrigações de despesa contraídas a esmo, nascidas sob o signo da irresponsabilidade fiscal. O que indica que **obrigações de despesa não devem ser contraídas sem a correspondente e contemporânea disponibilidade de caixa** – ou seja, provenientes do exercício financeiro em que criadas.

Quando obrigações de despesas são contraídas já sem a correspondente e contemporânea disponibilidade de caixa e a despesa não paga é inscrita em **restos a pagar**, violam-se os arts. 47 a 50 da [Lei n. 4.320/64](#). Essa inscrição em **restos a pagar** configura **desvio de finalidade**, pois a atuação do gestor público se aproxima da **aquisição financiada de bens e serviços**, transação equiparada à **operação de crédito**¹⁰⁰, de que trata o art. 29, III, [LRF](#)¹⁰¹. No fundo, tal modo de empregar os **restos a pagar** os degenera em **mecanismo informal de rolagem de dívidas**, o que é explicitamente **vedado pelo art. 35, LRF**¹⁰² – dispositivo que aspira a higidez das contas públicas¹⁰³. De instituto criado em prol da responsabilidade fiscal, ele se converte em seu cavalo de Tróia.

Portanto, se só podem ser inscritos em **restos a pagar**, no último quadrimestre de cada ano, as despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas até o limite do saldo de disponibilidade de caixa (art. 55, III, b, 3, LRF); se as obrigações de despesa sem disponibilidade de caixa devem ter os empenhos cancelados, e

¹⁰⁰ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 443.

¹⁰¹ **Art. 29.** Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições: [...] **III** - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;

¹⁰² **Art. 35.** É vedada a realização de operação de crédito entre um ente da Federação, diretamente ou por intermédio de fundo, autarquia, fundação ou empresa estatal dependente, e outro, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente.

§ 1º Exceção-se da vedação a que se refere o caput as operações entre instituição financeira estatal e outro ente da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, que não se destinem a:

I - financiar, direta ou indiretamente, despesas correntes;

¹⁰³ PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2021, versão eletrônica, posição 177.

não inscritas em **restos a pagar** (art. 55, III, b, 4, LRF), forçoso é concluir que **a proibição de contrair obrigação de despesa, sem a correspondente e contemporânea disponibilidade de caixa, vale para a integralidade do mandato.**

É inconcebível que, fiando-se apenas na literalidade do art. 42, LRF, se conclua que o gestor poderia contrair obrigação de despesa, sem a correspondente e contemporânea disponibilidade de caixa, nos primeiros três anos de mandato e no primeiro quadrimestre do último ano do mandato. **Considerar tal conduta indesejável apenas de um ponto de vista ideal, metajurídico, mas não reprovada pelo direito positivo, é desprezar todo o arsenal normativo que condensa o princípio da responsabilidade fiscal, mormente o art. 55, III, b, 3 e 4, LRF¹⁰⁴.**

Não por acaso, a doutrina converge no sentido ora proposto, embora o faça por meio da exploração de caminhos argumentativos distintos. Sempre estendendo a proibição de inscrever obrigação de despesa em **restos a pagar**, sem a correspondente e contemporânea disponibilidade de caixa (proveniente do mesmo exercício financeiro em que contraída), alguns falam em **(i)** interpretação extensiva do art. 42, LRF, e outros em **(ii)** interpretação histórica e sistemática da LRF.

Sobre (i) – interpretação extensiva do art. 42, LRF, é o entendimento de Marcus Abraham:

O citado dispositivo busca evitar a contração de obrigações que sejam custeadas com recursos futuros e comprometam orçamentos posteriores. Trata-se de mais uma norma da LRF que visa impedir a utilização da máquina administrativa para realizar atos no último ano de gestão de natureza “populista” ou que se comprometa o orçamento subsequente com “heranças fiscais” deixadas ao sucessor.

¹⁰⁴ **Do Relatório de Gestão Fiscal** [...]

Art. 55. O relatório conterá: [...]

III - demonstrativos, no último quadrimestre: [...]

b) da inscrição em Restos a Pagar, das despesas: [...]

1) liquidadas;

2) empenhadas e não liquidadas, inscritas por atenderem a uma das condições do inciso II do art. 41;

3) empenhadas e não liquidadas, inscritas até o limite do saldo da disponibilidade de caixa;

4) não inscritas por falta de disponibilidade de caixa e cujos empenhos foram cancelados;

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm . Acesso em 14 set 2022.



Entendemos, entretanto, que a vedação prevista no art. 42 da LRF deveria ser interpretada de maneira ampliativa, aplicando-se não apenas aos últimos dois quadrimestres do mandato, como está literalmente previsto, mas também ao mandato inteiro, ano após ano, de janeiro a dezembro. Afinal, a própria LRF estabelece o conceito de responsabilidade na gestão fiscal, ao prever, no parágrafo único do seu art. 1º, a ação planejada e transparente, evitando afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições, dentre outras, para inscrição em restos a pagar. Os princípios da gestão pública responsável e do equilíbrio fiscal, previstos e regulados na LRF, aplicam-se inequivocamente ao instituto dos restos a pagar¹⁰⁵.

Sobre (ii) – interpretação histórica e sistemática da LRF, com a qual se concorda – é o entendimento de Afonso Gomes Aguiar:

[...] a LRF não pode ser analisada fora do universo dos atos baixados pelo Governo Federal para a criação, implantação e estabilização do plano Real. Com o objetivo de criar um clima de equilíbrio econômico sustentável para o Real, o legislador brasileiro se preocupou em adotar uma série de imposições às Administrações Públicas dos entes da Federação, visando, através dessas imposições, conseguir o equilíbrio das contas públicas, até então tão desequilibradas e responsáveis pela geração de altos índices inflacionários, inobstante as determinações que, neste sentido, já constavam da Lei nº 4.320/64 (art. 47 a 50). Neste mister, adotou medidas necessárias ao aumento das receitas públicas, bastante sacrificadas, ora pela sonegação de impostos, ora pelo desregramento da despesa pública e, muitas vezes, pela malversação dos dinheiros públicos (arts. 11 a 14, LRF). Por outro lado, estabeleceu outro tanto de restrições à criação da despesa, com o intuito de ver compatibilizada a despesa realizada com a receita arrecadada (art. 15 a 24, LRF), dedicando, inclusive, regras limitativas de comportamento quanto à dívida e à capacidade de endividamento dos entes federativos (arts. 29 a 42, LRF). Finalmente, perseguindo a finalidade de ver, ao final do exercício, uma execução orçamentária estável, sem os costumes déficits orçamentários geradores e aumentadores das dívidas já existentes, em razão das despesas realizadas sem a existência de disponibilidade de caixa necessária às suas satisfações e levadas à conta de restos a pagar, legou alguns dispositivos obrigando as Administrações à verificação, a curto e médio prazos, de que a despesa efetivamente realizada vem tendo perfeita compatibilização com a receita efetivamente arrecadada, como impeditivo de uma execução orçamentária desequilibrada, isto é, deficitária (arts. 8º a 10, 13, e 52 a 55, LRF). Todas essas providências adotadas pelo legislador nacional objetivam o quê? A implantação de um clima de equilíbrio econômico decorrente do equilíbrio das contas públicas, como sustentáculo da estabilidade do plano Real. Ora, se a finalidade precípua do diploma legal em alusão é a estabilidade das contas públicas, para garantir a estabilidade do padrão monetário nacional (Real), cabe à questão considerar ou definir o

¹⁰⁵ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 65.



que é estabilidade das contas públicas. Por estabilidade das contas públicas tenha-se, pelo menos, o resultado orçamentário em que a receita efetivamente arrecadada, menos despesas efetivamente realizadas é igual a zero, resultado esse denominado resultado nominal exigido pela LRF (art. 4º, § 1º e 9º), para a execução orçamentária levada a efeito por um ente federativo durante o exercício financeiro, resultado este previsto pela Lei Orçamentária Anual, ao prever a despesa fixada em igual valor ao da receita prevista. De fato, o que deseja o texto legal em apreço é que o ente federativo só gaste aquilo que efetivamente arrecadou. Levando-se em consideração que os débitos arrolados ou inscritos como restos a pagar decorrem da realização de despesas para as quais o ente federativo não dispunha de recursos financeiros para honrar estes compromissos, gerando anualmente o acréscimo da dívida pública e, portanto, provocando o desequilíbrio das contas públicas, situação financeira não admitida pela LC 101/2000 (LRF), há de se compreender que a inscrição de débitos em restos a pagar só é possível legalmente, em qualquer época e exercício, quando comprovada a existência de disponibilidade financeira suficiente para saldar todos os compromissos financeiros contraídos durante o exercício, incluindo-se os débitos inscritos como restos a pagar. Aliás, devo ressaltar que o resultado nominal da execução orçamentária somente poderá ser igual a zero para aquelas unidades federativas que não se encontrem em situação de dívida originada dos exercícios passados. É bom dizer que o resultado nominal, com relação aos entes políticos em situação de dívida a honrar, deve ser representado por um valor financeiro positivo, como economia feita, com a finalidade de com este resultado pagar as dívidas do passado. Do contrário, entendo não ser possível acontecer de outra forma, pois, estando, em situação de débito, como poderá honrá-lo o ente federativo que gastar com despesas do exercício tudo quanto arrecadou? Por fim, dá-me a certeza desse entendimento o disposto da alínea 4 do inc. III do art. 55, quando se refere aos débitos não inscritos em restos a pagar por falta de disponibilidade financeira, cujos respectivos empenhos são cancelados¹⁰⁶.

Na linha do entendimento (ii), a 12ª ed. do Manual de Demonstrativos Fiscais, emitido pela Secretaria do Tesouro Nacional, e de observância obrigatória para a confecção do Relatório de Gestão Fiscal (art. 48, LRF¹⁰⁷), prescreve na seção dedicada à inscrição dos restos a pagar no Relatório de Gestão Fiscal que deve haver disponibilidade de caixa no momento da inscrição da despesa em restos a pagar:

Os RP não processados de Exercícios Anteriores, embora possam não configurar obrigação contraída, são considerados obrigação do

¹⁰⁶ AGUIAR, Afonso Gomes. **Lei de Responsabilidade Fiscal**. Questões práticas (Lei Complementar nº 101/00). Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 207-209.

¹⁰⁷ **Art. 48.** São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

ponto de vista fiscal, pois, à época de sua inscrição, foi exigida a correspondente disponibilidade de caixa (Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACA_O:40050, p. 635, acesso em 8 dez. 2021).

Confirma-se que os **restos a pagar** não podem representar oneração das receitas de exercícios financeiros futuros com despesas de exercícios financeiros passados¹⁰⁸. Por isso aqui se adota o seguinte **conceito de restos a pagar**:

são as despesas legalmente empenhadas e não pagas até o final do exercício financeiro de sua competência, para as quais, existam, no mínimo, em caixa, as disponibilidades financeiras, também provindas do exercício encerrado, em montante suficiente para atendê-las em seus pagamentos¹⁰⁹.

Do mesmo modo que a substância que preenche uma garrafa não se altera apenas em razão do rótulo que lhe seja afixado, a obrigação de despesa, despi-da de disponibilidade de caixa, transferida de um exercício financeiro para outro não constitui **restos a pagar** apenas porque se deu tal nome à operação, mas, sim, mecanismo informal de rolagem de dívidas.

¹⁰⁸ A passagem que diz que “os restos a pagar podem não configurar obrigação contraída” deve ser interpretada com cautela. Obrigação é vínculo jurídico transitório pelo qual alguém (o devedor) assume o dever de realizar uma prestação consistente em um interesse de outrem (o credor) (cf.: MIRAGEM, Bruno. **Direito das Obrigações**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 21). A obrigação é a totalidade da relação, isto é, abrange o poder de exigir (crédito) e o dever de prestar (débito) (cf.: NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Fundamentos do direito das obrigações. Introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13), sendo certo que os sujeitos da obrigação assumem direitos e obrigações recíprocos e equivalentes, com prestações de parte a parte (cf.: ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**. V. 2. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 36). Ilustrativamente, quando duas pessoas celebram um contrato de promessa de compra e venda, o promitente vendedor tem o direito (crédito) de exigir e o promitente-comprador o dever (débito) de pagar as prestações em que o preço tiver sido dividido, e ultimado o pagamento, tem o direito (crédito) de exigir e daquele o dever (débito) de celebrar a escritura pública de compra e venda. Do mesmo modo, quando a Administração celebra contrato de fornecimento de dado produto ou serviço com um particular, aquela tem o direito (crédito) de exigir e este o dever (débito) de honrar a prestação, bem como, realizada adequadamente a prestação, tem o particular o direito de exigir (crédito) e a Administração o dever (débito) de pagar o valor pactuado. Como se vê, num primeiro momento o promitente comprador é devedor e o promitente vendedor, credor; exauridas as parcelas, o promitente comprador se converte em credor e o promitente vendedor, em devedor. Do mesmo modo, inicialmente a Administração é credora e o particular, devedor; fornecidos adequadamente os produtos ou serviços, o particular se converte em credor e a Administração, em devedora. Portanto, relação obrigacional já existe – tanto que o contratado deve fornecer o serviço ou o produto –, mas a Administração só terá o dever de pagar quando o contratado liquidar. Permite-se, porém, o cancelamento do empenho – e, pois, a extinção da obrigação – no caso de não haver disponibilidade de caixa. Para não lesar o particular nem se enriquecer ilícitamente, a Administração Pública deve evitar de cancelar o empenho quando a liquidação estiver em curso ou consumada.

¹⁰⁹ AGUIAR, Afonso Gomes. Restos a pagar. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Ano 2, n. 24, dez./2003, Belo Horizonte: Fórum, versão eletrônica, em negrito no original.

2.4.2.1 O CARÁTER REDUNDANTE DO ART. 42, LRF: SEU COTEJO COM O ART. 55, III, c, 3 e 4, LRF

O objetivo deste subitem é demonstrar que **o art. 42, LRF, não cria dever jurídico que, sem ele, inexistiria; que nada se alteraria se o dispositivo fosse revogado; enfim, que ele é redundante.** A interpretação não deve causar mos-sa. O passo decisivo para se compreender o argumento é situar o ambiente em que o art. 42, LRF, se insere. Vejamos.

O art. 42, LRF, veda ao gestor, nos dois últimos 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.

O dispositivo alude a obrigações contraídas nos dois últimos quadrimestres do mandato **(i)** que vencerão integralmente no mesmo exercício financeiro e **(ii)** que terão parcelas vencidas no exercício financeiro seguinte.

A proibição tanto em **(i)** quanto em **(ii)** não é contrair obrigação de despesa sem disponibilidade de caixa proveniente do exercício financeiro em que contraída, **em si**, mas de, em razão disso, inscrever tais obrigações de despesas em **restos a pagar** sem lastro. **Deseja-se – este é o seu objetivo – evitar que obrigações de despesa contraídas, sem lastro, em exercícios financeiros pas-sados onerem as receitas de exercícios financeiros futuros**, o que, de resto, revela um exercício deturpado dos **restos a pagar**, pois quando são assim ma-nejados eles deixam de ser uma solução de pagamento das obrigações que não são exigíveis (porque não liquidadas) no mesmo exercício financeiro para se transformarem em **mecanismo informal de rolagem de dívida**, verdadeiro **desvio de finalidade**.

Contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, e inscrever obrigação de despesa em **restos a pagar**, sem disponibilidade de caixa, são coisas diferentes. Quando se fala de uma não se está falando da outra.

Todavia, há entre elas um **liame teleológico**: deve-se evitar a primeira (contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa proveniente do exercício em que contraída) para não se chegar à segunda (inscrição em **restos a pagar**, sem respeito aos limites de disponibilidade de caixa).

O que se proíbe, ou seja, o que constitui **ato ilícito** é a inscrição em **restos a pagar** da obrigação de despesa despida de correlata e contemporânea disponibilidade de caixa. E a causa natural dessa ilicitude consiste, precisamente, em contrair obrigação de despesa já sem a necessária disponibilidade de caixa, o que não é ato ilícito, por si só, mas se mostra, no mais das vezes, altamente **indesejável**. De fato, a **tendência** natural é que esta conduza àquela.

Ocorre que essa é uma **tendência**, não uma consequência **inevitável**. Contraída a obrigação de despesa já sem a necessária disponibilidade de caixa, há duas formas de evitar a sua inscrição em **restos a pagar**: **(i)** cancelando o empenho, enquanto não houver liquidação, ou **(ii)** pagando, caso surja, licitamente, disponibilidade financeira para tanto.

Sobre (i), é sempre possível cancelar o empenho, até a liquidação¹¹⁰ (a rigor, rescinde-se o contrato e cancela-se o empenho). Previne-se a consumação do inadimplemento e, *a fortiori*, a sua inscrição em **restos a pagar**, sem respeito aos limites de disponibilidade de caixa, o que arrostaria tanto a LRF (art. 55, III, b, 3 e 4) e quanto o Código Penal (art. 359-B¹¹¹).

¹¹⁰ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Tributário**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 442.

¹¹¹ Sobre o art. 359-B, CP, ensina a doutrina: “Veda este artigo que o agente público ordene ou autorize a inscrição em restos a pagar (ver conceito na nota 19 seguinte) de despesa que ainda não foi empenhada ou que, apesar de ter sido, excedeu o limite estabelecido em lei. Logo, evita-se deixar para o ano seguinte, e, principalmente, para outro administrador, despesas que já não constem expressamente como devidas e cujo pagamento há de se estender no tempo, especialmente se não houver recursos para o pagamento” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 1398).

Sobre (ii), o surgimento, lícito, de disponibilidade financeira para pagar a obrigação de despesa abre duas possibilidades: o contratado liquida a obrigação e ela é paga ou a obrigação tem parcelas que se protraem para os exercícios financeiros futuros e, nesse ponto, há a inscrição em **restos a pagar**. No primeiro caso, o pagamento extingue a obrigação. No segundo, as parcelas vincendas são devidamente provisionadas, não haverá oneração das receitas de exercícios financeiros futuros com despesas de exercícios financeiros passados. Não há consumação de ilicitude nem lá nem cá. Apuradas tais condutas em julgamento de contas, por exemplo, a consequência seria a expedição de recomendação para que não fossem reiteradas, porém sem a imposição de qualquer determinação cogente.

Com isso não se está, absolutamente, estimulando a constituição de obrigação de despesa sem a correspondente e contemporânea disponibilidade de caixa. Pelo contrário. Sabe-se que esse é o primeiro passo rumo à desordem das contas públicas. É por isso, inclusive, que a preferência é pela hipótese **(i)**: cancelar o empenho antes da liquidação, de modo a corrigir a inconveniência a tempo de evitar a consumação da ilicitude (inscrição em **restos a pagar**, sem disponibilidade de caixa). O gestor se antecipa aos acontecimentos e controla os efeitos da sua conduta. A hipótese **(ii)** é referida apenas porque, de fato, pode acontecer, mas não se deve contar com ela, que, de resto, é imprevisível. Ora, nenhum gestor deve contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, contando com o beneplácito do acaso. A responsabilidade fiscal exige planejamento, metas, acompanhamento, revisão e ajustes, não a fé nos golpes salvíficos da boa sorte¹¹².

Assim se vê o contexto em que o art. 42, LRF, se insere: o de reprimir a inscrição em **restos a pagar** das obrigações de despesa desprovidas da corres-

¹¹² “A finalidade da LRF é que o Gestor aja com planejamento e transparência, a fim de evitar surpresas, prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio orçamentário. Daí que, imprescindível para atingir esse equilíbrio é o estabelecimento de metas, seja em relação às receitas, seja em relação às despesas” (LEITE, Harisson. **Manual de Direito Tributário**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 535).

pondente disponibilidade de caixa, que comprometerão as receitas de exercícios financeiros futuros com despesas de exercícios financeiros passados.

Ocorre que o art. 42, LRF, se apresenta eficaz apenas em relação às inscrições em restos a pagar das obrigações de despesa, sem disponibilidade de caixa, contraídas nos dois últimos quadrimestres do mandato. Textualmente, não alcança o restante do mandato (primeiro quadrimestre do último ano e anos anteriores).

Indaga-se: viola a LRF a inscrição em **restos a pagar** de obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, contraída nos demais períodos do mandato, ou seja, no primeiro, segundo e terceiro anos, bem como no primeiro quadrimestre do último ano – no caso dos mandatos quadrienais? A resposta é positiva.

Ao fim de cada quadrimestre de **todo o mandato**, o gestor deve emitir o **Relatório de Gestão Fiscal** (art. 54, LRF), o qual, no último quadrimestre de cada ano, conterà os demonstrativos da inscrição em **restos a pagar** das despesas liquidadas (art. 55, III, b, 1, LRF), das despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas até o limite do saldo de disponibilidade de caixa (art. 55, III, b, 3, LRF), e das despesas não inscritas por falta de disponibilidade de caixa e cujos empenhos foram cancelados (art. 55, III, b, 4, LRF) ¹¹³.

¹¹³ **Art. 54.** Ao final de cada quadrimestre será emitido pelos titulares dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 Relatório de Gestão Fiscal, assinado pelo:

[...]

Art. 55. O relatório conterà:

I - comparativo com os limites de que trata esta Lei Complementar, dos seguintes montantes:

- a) despesa total com pessoal, distinguindo a com inativos e pensionistas;
- b) dívidas consolidada e mobiliária;
- c) concessão de garantias;
- d) operações de crédito, inclusive por antecipação de receita;
- e) despesas de que trata o inciso II do art. 40;

II - indicação das medidas corretivas adotadas ou a adotar, se ultrapassado qualquer dos limites;

III - demonstrativos, no último quadrimestre:

a) do montante das disponibilidades de caixa em trinta e um de dezembro;

b) da inscrição em Restos a Pagar, das despesas:

- 1) liquidadas;
 - 2) empenhadas e não liquidadas, inscritas por atenderem a uma das condições do inciso II do art. 41;
 - 3) empenhadas e não liquidadas, inscritas até o limite do saldo da disponibilidade de caixa;
 - 4) não inscritas por falta de disponibilidade de caixa e cujos empenhos foram cancelados;
- c) do cumprimento do disposto no inciso II e na alínea b do inciso IV do art. 38.

Portanto, se o art. 42, LRF, proíbe o gestor de inscrever em **restos a pagar** obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, contraída nos dois últimos quadrimestres do mandato, o art. 55, III, b, 3, LRF, proíbe-o de inscrever em **restos a pagar** obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, contraída durante **todo o mandato**.

De fato, os dispositivos têm **o mesmo conteúdo**: proibir a inscrição em **restos a pagar** da obrigação de despesa contraída sem disponibilidade de caixa. A **diferença** é apenas o **período do mandato durante o qual tem eficácia**: o art. 55, III, b, 3, LRF, varre todo o mandato; já o art. 42, LRF, fica confinado aos dois últimos quadrimestres.

A representação abaixo ilustra o período de eficácia dos dispositivos enquanto eles convivem:

Integralidade do mandato

Eficácia do art. 55, III, b, 3, LRF

Eficácia do art. 42, LRF

Em raciocínio hipotético, a representação abaixo ilustra o período em que seria proibido inscrever em restos a pagar a obrigação de despesa contraída sem disponibilidade de caixa, se apenas o art. 55, III, b, 3, LRF, vigorasse:

Integralidade do mandato

Eficácia do art. 55, III, b, 3, LRF

E ainda em raciocínio hipotético, a representação abaixo ilustra o período em que seria proibido inscrever em restos a pagar a obrigação de despesa contraída sem disponibilidade de caixa, se apenas o art. 42, LRF, vigorasse:

Integralidade do mandato

Eficácia do art. 42, LRF

Claro está que o art. 55, III, b, 3, LRF, **abrange todo o período do mandato**, inclusive aquele a que se refere o art. 42, LRF, ao passo em que este atua apenas nos dois últimos quadrimestres do tempo de gestão.

Pensando estritamente na proibição de inscrever em restos a pagar obrigação de despesa contraída sem disponibilidade de caixa, a **conclusão** é inevitável: **enquanto coexistirem, o art. 55, III, b, 3, LRF, torna o art. 42, LRF, despiciendo, redundante, prescindível.**

Os argumentos coligidos até aqui conduzem à conclusão de que, **para fins extrapenais**¹¹⁴, o art. 42, LRF, não cria dever jurídico, não insere vedação que,

¹¹⁴ É comum a doutrina correlacionar o art. 42, LRF, com os arts. 359-B, 359-C e 359-F, todos do CP (cf.: ABRAHAM, Marcos. Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 278). Vejam-se os textos dos referidos tipos penais: **Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar. Art. 359-B.** Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. **Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura. 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: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. **Não cancelamento de restos a pagar. Art. 359-F.** Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. Pois bem. Com os textos à vista, a **indagação que se coloca é: os arts. 359-B, 359-C e 359-F, CP, são normas penais em branco dependentes de complementação contida no art. 42, LRF?** Considerando que normas penais em branco são tipos legais com sanção penal determinada e preceito indeterminado, dependente de complementação por outro ato legislativo ou administrativo (cf.: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral.** 3 ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 50), a **resposta é negativa.** É verdade que todos aqueles tipos penais dependem de complementações provenientes do Direito Financeiro, notadamente da noção de “restos a pagar”, que, de todo modo, é fornecida pelo art. 36, Lei 4.320/64, não pelo art. 42, LRF. Nada obstante, não parece que se trata de norma penal em branco. O conceito de restos a pagar não carece, imprescindivelmente, de previsão legal expressa, pode ser construído dogmaticamente (doutrina e jurisprudência). Nesses termos, a revogação quer do art. 36, Lei 4.320/64, quer do art. 42, LRF, não esvaziaria a eficácia de tais tipos penais. **Vejam, agora, cada tipo separadamente. O art. 359-B, CP, não define o sentido de “empenho” nem fixa o “limite estabelecido em lei”.** Conquanto fornecido pelo art. 58, Lei 4.320/64, o conceito de “empenho” não depende imprescindivelmente de lei, pode ser construído dogmaticamente. Não há norma penal em branco, no ponto. Quanto ao “limite estabelecido em lei” é nítido exemplo de norma penal em branco, dado que a configuração do crime depende de norma de Direito Financeiro, produzida por autoridade competente, que fixe os limites a serem observados pelo agente estatal no empenho de despesas públicas (cf.: PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal.** V. 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 359). Ocorre que tal definição não é fornecida pelo art. 42, LRF, de modo que a sua eventual revogação não impactaria no art. 359-B, CP. **O art. 359-C, CP, praticamente repete o que consta no caput do art. 42, LRF, de modo que, revogado este, aquele subsistiria intacto.** A única exceção é o conceito de “disponibilidade de caixa”, presente apenas no art. 42, parágrafo único, LRF. Todavia, tal noção não depende imprescindivelmente de lei, podendo ser fornecida pela dogmática. Daí não se tratar de norma penal em branco. Assim, revogado o art. 42, LRF, o art. 359-C, CP, permaneceria intacto. **O art. 359-F, CP, não define “restos a pagar” nem aponta o “valor permitido em lei”.** Repetem-se, aqui, as considerações sobre o art. 359-B: não é caso de norma penal em branco quanto ao conceito de “restos a pagar”, mas, sim, quanto ao de “valor permitido em lei” (cf.: PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal.** V. 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 668), nenhum deles dependentes do art. 42, LRF, que, novamen-

sem ele, seria inexistente. Se fosse revogado, nada se alteraria nesses domínios. Persistiria a proibição de contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa do mesmo exercício financeiro em que contraída, **durante todo o mandato**, face ao prescrito no art. 55, III, b, 3, LRF.

Convém frisar que **nada disso é estranho ao TCE-ES.**

No [Processo TC 0329/2018-1](#), a 1ª Câmara desta Corte de Contas, acompanhando a Unidade Técnica e o Ministério Público de Contas, emitiu **PARECER PRÉVIO (161 - Parecer Prévio 00114/2020-1)**, recomendando a **REJEIÇÃO DAS CONTAS** de prefeito municipal que, no ano de 2017 – **note-se: no primeiro ano do mandato!** –, além de outras ilicitudes, **inscreveu restos a pagar não processados sem disponibilidade de caixa, em ofensa ao art. 55, III, b, 3, LRF:**

a LRF estabelece mecanismos de controle para a inscrição de despesa e em restos a pagar durante todo o mandato, seja por limitação do empenho, cujo controle se dá bimestralmente, e ao final de cada exercício, ao vedar a inscrição de restos a pagar não processados por falta de disponibilidade financeira.

Frise-se que a regra imposta pelo **artigo 55, III, b da LRF** encontra-se vigente, tanto é que, de acordo com o Manual de Demonstrativos Fiscais da Secretaria do Tesouro Nacional, o Anexo 5 integra o Relatório de Gestão Fiscal, e **deve ser elaborado no último quadrimestre (ou semestre) de cada exercício financeiro, e não só no exercício de encerramento de mandato. A exigência guarda relação com o art. 1º da Lei Fiscal.**

Assim, não vislumbramos razão ao gestor, tendo em vista **não ter apresentado justificativa para a inscrição de restos a pagar objeto de apontamento, ainda que não processados, sem lastro financeiro para o seu pagamento**, não observando a gestão fiscal responsável (págs. 22-23).

Em sede de Recurso de Reconsideração ([Processo TC 00737/2021-1](#)), o Plenário proferiu **PARECER PRÉVIO (32 - Parecer Prévio 00023/2022-3)**, no qual divergiu parcialmente da Unidade Técnica e do *Parquet* de Contas para, mesmo mantendo a irregularidade, situá-la no campo da ressalva, sem o condão de macular as contas, sob os argumentos de que o gestor encontrou inconsistências

te, se for revogado, não abalaria o art. 359-F, CP. **Em suma**, tudo leva a crer que o art. 42, LRF, também é prescindível para fins penais. Caso ele fosse revogado, permaneceriam intactos os arts. 359-B, 359-C e 359-F, todos do CP.

na utilização das fontes de recursos e que os valores eram incapazes de desequilibrar as contas do município.

No entanto, observo que, além dos problemas encontrados pelo gestor em relação às inconsistências na utilização de fontes de recursos, os valores inscritos em restos a pagar não processados somam o total de R\$ 6.667,50 (R\$ 1.660,00 + R\$ 1.490,00 + R\$ 3.517,50), valor esse que entendo ser incapaz de desequilibrar as contas do município.

Diante disso, estou dando provimento parcial ao referido item, divergindo parcialmente do posicionamento técnico e ministerial, mantendo a irregularidade, todavia, no campo da ressalva, sem o condão de macular as contas. (p. 37) (Destacou-se).

O desfecho dado ao caso – do qual discordamos, *data maxima venia*, mormente porque é irrelevante o vulto da inscrição em **restos a pagar** além dos limites de disponibilidade de caixa – não dissolve o essencial: **o Plenário reconheceu que, durante todo o mandato, constitui irregularidade, por ofensa ao art. 55, III, b, 3, LRF, a conduta de inscrever a obrigação de despesa em restos a pagar além dos limites da disponibilidade de caixa.** As contingências (inconsistências na utilização das fontes de recursos e pequena monta do valor) apenas conduziam à APROVAÇÃO COM RESSALVA. *A contrario sensu*, a ausência delas teria impelido à REJEIÇÃO das contas.

Nada disso significa que o art. 42, LRF, seja totalmente irrelevante. Retomando ponto já antecipado, ele ostenta importante **função simbólica**: reforçar ao gestor a obrigação de cumprir, também no fim do mandato, o mais basililar dever imputado pela responsabilidade fiscal – o de não contrair obrigação de despesa sem a necessária disponibilidade de caixa.

O período referido pelo dispositivo é oportuno porque nele o orçamento se vê especialmente suscetível aos desmandos do mandatário faltoso, capaz de comprometer o equilíbrio entre receitas e despesas, quer por investidas populistas (intencionando a reeleição ou a eleição de um aliado), quer por revanchismo (criando embaraços à gestão futura em face da sua iminente ou já consumada derrota nas urnas). Objetiva impedir que a nova gestão já comece inviabilizada



por despesas irresponsavelmente contraídas e não honradas pela gestão anterior.

Tão importante é essa questão que toca sensivelmente a **igualdade e a lisura do processo eleitoral**, baluartes da democracia representativa:

Verificando o crescimento do montante de despesas inscritas em Restos a Pagar, em anos pré-eleitorais, podem-se identificar alguns interesses que estão em “jogo” e não apenas a impossibilidade de pagamento das despesas dentro do exercício financeiro em que houve o empenho.

Com os recursos dos Restos a Pagar o Governo acaba tendo a possibilidade de atender aos pleitos de seus aliados ou membros de sua base política na definição de candidaturas eleitorais e no apoio que possa dar maior visibilidade aos privilegiados envolvidos numa disputa eleitoral.

O emprego dos Restos a Pagar beneficiando candidatos privilegiados acaba sendo uma afronta ao princípio da igualdade entre os contendores, principalmente, com a adoção da reeleição para cargos do Poder Executivo implantada no Brasil¹¹⁵.

No mesmo sentido:

É verdade que a LRF se contém de regra expressa sobre Restos a Pagar, na qual estabeleceu a proibição da criação de compromisso financeiro, durante o período correspondente aos dois últimos quadrimestres do último ano de mandato, que não possa ser paga, integralmente, dentro do exercício financeiro, ou que, tendo parcela a ser paga no exercício seguinte, não se leve, para o mesmo exercício, as disponibilidades financeiras correspondentes (art. 42).

Advirto que não se pense ou se presuma que, em razão da proibição contida no art. 42 da LRF, com relação às despesas a se realizarem, durante o período ali citado, tenha a Lei nº 101/00 _ LRF querido admitir a realização de despesa sem a existência dos correspondentes recursos financeiros, para saldá-las, ou que se possa, em qualquer exercício financeiro, levar, para a conta de Restos a Pagar, despesas que, para as quais, não existam, em Caixa, ao final do exercício, disponibilidades financeiras necessárias às suas coberturas, a se realizarem no ano seguinte.

O que se deseja alcançar com a inserção dessa regra no corpo da LRF é o mesmo que se procura atingir com o disposto dos parágrafos do

¹¹⁵ SILVA, Wilson Roberto da. **Aspectos normativos, contábeis e orçamentários dos restos a pagar na administração pública federal**. Monografia (especialização). Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor) da Câmara dos Deputados e Universidade do Legislativo Brasileiro (Unilegis), do Senado Federal, Curso de Especialização em Orçamento Público, Brasília, 2008, p. 70. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/178123/MonografiaWilson.pdf?sequence=1>. Acesso em 03 dez. 2021.

art. 54 da Lei nº 4.320/64 os quais objetivam por fim àquela inescrupulosa atitude de alguns Chefes de Poder Executivo que, ao se sentirem derrotados no processo eleitoral, passam a criar despesas de expressivas somas, para serem pagas nos exercícios seguintes, com a finalidade exclusiva de inviabilizar a Administração seguinte, e não a de admitir a inscrição, como Restos a Pagar, em qualquer exercício, de despesas realizadas sem a devida cobertura financeira¹¹⁶.

A redundância do art. 42, [LRF](#), exorta à sua correta canalização. Interpretá-lo no sentido de que é apenas no período nele referido que o gestor é proibido de contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, é fixar o entendimento ambíguo que, de um lado, afirma a pretensão de assegurar a lisura do processo eleitoral, e, de outro, fragiliza a saúde das contas públicas, pois deixa a descoberto todo o anterior período do mandato. Em contraste, mirar a legislação e perceber que o gestor é proibido de inscrever em **restos a pagar** obrigação de despesa destituída de disponibilidade de caixa é adotar uma interpretação que afirma tanto a relevante pretensão simbólica do art. 42, [LRF](#), quanto a de todo o conjunto de mecanismos que conspiram a bem do equilíbrio fiscal, muito especialmente do art. 55, III, b, 3, [LRF](#). Não pode haver dúvida: **durante todo o mandato é proibido inscrever em restos a pagar obrigação de despesa contraída sem disponibilidade de caixa.**

2.4.3. CONSEQUÊNCIAS DE CONTRAIR, DURANTE TODO O MANDATO, OBRIGAÇÃO DE DESPESA, SEM DISPONIBILIDADE DE CAIXA PROVENIENTE DO EXERCÍCIO EM QUE CONTRAÍDA

Estando nítido o **liame teleológico** entre contrair obrigação de despesa sem disponibilidade de caixa e a sua inscrição, em **restos a pagar**, onerando orçamentos de exercícios futuros com despesas de exercícios passados, convém pontuar algumas consequências decorrentes de tais condutas.

¹¹⁶ AGUIAR, Afonso Gomes. Restos a pagar. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Ano 2, n. 24, dez./2003, Belo Horizonte: Fórum, versão eletrônica, em negrito no original.

Parta-se desta hipótese-base: uma obrigação de despesa é contraída, sem disponibilidade de caixa, mediante expedição de empenho, e é efetivamente liquidada/processada.

1) Suponha-se que, na hipótese-base, a Administração não paga e não inscreve em restos a pagar. Nesse caso, há violação do art. 55, III, b, 1, [LRF](#)¹¹⁷.

No último quadrimestre de cada ano do mandato, o **Relatório de Gestão Fiscal (RGF)** conterà demonstrativos referentes ao montante da disponibilidade de caixa em 31 (trinta e um) de dezembro e às inscrições em **restos a pagar**. Deixar de inscrever despesa liquidada em **restos a pagar é não divulgar o RGF nas condições estabelecidas na [LRF](#)**, conduta que constitui infração, punida com multa de 30% (trinta por cento) dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal, como prescreve o art. 5º, I e § 1º¹¹⁸, [Lei n. 10.028/00](#).

Acrescente-se, com o art. 51, § 2º, [LRF](#)¹¹⁹, que até a regularização da situação, o ente da Federação ficará impedido de receber transferências voluntárias e contratar operações de crédito, exceto as destinadas ao refinanciamento atualizado da dívida mobiliária¹²⁰.

¹¹⁷ **Art. 55.** O relatório conterà:

[...]

III - demonstrativos, no último quadrimestre:

[...]

b) da inscrição em Restos a Pagar, das despesas:

[...]

1) liquidadas;

¹¹⁸ **Art. 5º** Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:

I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei; [...]

§ 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.

¹¹⁹ **Art. 51.** O Poder Executivo da União promoverá, até o dia trinta de junho, a consolidação, nacional e por esfera de governo, das contas dos entes da Federação relativas ao exercício anterior, e a sua divulgação, inclusive por meio eletrônico de acesso público. [...]

§ 2º O descumprimento dos prazos previstos neste artigo impedirá, até que a situação seja regularizada, que o ente da Federação receba transferências voluntárias e contrate operações de crédito, exceto as destinadas ao refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária.

¹²⁰ ABRAHAM, Marcos. **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão eletrônica, posição 314.

2) Suponha-se que, na hipótese-base, a Administração não paga e inscreve em restos a pagar. Nesse caso, também há violação do art. 55, III, b, 1, [LRF](#). Repetem-se, aqui, as razões lançadas no item **(1)**, acima.

3) Suponha-se, agora introduzindo uma pequena variação na hipótese-base, qual seja, a de que a obrigação de despesa contraída sem disponibilidade de caixa foi inscrita em restos a pagar, mas não foi processada. Nesse caso haveria, violação do art. 55, III, b, 3, [LRF](#).

Nessa linha, o já citado **PARECER PRÉVIO (161 - Parecer Prévio 00114/2020-1)** proferido no [Processo TC 0329/2018-1](#), no qual a 1ª Câmara desta Corte de Contas, acompanhando a Unidade Técnica e o Ministério Público de Contas, recomendou a **REJEIÇÃO DAS CONTAS** de prefeito municipal que, no ano de 2017 – **note-se: no primeiro ano do mandato!** –, além de outras ilicitudes, **inscreveu restos a pagar não processados sem disponibilidade financeira, em ofensa ao art. 55, III, b, 3, LRF**.

Se o gestor que ordenou ou autorizou a inscrição dos **restos a pagar**, em tal caso, pode-se cogitar do cometimento do crime prescrito no art. 359-B¹²¹, [CP](#). E o gestor seguinte, sendo pessoa diferente, deixando de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento desse montante de **restos a pagar**, poderá incorrer no tipo do art. 359-F¹²², [CP](#)¹²³.

¹²¹ **Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar** (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)
Art. 359-B. Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei: (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

¹²² **Não cancelamento de restos a pagar** (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)
Art. 359-F. Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei: (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

¹²³ “O art. 359-F incrimina a omissão do agente que deixa de cancelar restos a pagar, os quais poderão ser os mesmos cuja inscrição tenha sido ordenada ou autorizada pelo mesmo funcionário público. Nesse caso, responderá o funcionário apenas pelo crime comissivo. Não assim, porém, caso tenha havido sucessão no cargo e os agentes são diversos, caso em que cada um responderá por um dos crimes” (BALTZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, versão eletrônica, posição 212).

4) Suponha-se que, na hipótese-base, a Administração paga com violação da ordem cronológica de que trata o art. 5º, [Lei n. 8.666/93](#)¹²⁴. Nesse caso, o gestor pode incorrer em crime comum e crime de responsabilidade, nos termos, respectivamente, do art. 337-H, [CP](#)¹²⁵, e do art. 1º, XII¹²⁶, [Decreto-lei 201/67](#).

5) Suponha-se, por fim, que, na hipótese-base, a Administração paga sem violação da ordem cronológica de que trata o art. 5º, [Lei n. 8.666/93](#). Nesse caso, em princípio, tem-se mera irregularidade.

Conquanto imprevisível, o pagamento pode ser possibilitado graças a uma eventualidade superveniente – como o súbito aumento da arrecadação –, caso em que não haverá oneração de receitas de exercícios futuros por despesas de exercícios antigos, e nenhuma sanção poderá ser imposta ao gestor.

Não há crime. Os tipos dos arts. 359-B e 359-F, [CP](#), pressupõem a inscrição em **restos a pagar**, o que não ocorre na hipótese examinada. Praticada a conduta nos dois últimos quadrimestres do mandato¹²⁷, não incidiria o art. 359-C, [CP](#), seja porque ele também pressupõe a inscrição em **restos a pagar**, seja porque o que tipifica a conduta incriminada não é a simples assunção de obrigação cujo resgate parcial venha a operar-se no exercício seguinte, mas a ausência de contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa para efetuar esse resgate, tanto

¹²⁴ **Art. 5º** Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

¹²⁵ **Art. 337-H.** Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:

Pena: reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

¹²⁶ **Art. 1º** São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: [...]

XII - Antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário;

¹²⁷ Duas observações. Primeiro, o legislador tem discricionariedade para criminalizar, ou não, tal conduta. E optando por criminalizá-la, tem, igualmente, discricionariedade para criminalizar a sua prática apenas em determinado período do mandato, como efetivamente fez. O mesmo não vale para fins extrapenais, como se vem demonstrando. Segundo, a diferença entre os arts. 359-B e o 359-C, CP, que justifica o maior desvalor do segundo – ele é punido com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos – em relação ao primeiro – punido com detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos –, é que “lá não passa de uma espécie de desautorizada rolagem de dívida; aqui transfere indevidamente o ônus do caixa desfalcado ao sucessor, que terá de honrar compromissos que não assumiu” (BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. V. 5. São Paulo: Saraiva Jr, 2020, p. 502).

que a contrapartida exigida pela lei não se refere à disponibilidade de caixa do novo orçamento, exigindo-se que, juntamente com a inscrição em **restos a pagar**, seja prevista a fonte de custeio¹²⁸, nada disso presente *in casu*.

Como se vê, a assunção de obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, durante todo o mandato, só é juridicamente irrelevante na imprevisível hipótese de uma eventualidade superveniente viabilizar o pagamento, sempre respeitada a ordem cronológica.

Vai realçado o **liame teleológico** entre a proibição de assunção de obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, a qualquer momento do mandato, e o efetivo inadimplemento.

Ao cabo dessas considerações, vale insistir: o **art. 42, LRF**, não cria dever jurídico que, sem ele, inexistiria. Ele apenas explicita dever jurídico decorrente de disposições da **LRF** – notadamente do **art. 55, III, b, 3 e 4** – e da **Lei n. 4.320/64**, já indicadas. Destas decorre – no mínimo implicitamente – que o gestor é proibido, durante **todo o mandato**, de contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa proveniente do mesmo exercício em que contraída; da-

¹²⁸ “Ordenar, aqui como lá, significa mandar, determinar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei; o verbo ordenar traz em seu bojo um cunho imperativo, definitivo, incontestável, ação própria de quem faz prevalecer sua vontade; na hipótese, o sujeito ativo tem poder para ordenar a assunção de obrigação.

Autorizar, igualmente, significa permitir, aprovar, conceder permissão para assumir obrigação; ao contrário da conduta ordenar, na modalidade autorizar, a iniciativa de assumir obrigação pode ter partido de outrem (funcionário encarregado), embora não necessariamente. Significa, nessa modalidade, que o executor da assunção da obrigação não tem autoridade para decidir, para assumir esse compromisso, e, assim, a autorização de quem tem poder é condição indispensável para que a obrigação seja assumida. Há duas hipóteses em que essa obrigação não pode ser assumida, nos últimos oito meses de mandato: a) quando a despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro; b) quando, havendo restos a pagar, não haja previsão de disponibilidade de caixa suficiente para o exercício seguinte.

[...]

A maior gravidade do desvalor da conduta objeto desta matriz típica fica claramente evidenciada na maior severidade da sanção cominada, e acreditamos nós se deva ao fato de refletir seus danosos efeitos para além do mandato do sujeito ativo, prejudicando, inclusive, o período presidido por seu sucessor. Indiscutivelmente, os desvalores da ação e do resultado são bem mais acentuados em relação à infração prevista no dispositivo anterior

[...]

Não se pode perder de vista a finalidade dessa lei (moralizar a Administração Pública e assegurar o equilíbrio das contas públicas); por isso, o vocábulo ‘contrapartida suficiente’ tem um sentido especial: não basta que no dia do vencimento da obrigação haja numerário em caixa; a receita corrente, provavelmente, tem destinação orçamentária prevista, cujo comprometimento não pode ser desviado. Assim, a contrapartida exigida pela lei não se refere evidentemente à disponibilidade de caixa do novo orçamento, sendo necessário que, juntamente com a inscrição em restos a pagar, desde que devidamente empenhada, seja prevista a fonte de custeio” (BITENCOURT. Cezar Roberto. **Traçado de Direito Penal**. V. 5. São Paulo: Saraiva Jr, 2020, p. 501-503).

quela, explicitamente, que o gestor é proibido de contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, nos últimos dois quadrimestres do mandato.

Definitivamente, não se pode restringir a proibição de contrair obrigação de despesa sem disponibilidade de caixa aos últimos dois quadrimestres do mandato. A proibição varre todo o mandato e decorre das regras, acima descritas, que condensam o **princípio da responsabilidade fiscal**, não sendo amputada pelo recorte temporal do art. 42, [LRF](#). Este apenas reafirma tal dever, realçando sua importância nos estertores do mandato como modo de reforçar a contenção do gestor que avalia manejar o orçamento arbitrariamente.

Fora daí o conjunto da [LRF](#) perde coesão e sentido, é erodido.

Tirante as hipóteses ressalvadas acima, durante todo o mandato será **ilícito** contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, onerando receitas de exercícios futuros com despesas de exercícios passados.

2.5. ENTENDIMENTO DE QUE É PROIBIDO CONTRAIR OBRIGAÇÃO DE DESPESA, SEM A CORRESPONDENTE E CONTEMPORÂNEA DISPONIBILIDADE DE CAIXA, DURANTE TODO O MANDATO: DESNECESSIDADE DE REGIME DE TRANSIÇÃO

No essencial, o **Núcleo de Recursos e Consultas – NRC**, por meio da [Instrução Técnica de Consulta 00006/2021-1](#) (evento 05), e o Ministério Público de Contas, neste Parecer, **concordam** que ao gestor é proibido, **durante todo o mandato, contrair obrigação de despesa sem disponibilidade de caixa**.

Todavia, **discordam** quanto ao seu fundamento. Para o **NRC** ([ITC 00006/2021-1](#)), tal proibição decorre diretamente do art. 42, [LRF](#), de modo que a solução defendida promoveria uma mudança da sua interpretação. Para o **Ministério Público de Contas**, ao contrário, tal proibição decorre diretamente de outras

prescrições ([LRF](#), arts. 8º e 13; 9º, § 4º; 55, III, b, 3; [Lei n. 4.320/64](#), arts. 37 e 103), não havendo aí novidade interpretativa.

O dissenso tem **consequências** de monta.

O **NRC**, coerentemente com o entendimento de que está diante de uma mudança de interpretação do art. 42, [LRF](#), virada esta que estaria criando deveres jurídicos até então inexistentes ou simplesmente não exigidos do gestor – situações equiparáveis do ponto de vista pragmático –, cujo cumprimento exige a observância de uma série de regras no curso do mandato, entende, *ex vi* do art. 23¹²⁹, [LINDB](#) – **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**, que seria necessário instaurar um **regime de transição**: o novo entendimento seria aplicado apenas a partir de 2024, para os mandatários que iniciaram sua gestão em 2021, e de 2026, para os que iniciarão posteriormente. O Ministério Público de Contas não divisa razões para tanto.

A **modulação de efeitos** e os **regimes de transição** estão intimamente relacionados à segurança jurídica. Afinal, o homem necessita de segurança para conduzir, planejar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Daí a segurança jurídica ser elemento constitutivo do Estado de Direito¹³⁰.

A finalidade da segurança jurídica pode ser vista em perspectiva estática e atemporal. Aí significa **cognoscibilidade**, ou seja, a elevada capacidade de o destinatário da norma compreender os sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos interpretativos intersubjetivamente controláveis.

Também em perspectiva dinâmica e intertemporal, com vista ao passado. Aí significa **estabilidade na mudança**, isto é, como proteção de situações suje-

¹²⁹ **Art. 23.** A decisão administrativa, controladora ou judicial que **estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito**, deverá prever regime de transição **quando** indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

¹³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, p. 257.

tivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição. As modificações do Direito não devem ser frequentes, bruscas nem drásticas; ele deve adaptar-se à nova realidade, sob pena de ser um freio à própria dinâmica social.

E com vista ao futuro, a segurança jurídica significa **calculabilidade**, ou seja, a elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas¹³¹.

Cognoscibilidade, calculabilidade e estabilidade na mudança não se relacionam apenas com a lei *stricto sensu*. Os destinatários das normas jurídicas estão sujeitos a um complexo normativo que abrange, além da Constituição e das leis elaboradas em todas as esferas federativas, resoluções, decretos, portarias e decisões administrativas, controladoras e jurisdicionais etc., e estas podem ser fundamentais para eles conformarem suas condutas.

Afinal, **(i)** a compreensão das normas pode depender de incremento interpretativo do aplicador – como quando estão vazadas em linguagem vaga ou indeterminada –, **(ii)** pode haver conflito de normas (antinomias) a ser definido pelo aplicador, **(iii)** pode haver vazio normativo (anomia) a ser preenchido pelo aplicador, e, não se pode excluir que, **(iv)** o intérprete voluntarista pode, por seu subjetivismo, inovar na ordem jurídica. Esses motivos podem levar os destinatários a concederem a tais decisões tanta importância quanto às demais espécies normativas na programação do seu agir, bem como sofrer com a mudança de entendimento das autoridades aplicadoras tanto quanto com a mudança de lei *stricto sensu*.

¹³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, págs. 140-144. O autor acrescenta: “para que se possa falar em segurança jurídica, como exigência de cognoscibilidade do Direito, é preciso que haja conhecimento mínimo a respeito da existência, da validade, da vigência e da eficácia das normas pelos seus destinatários; é preciso que eles saibam que a norma existe, que ela presumivelmente vale, que ela está produzindo efeitos e que será provavelmente cumprida institucionalmente, caso não obedecida espontaneamente. E, para que isso ocorra, os destinatários precisam entender a norma, compreender o seu sentido e a sua extensão, conhecer o seu valor e as consequências do seu descumprimento. O que se quer dizer com isso é que **ou a cognoscibilidade é integral, e conectada com a sua eficácia, ou ela não garante segurança jurídica**” (Cit., p. 355). (Destacou-se).

Tal é o contexto em que o art. 23, [LINDB](#), se insere, e esta é a sua finalidade: proteger o gestor que agiu em conformidade com entendimento até então preva-
lente, firme e duradouro, das consequências lesivas decorrentes da mudança
inesperada geradora de dever jurídico até então inexistente.

Entretanto, não é toda e qualquer mudança de entendimento que atrai a incidên-
cia do art. 23, [LINDB](#). O próprio dispositivo prescreve que tal só será devido
quando **interpretação nova** atribuída a **norma de conteúdo indeterminado**, ou
seja, a cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado¹³², **criar dever jurídico
novo** que passa a exigir dever jurídico preexistente até então não exigido, e for
imprescindível para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cum-
prido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses
gerais.

O **condicionante da indispensabilidade** evidencia que a necessidade de insti-
tuir **regime de transição** deve ser apurada caso a caso. Nova interpretação, por
si só, não gera direito subjetivo ao **regime de transição**¹³³. Mesmo com as mu-

¹³² Regras jurídicas possuem estrutura lógica hipotético-condicional “Se A, então C deve ser”, onde A é o antecedente, o fato jurídico, e C é o consequente, o efeito jurídico imputado ao fato jurídico. Por vezes o legislador busca eliminar ou mitigar bastante a influência da valoração do intérprete na definição tanto de A quanto de C. Noutros casos, permite que a valoração do intérprete seja fundamental para a definição de A, apenas (conceitos jurídicos indeterminados), ou também de C (cláusulas gerais). Assim, “os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enuncia-
ções abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher seu conteúdo. Preenchido o
conteúdo valorativo por obra do juiz, este decidirá de acordo com a consequência previamente estabelecida pela lei
(conceito legal indeterminado) ou construirá a solução que lhe parecer mais adequada para o caso concreto (cláusula
geral)” (NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**.
1 ed. em e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Cap. V, item 51). Na
mesma linha, ver também: “[...] a indeterminação linguística saliente no caso das chamadas ‘cláusulas gerais’ não re-
side em sua generalidade, mas na vagueza multidimensional socialmente típica que comportam. Em outras palavras,
as ‘cláusulas gerais’ não são assim qualificadas por exprimirem significados reputados como gerais, o que de fato
exprimem – tal propriedade não as distingue das demais categorias; são qualificadas como tais por exprimirem con-
ceitos vagos. O termo ‘cláusula’, por sua vez, é lexicalmente ambíguo, tanto podendo denotar um elemento normati-
vo (uma norma) quanto um elemento gramatical composto (uma expressão, uma oração ou uma frase). A rigor, po-
rém, o que é vago não é propriamente o elemento gramatical, mas seu significado. Nesse sentido não elíptico, as
‘cláusulas gerais’ não constituem cláusulas, mas o significado de cláusulas. Por amor à exatidão, é dizer que não são
nem gerais, nem cláusulas, ou mais precisamente, não exprimem significados distinguidos pela generalidade, nem
esta é propriedade das cláusulas gerais. Em verdade, consistem as tais cláusulas gerais em significados portadores
de vagueza multidimensional socialmente típica associados a expressões constantes de enunciados normativos”
(ÁVILA, Humberto. **Teoria da Indeterminação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 76).

¹³³ Apontando que o art. 23, LINDB, não busca regular todas as mudanças de orientação interpretativa, mas apenas as
que (i) se refiram à busca do significado de normas de conteúdo indeterminado e (ii) criem para a esfera jurídica do
administrado ou administrador um dever antes não exigível ou novo condicionamento de direito: NOBRE JÚNIOR,
Edilson Pereira. **As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**: paradigmas para a in-
terpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019, Kindle Edition, Posições 1289 e
1299.

danças da [LINDB](#), a regra continua sendo a de que o entendimento novo tem eficácia retroativa¹³⁴.

A **obrigatoriedade de modulação de efeitos** surge quando presentes estes **requisitos**: (i) o entendimento até então prevalecente era firme e duradouro; (ii) o destinatário tinha efetivamente orientado sua ação segundo aquele sentido; (iii) a mudança de entendimento era imprevisível e inesperada; e (iv) o novo entendimento inflige desvantagem até então inexistente que, de boa-fé, não era esperada¹³⁵.

Pois bem.

Dado que a legislação de regência – e não o art. 42, [LRF](#), isoladamente – proíbe o gestor, durante todo o mandato, de contrair obrigação de despesa sem disponibilidade de caixa, onerando receitas de exercícios futuros com despesas de exercícios passados – o que é confirmado pelo próprio Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo quando reprova contas de gestores que, no primeiro ano do mandato, inscrevem despesas, sem disponibilidade de caixa, em **restos a pagar**, por violação do art. 55, III, b, [LRF](#) –, **inexiste novidade interpretativa geradora de dever jurídico novo ou exigência de dever preexistente até en-**

¹³⁴ “A nova lei (artigos acrescentados à LINDB) pode dar a impressão de que, a partir dela, todas as mudanças de orientação dos Tribunais teriam de ser moduladas, no sentido de terem efeitos *ex nunc*. Não é, de modo algum, o que ocorre e nem o que deve ocorrer. Quando se tratar de atividade do Poder Judiciário, a modulação é excepcional. (...) a alteração da jurisprudência é *naturalmente retroativa*, no sentido de atingir situações que ocorrem durante a prevalência da orientação anterior. *Justamente por isso* é que existe a *modulação*, tema central deste nosso estudo: para corrigir essa distorção, nos casos em que a correção é necessária” (ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2 ed. em e-book baseada na 2 ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, cap. 4).

¹³⁵ Pontuando que a regra é a mudança com efeitos retroativos e correlacionando a modulação de efeitos com a proteção da confiança legítima e com a necessidade de defesa do particular contra o Estado, e arrolando como requisitos (1) a confiança do jurisdicionado na orientação anterior, (2) tratar-se de ambiente decisório rígido (v. g., o Direito Penal e o Direito Tributário) e (3) a mudança de entendimento ser prejudicial ao particular: ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2 ed. em e-book baseada na 2 ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, cap. 9. Semelhantemente, argumentando que a modulação de efeitos tem como requisitos (1) a existência de duas soluções jurídicas diacronicamente distintas para o mesmo caso, (2) a vocação retroativa da alteração do entendimento, isto é, ele deve pretender regular casos para os quais se aplicava o entendimento anterior, e (3) a alteração do entendimento tem de ser surpreendente, isto é, capaz de frustrar a confiança legitimamente nele depositada: MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. XV. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 1 ed. em e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Editora Regista dos Tribunais, 2016, Parte A.

tão não exigido. Ausente o requisito (iv), não há que se falar em **regime de transição**.

Modulação de efeitos e regimes de transição servem à proteção da confiança legítima. Impedem que a interpretação nova criadora de deveres jurídicos até então inexistentes ou que passa a exigir deveres jurídicos preexistentes até então não exigidos – situações idênticas do ponto de vista prático – prejudiquem aquele que agiu em conformidade com o regulamento estável anterior¹³⁶. Contudo, em face de todo o exposto, **nenhum gestor pode alegar que, ao contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, nos três primeiros anos e no primeiro quadrimestre do último ano do mandato, onerando receitas de exercícios futuros com despesas de exercícios passados, praticou conduta adequada a regulamento estável anterior e que, por isso, tem a legítima expectativa de que sua conduta será considerada lícita.**

As orientações duradouramente constantes do **Relatório de Gestão Fiscal**, um dos principais instrumentos de transparência da gestão fiscal¹³⁷, disciplinado pelo **Manual de Demonstrativos Fiscais**, elaborado pela **Secretaria do Tesouro Nacional**, aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, corrobora o entendimento de que não há espaço para o estabelecimento de **modulação de efeitos** ou **regime de transição**.

Com efeito, em sua 11ª edição, **válido a partir do exercício 2021**, o *Anexo 5 – Demonstrativo da Disponibilidade de Caixa e dos Restos a Pagar*, o **Manual de Demonstrativos Fiscais** é inequívoco no sentido de que o teor do art. 42, **LRF**, deve ser observado durante **todo o mandato**. Veja-se:

O Demonstrativo visa a dar transparência ao montante disponível para fins da inscrição em Restos a Pagar de despesas não liquidadas, pelo confronto da coluna dos RP empenhados e não liquidados do exercício

¹³⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas**. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 537.

¹³⁷ **Art. 48.** São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.



com a disponibilidade de caixa líquida, segregados por vinculação, em cumprimento ao disposto no art. 55, inciso III, alíneas “a” e “b”. O limite de inscrição em restos a pagar não processados, em cada exercício, é a disponibilidade de caixa líquida por vinculação de recursos. A disponibilidade de caixa líquida para cada um dos recursos vinculados permite que se avalie a inscrição em RP não processados também de forma individualizada.

Na verificação da possibilidade de inscrição em restos a pagar não processados, da disponibilidade de caixa bruta devem ser deduzidas as despesas inscritas em restos a pagar processados, as despesas inscritas em restos a pagar não processados em exercícios anteriores e as demais obrigações de despesa que não tenham passado pela execução orçamentária. Caso não haja suficiente disponibilidade de caixa para quitar todas essas obrigações, o limite de inscrição em restos a pagar já não estará sendo observado. Além da demonstração do cálculo da disponibilidade de caixa para cada uma das vinculações existentes, deverá ser apresentada também a disponibilidade de caixa para os recursos não vinculados. Assim, esse demonstrativo apresenta o cálculo da disponibilidade de caixa e demonstra se o ente possui liquidez para arcar com seus compromissos financeiros.

Ressalta-se que o limite de inscrição em restos a pagar citado no art. 25, §1º, inciso IV, alínea “c” da LRF, está relacionado ao disposto no art. 1º, §1º da mesma lei, que estabelece como pressuposto da responsabilidade na gestão fiscal a ação planejada, a transparência, o cumprimento das metas e a obediência aos limites, e também ao disposto no art. 9º, também da LRF, que estabelece a necessidade de limitação de empenho e movimentação financeira caso seja verificado ao final de cada bimestre que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas fiscais. Dessa forma, a verificação da existência de disponibilidade de caixa para a inscrição em restos a pagar deve acontecer em todos os exercícios.

Observa-se então, como regra geral, que as despesas devem ser executadas e pagas no exercício financeiro e, extraordinariamente, podem ser deixadas obrigações a serem cumpridas no exercício seguinte, por meio da inscrição em restos a pagar, com a suficiente disponibilidade de caixa. Assim, o controle da disponibilidade de caixa e da geração de obrigações deve ocorrer simultaneamente à execução financeira da despesa em todos os exercícios.

Esse demonstrativo possibilita também a verificação do cumprimento do art. 42 da LRF, de forma que no último ano de mandato da gestão administrativo-financeira de cada órgão referido no art. 20 da mesma lei haja suficiente disponibilidade de caixa para cobrir as obrigações de despesa contraídas. Essa verificação se dá pelo confronto das obrigações contraídas com a disponibilidade de caixa existente.

Apesar de a restrição estabelecida no art. 42 se limitar aos dois últimos quadrimestres do respectivo mandato, a LRF estabelece que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, o que impõe que ajustes devam ser observados no decorrer de todo o mandato, de forma que as receitas não



sejam superestimadas, nem haja acúmulo excessivo de passivos financeiros (Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACA_O:33576. Acesso em: 8 dez. 2021. págs. 605-607).

A exigência é reiterada há pelo menos 10 (dez) anos, como se vê das edições anteriores do **Manual de Demonstrativos Fiscais**:

Na 4ª ed., válido para o exercício financeiro de 2011: “Apesar de a restrição estabelecida no art. 42 limitar-se aos dois últimos quadrimestres do respectivo mandato, a LRF estabelece que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, o que impõe que ajustes devam ser observados no decorrer de todo o mandato, de forma que as receitas não sejam superestimadas, nem haja acúmulo excessivo de passivos financeiros. Como regra geral, as despesas devem ser executadas e pagas no exercício financeiro e, extraordinariamente, podem ser deixadas obrigações a serem cumpridas no exercício seguinte com a suficiente disponibilidade de caixa. Assim, o controle da contração de obrigações deve ocorrer simultaneamente à execução financeira da despesa em todos os exercícios e não somente no último ano de mandato” (Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACA_O:28658. Acesso em 8 dez. 2021, p. 195).

Na 5ª ed., válido para o exercício financeiro de 2013: “Apesar de a restrição estabelecida no art. 42 limitar-se aos dois últimos quadrimestres do respectivo mandato, a LRF estabelece que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, o que impõe que ajustes devam ser observados no decorrer de todo o mandato, de forma que as receitas não sejam superestimadas, nem haja acúmulo excessivo de passivos financeiros. Como regra geral, as despesas devem ser executadas e pagas no exercício financeiro e, extraordinariamente, podem ser deixadas obrigações a serem cumpridas no exercício seguinte com a suficiente disponibilidade de caixa. Assim, o controle da contração de obrigações deve ocorrer simultaneamente à execução financeira da despesa em todos os exercícios e não somente no último ano de mandato” (Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACA_O:28657. Acesso em 8 dez. 2021, p. 255).

Na 6ª ed., válido para o exercício financeiro de 2015: “Apesar de a restrição estabelecida no art. 42 limitar-se aos dois últimos quadrimestres do respectivo mandato, a LRF estabelece que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, o que impõe que ajustes devam ser



observados no decorrer de todo o mandato, de forma que as receitas não sejam superestimadas, nem haja acúmulo excessivo de passivos financeiros. Como regra geral, as despesas devem ser executadas e pagas no exercício financeiro e, extraordinariamente, podem ser deixadas obrigações a serem cumpridas no exercício seguinte com a suficiente disponibilidade de caixa. Assim, **o controle da contração de obrigações deve ocorrer simultaneamente à execução financeira da despesa em todos os exercícios e não somente no último ano de mandato**” (Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACA_O:28656 , Acesso em 8 dez. 2021, p. 246).

Na 7ª ed., válido para o exercício financeiro de 2017: “Apesar de a restrição estabelecida no art. 42 se limitar aos dois últimos quadrimestres do respectivo mandato, a LRF estabelece que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, **o que impõe que ajustes devam ser observados no decorrer de todo o mandato**, de forma que as receitas não sejam superestimadas, nem haja acúmulo excessivo de passivos financeiros” (Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACA_O:28655. Acesso em 8 dez. 2021, p. 605).

Na 8ª ed., válido a partir do exercício financeiro de 2018: “Apesar de a restrição estabelecida no art. 42 se limitar aos dois últimos quadrimestres do respectivo mandato, a LRF estabelece que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, **o que impõe que ajustes devam ser observados no decorrer de todo o mandato**, de forma que as receitas não sejam superestimadas, nem haja acúmulo excessivo de passivos financeiros.” (Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACA_O:28654. Acesso em 8 dez. 2021, p. 613).

Na 9ª ed., válido a partir do exercício financeiro de 2019: “Apesar de a restrição estabelecida no art. 42 se limitar aos dois últimos quadrimestres do respectivo mandato, a LRF estabelece que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, **o que impõe que ajustes devam ser observados no decorrer de todo o mandato**, de forma que as receitas não sejam superestimadas, nem haja acúmulo excessivo de passivos financeiros.” (Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACA_O:32236. Acesso em 8 dez. 2021, págs. 604-605).

Na 10ª ed., válido a partir do exercício financeiro de 2018: “Apesar de a restrição estabelecida no art. 42 se limitar aos dois últimos quadri-

mestres do respectivo mandato, **a LRF estabelece que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, o que impõe que ajustes devam ser observados no decorrer de todo o mandato**, de forma que as receitas não sejam superestimadas, nem haja acúmulo excessivo de passivos financeiros” (Disponível em: <http://www.contabilidade.ro.gov.br/data/uploads/2020/01/MDF-10%C2%AA-edi%C3%A7%C3%A3o-Vers%C3%A3o-2-23.09.2019-com-capa.pdf>. Acesso em 8 dez. 2021, págs. 632-633).

E consta na última edição, a **12ª, válida a partir do exercício financeiro de 2022:**

Válido a partir do exercício financeiro de 2022: “**Esse demonstrativo possibilita também a verificação do cumprimento do art. 42 da LRF**, de forma que no último ano de mandato da gestão administrativo-financeira de cada órgão referido no art. 20 da mesma lei haja suficiente disponibilidade de caixa para cobrir as obrigações de despesa contraídas. Essa verificação se dá pelo confronto das obrigações contraídas com a disponibilidade de caixa existente.

Apesar de a restrição estabelecida no art. 42 se limitar aos dois últimos quadrimestres do respectivo mandato, a LRF estabelece que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, o que impõe que ajustes devam ser observados no decorrer de todo o mandato, de forma que as receitas não sejam superestimadas, nem haja acúmulo excessivo de passivos financeiros (Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACA O:40050, Acesso em 8 dez. 2021, págs. 622-623).

Pois bem.

Como os **Manuais de Demonstrativos Fiscais** mantêm orientação firme e duradoura nos exatos termos aqui propostos, e o gestor minimamente cuidadoso elabora o **Relatório de Gestão Fiscal** de acordo com tais diretrizes – dever imposto pelo art. 50, § 2º, **LRF**¹³⁸ – inexistente razão quer para **modular efeitos** quer para instituir **regime de transição**.

¹³⁸ **Art. 50.** Além de obedecer às demais normas de contabilidade pública, a escrituração das contas públicas observará as seguintes:

[...]

§ 1º No caso das demonstrações conjuntas, excluir-se-ão as operações intragovernamentais.

§ 2º A edição de normas gerais para consolidação das contas públicas caberá ao órgão central de contabilidade da União, enquanto não implantado o conselho de que trata o art. 67.

Não há novidade. O único gestor surpreendido por essa orientação é o faltoso, que não se guia pelo **Manual de Demonstrativos Fiscais** emitido pela **Secretaria do Tesouro Nacional**; o que se coloca espontaneamente em situação de risco e, por isso, não está em condições de exigir blindagem contra as reprimendas aplicáveis à sua incúria. Ele não pode se dizer portador de uma legítima expectativa digna de tutela quando confrontado com orientação contrária. Faltam-lhe o zelo, a diligência, o cuidado, enfim, a boa-fé necessária para tanto.

Instituir o **regime de transição** para o tema ora analisado seria proporcionar não uma adaptação suave à nova interpretação do art. 42, [LRF](#), mas suspender o cumprimento de um sem-número de deveres instituídos pelas leis de regência. Não seria proteger a confiança legítima de gestores de boa-fé, mas instituir um estado de exceção no interior do qual graça, impune, a irresponsabilidade fiscal. Tudo com pejo do interesse público a que o Estado faça frente às despesas necessárias à prestação de serviços públicos de qualidade que promovem direitos fundamentais sociais, notadamente os essenciais, mormente para os que mais necessitam.

Não se pode banalizar a **modulação de efeitos** e o **regime de transição**. Eles servem para proteger o destinatário de boa-fé que confia no Direito, inclusive na sua interpretação pelas autoridades aplicadoras. Empregados dentro desses limites, eles conferem flexibilidade ao Direito, permitindo a sua adaptação a um ambiente social que o próprio sistema jurídico reconhece como complexo, estabelecendo adaptações suaves a situações jurídicas novas e inesperadas. Empregados fora daí, porém, eles acobertam quem atua em desconformidade com o Direito, deixando de ser mecanismos de conservação e manutenção do Direito para se converterem em mecanismos de corrosão e negação do Direito. Na hipótese ora analisada, criaria um período de relativização de comandos espalhados por toda a legislação há longo tempo, solução com a qual não se pode concordar.

2.6. O AUMENTO DAS DESPESAS DE PESSOAL NO ANO DE 2020: SITUAÇÃO EXCEPCIONAL

Como mencionado no **item 2.3.2**, acima, **a inscrição de obrigação de despesa em restos a pagar deve ser justificável**, e uma causa idônea é a do fato novo e inesperado que desarranja as contas públicas e conduz ao inadimplemento de obrigação de despesa contraída com disponibilidade de caixa, a exemplo do contexto pandêmico em curso, principalmente durante o ano 2020.

O direito positivo criou soluções pretensamente adequadas ao episódio, com impactos na legislação financeira. É o caso da EC 106/2020, denominada “*PEC do Orçamento de Guerra*”, que institui inúmeras alterações no Direito Financeiro, **sempre vinculadas ao combate à Pandemia da Covid-19:**

instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para o enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente da pandemia da COVID-19, originária da PEC nº 10/2020, conhecida por “PEC do Orçamento de Guerra”. **Esta Emenda Constitucional afastou temporariamente a aplicabilidade da conhecida “regra de ouro”, prevista no inc. III do art. 167 da Constituição – que veda o endividamento para o pagamento de despesas correntes – apenas durante o período em que vigorasse o estado de calamidade pública**; permitiu que operações de crédito realizadas para o refinanciamento da dívida mobiliária pudessem ser utilizadas também para o pagamento de seus juros e encargos; concedeu poderes ao Banco Central do Brasil para comprar e vender títulos e valores mobiliários no mercado secundário, desde que possuíssem avaliação de risco positiva; **e dispensou o cumprimento das restrições constitucionais e legais quanto à criação, expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarretasse aumento da despesa e a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorresse renúncia de receita, desde que não se tratasse de despesa permanente, tendo como propósito exclusivo o enfrentamento do contexto da calamidade pública decretada e seus efeitos sociais e econômicos, com vigência e efeitos restritos ao período de duração da situação excepcional**¹³⁹.

No nível infraconstitucional, uma modificação tocou diretamente o art. 42, [LRF](#): a [Lei Complementar 173/20](#) acrescentou o § 1º, II, ao art. 65 da [LRF](#), prescrevendo que, **em relação aos recursos destinados ao combate da pandemia,**

¹³⁹ ABRAHAM, Marcos. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, Posição 338.

a eficácia do art. 42, [LRF](#), fica suspensa enquanto durar a calamidade pública decorrente da Covid-19:

Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembléias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:

[...]

§ 1º Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, além do previsto nos incisos I e II do caput: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - serão dispensados os limites e afastadas as vedações e sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, bem como será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei Complementar, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

Sobre o dispositivo, a doutrina ensina que não houve suspensão indiscriminada da eficácia do art. 42, [LRF](#), mas apenas em relação às despesas ligadas ao enfrentamento à Covid-19:

Pela nova redação do § 1º do art. 65 da LRF, na ocorrência de calamidade pública, os entes federativos ficam dispensados dos limites e afastadas as vedações e sanções previstas nos arts. 35, 37 e 42 da LRF. Como o art. 42 diz respeito aos restos a pagar em final de mandato, que estejam relacionados ao combate à calamidade pública, pode haver descumprimento do art. 42 da LRF, artigo este que originalmente proibia os gestores de deixarem restos a pagar sem cobertura de caixa para a próxima gestão.

Não é um cheque em branco para a irresponsabilidade fiscal, mas uma medida que evita colocar o rigor fiscal acima da proteção dos direitos fundamentais, a revelar a vocação constitucional à máxima eficácia desses direitos, ainda que a um custo de certo desequilíbrio fiscal¹⁴⁰.

No ponto, a [ITC 00006/2021-1](#) é irrepreensível, pois sublinha as despesas sujeitas à incidência do art. 65, § 1º, II, LRF, e adverte para a necessidade de um controle rigoroso daquelas que o extrapolam e, portanto, estão sujeitas aos limites do art. 42, LRF, cuja inscrição em restos a pagar, sem disponibilidade de caixa proveniente do exercício em que contraída, viola o dispositivo:

¹⁴⁰ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 492.

Como se vê, o dispositivo não afasta a incidência do art. 42, LRF, para todo e qualquer gasto, mas apenas para aqueles relacionados ao combate à calamidade. Logo, não entram no cômputo da apuração do art. 42, LRF, as despesas do pessoal que está engajado no combate à pandemia (por exemplo, novos servidores da área de saúde contratados para fazer frente a maior demanda por serviços de atendimento básico, ambulatorial ou hospitalar). Do mesmo modo – e embora isso não tenha sido objeto de questionamento nesta consulta –, também não entram no cálculo de apuração a compra de medicamentos e equipamentos comprovadamente relacionados com a Covid-19 (e.g., máscaras, luvas, *faceshield*, álcool em gel, cilindros de oxigênio, medicamentos com eficácia cientificamente comprovada para o tratamento da doença).

A fim de demonstrar a destinação desses gastos, os gestores devem ter se precavido ao longo do ano, registrando com precisão essas despesas (p. 56). [...]

Conforme se verifica, o afastamento da incidência do art. 42, LRF, provocado pela LC 173/2020, é relativo apenas às despesas relacionadas ao combate da calamidade pública. Por conseguinte, a folha de pagamento do pessoal que não foi contratado para atuar nessa frente ou não realizou horas extras para prestar serviços relacionados ao combate do novo coronavírus continua sofrendo a incidência da regra geral do art. 42, LRF, exposta no tópico III.4, desta ITC. Em outras palavras: não é considerada na apuração do art. 42, LRF apenas a despesa do pessoal que atua no combate à calamidade pública decorrente da pandemia do Sars-Cov-2, relativa a contratação ou admissão de novos profissionais, bem como relativa a horas extras e outros gastos a maior os profissionais que já compunham o quadro de pessoal (p. 56-57). (destacou-se)

A [ITC 00006/2021-1](#) ainda correlaciona o auxílio financeiro concedido pela União aos estados e municípios, explicitando que (i) tais recursos devem ser utilizados, prioritariamente, nos gastos relacionados diretamente com o combate à Covid-19, mas que (ii) havendo sobra, os recursos excedentes poderão ser destinados à cobertura dos **restos a pagar** decorrentes de despesas não relacionadas diretamente com o combate à Covid-19.

Escorreita, por fim, a ressalva da [ITC 00006/2021](#) no que concerne à necessidade de a avaliação do cumprimento do art. 42, LRF, relativo ao ano 2020 se fazer nos termos do art. 22, § 1º, [LINDB](#)¹⁴¹, isto é, considerando as circunstâncias prá-

¹⁴¹ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Regulamento)

ticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. O ensinamento doutrinário fornece substrato ao alvitre:

[...] fatores dessa natureza devem ser conhecidos e ponderados, principalmente pelos órgãos de controle externo, aí inseridos os Tribunais de Contas, o Ministério Público e os juízos e tribunais, mas, lamentavelmente, por tal cautela inúmeras vezes não acontecer é que houve necessidade de intervenção do legislador. (posição 988)

[...]

Com o § 1º, o legislador, decerto repetitivo, renova sua preocupação em expor a importância da consideração da realidade por parte do aplicador das regras administrativas. Especialmente, dirige-se às decisões em procedimentos nos quais é apurada a responsabilidade administrativa do agente público. O mandamento se volta à competência disciplinar e para a aferição jurisdicional de improbidade administrativa.

Desse modo, a autoridade julgadora, judicial ou administrativa não poderá desconsiderar – e, por isso, é impositiva a motivação específica – as circunstâncias que, no mundo real, fático, houverem imposto, limitado ou condicionado a atuação do agente¹⁴². (destacou-se)

O acréscimo que deve ser feito é o de que a suspensão de eficácia do art. 42, [LRF](#), deve ser interpretada em conformidade com a posição defendida neste Parecer. Vale dizer, **no que concerne às despesas diretamente relacionadas ao combate à Covid-19, fica suspensa a proibição de contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, durante todo o mandato, enquanto durar o estado de calamidade.**

Não há como ser diferente. A um, porque a Pandemia, conquanto se encontre em fase já menos dramática, ainda está em curso. A dois, porque seus impactos financeiros ainda se fazem sentir.

Evidentemente, e mesmo sendo de observar o art. 22, § 1º, [LINDB](#), será ônus do gestor comprovar escrupulosamente que a exacerbação da proibição de contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, ficou limitada àquelas

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

¹⁴² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para a interpretação e aplicação do Direito Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019, Kindle Edition, Posições 988, 1076 e 1086.

necessárias ao combate à Covid-19, estando ciente de que, quanto ao mais, sujeita-se às respectivas sanções.

2.7. RESPOSTA À CONSULTA

Cumprе retomar a Consulta para, à luz de todo o exposto, respondê-la de maneira objetiva:

*Considerando a Decisão Normativa TC 001/2018, de 29 de maio de 2018 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, **será considerado descumprimento ao art. 42 da LRF, despesa com pessoal, independente da data do empenho, desde que não tenha incremento a despesa no período vedado e que não tenha disponibilidade para cobri-la ao final do exercício de 2020?***

A resposta comporta variações.

Não haverá violação do art. 42, [LRF](#) – ou melhor, do dever geral implícito de não contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, durante todo o mandato, **se a despesa é decorrente do combate à Covid-19**, assim compreendidos aqueles com (i) a contratação de novos profissionais, (ii) o pagamento de horas extras ou outros gastos maiores dos profissionais que já compunham o quadro de pessoal e (iii) gastos outros diretamente relacionados a tal fim (como a aquisição de álcool gel, máscaras, respiradores etc.).

Entretanto, **haverá violação** do art. 42, [LRF](#) – ou melhor, do dever geral implícito de não contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa, durante todo o mandato, **se a despesa não é decorrente do combate à Covid-19**.

Note-se que aqui **não se está limitando a natureza da despesa aos gastos com pessoal**. O combate à Covid-19 envolve despesas de natureza variada. Todas que estiverem atreladas a tal escopo estão abrangidas pelo art. 65, § 1º, II, [LRF](#), e, portanto, imunes à eficácia do art. 42, [LRF](#) – ou melhor, do dever geral implícito de não contrair obrigação de despesa, sem disponibilidade de caixa,

durante todo o mandato, inscrevendo em **restos a pagar** de modo a onerar receitas de exercícios futuros com despesas de exercícios passados.

2.8. INCIDENTE DE PREJULGADO: CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO DE QUE É VEDADO, DURANTE TODO O MANDATO, INSCREVER EM RESTOS A PAGAR A OBRIGAÇÃO DE DESPESA DESPROVIDA DE DISPONIBILIDADE DE CAIXA

A [2 - Petição Inicial 01056/2020-3](#) submete ao exame desta egrégia Corte de Contas a precisa interpretação do **art. 65, § 1º, II, LRF**, especificamente em sua interação com o **art. 42, LRF**.

Na judiciosa [5 - Instrução Técnica de Consulta 00006/2021-1](#), o **Núcleo de Recursos e Consultas – NRC** divisou, muito oportunamente, o ensejo para enfatizar a interpretação do art. 42, LRF, no sentido de atribuir ao dispositivo o sentido (norma) de que, **durante todo o mandato – e não apenas nos seus dois últimos quadrimestres –, é defeso ao gestor inscrever em restos a pagar obrigação de despesa contraída sem disponibilidade de caixa.**

Instigado por essa oportuna abordagem, a 3ª Procuradora Especial de Contas avalia que, em homenagem à escorreita interpretação do **princípio da responsabilidade fiscal** e seus corolários, o TCE-ES deveria consolidar a interpretação de que **é proibido, durante todo o mandato, inscrever em restos a pagar obrigação de despesa contraída sem disponibilidade de caixa.** Mas não se propõe que tal interpretação seja atribuída ao art. 42, LRF – seja por meio de uma reconstrução principiológica à DWORKIN, seja pelo manejo dos métodos hermenêuticos tradicionais (interpretação histórica, interpretação extensiva etc.) –, mas, sim, ao **art. 55, III, b, 3, LRF**¹⁴³, que dispõe especificamente sobre o tema.

¹⁴³ Do Relatório de Gestão Fiscal [...] Art. 55. O relatório conterá: [...] III - demonstrativos, no último quadrimestre: [...] b) da inscrição em Restos a Pagar, das despesas: [...]

Considerando se tratar de questão capital para a realização da responsabilidade fiscal, mostra-se fundamental definir a sua interpretação por meio de **INCIDENTE DE PREJULGADO**, pois **eficácia normativa interna**. Isto é, deve ser obrigatoriamente aplicado pelo TCE-ES sempre que for invocado (arts. 352, § 1º¹⁴⁴ e 355, ambos do RITCEES¹⁴⁵), e só pode ser reformado ou superado pela maioria absoluta de seus Conselheiros (art. 354, caput, RITCEES¹⁴⁶) no julgamento de tese, nunca em caso concreto (art. 353, RITCEES¹⁴⁷). Em suma, gera dever de obediência para todos os órgãos julgadores do TCE-ES (leia-se: Conselheiros, Câmaras e Plenário). Sem embargo, ainda pode atuar expressiva **eficácia persuasiva externa**, ou seja, gerar a tendência de obediência por parte dos jurisdicionados que, antevendo nele a solução dos seus casos, podem ser persuadidos a agir em conformidade com o seu teor.

O **INCIDENTE DE PREJULGADO** consta do art. 174, LOTCEES¹⁴⁸, com regulamentação nos artigos 348 a 355, todos do RITCEES¹⁴⁹, e tem natureza de incidente processual acessório e complementar ao processo principal.

1) liquidadas;

2) empenhadas e não liquidadas, inscritas por atenderem a uma das condições do inciso II do art. 41;

3) **empenhadas e não liquidadas, inscritas até o limite do saldo da disponibilidade de caixa**;

4) não inscritas por falta de disponibilidade de caixa e cujos empenhos foram cancelados;

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 14 set 2022.

¹⁴⁴ **Art. 352.** Proferido o julgamento do incidente pelo Plenário, observado o quorum qualificado previsto no art. 180 da Lei Orgânica do Tribunal, os autos serão devolvidos àquele que suscitou a matéria incidental, para apreciação do mérito do processo.

§ 1º O julgamento que deliberar sobre o incidente processual solucionará a questão levantada, constituindo prejulgado vinculante aos demais casos submetidos ao Tribunal.

¹⁴⁵ **Art. 355.** O prejulgado tem caráter exclusivamente normativo e será aplicado sempre que invocado no exame processual.

¹⁴⁶ **Art. 354.** Somente pela maioria absoluta dos Conselheiros poderá o Tribunal estabelecer, reformar ou revogar prejulgado.

¹⁴⁷ **Art. 353.** O prejulgado poderá ser revogado ou reformado sempre que o Tribunal, pronunciando-se em tese, firmar nova interpretação, hipótese em que a decisão fará expressa remissão à reforma ou revogação.

¹⁴⁸ **Art. 174.** Por iniciativa de Conselheiro, Auditor ou Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, poderá o Plenário, mediante decisão normativa, pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica ou procedimento da administração, reconhecida a relevância da matéria de direito e sua aplicabilidade de forma geral, observada a forma estabelecida no Regimento Interno.

Parágrafo único. Não poderá atuar como Relator o Conselheiro ou Auditor que suscitar a matéria.

¹⁴⁹ **Art. 348.** Reconhecida, preliminarmente, a relevância da matéria de direito e sua aplicabilidade de forma geral, o Plenário poderá pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica ou procedimento da Administração.

§ 1º Possuem legitimidade para propor o incidente de prejulgado Conselheiro, Auditor ou Ministério Público junto ao Tribunal.

§ 2º Os requisitos de admissibilidade do incidente de prejulgado deverão ser submetidos à audiência do Ministério Público junto ao Tribunal, quando não for o proponente.

Art. 349. Não poderá atuar como Relator o Conselheiro que propuser o incidente de prejulgado, sendo sorteado, imediatamente após a proposição, outro Conselheiro para relatar a matéria.

Os diplomas de regência indicam que o **INCIDENTE DE PREJULGADO** possui três pressupostos de admissibilidade, a saber, **(i)** legitimidade, **(ii)** versar sobre questão de direito relevante **(iii)** de aplicabilidade geral. Vejamos a presença de cada um *in casu*.

No que concerne à **(i) legitimidade**, tanto a LOTCEES (art. 174) quanto o RITCEES (art. 348, § 1º) consagram a legitimidade do Ministério Público de Contas junto ao TCE-ES. Portanto, presente o requisito.

Quanto à **(ii) relevância da matéria de direito**, foi visto que a responsabilidade fiscal, tanto em seu teor programático quanto em seu teor concreto constitui a espinha dorsal do Direito Financeiro ao exigir **(i)** planejamento, **(ii)** prevenção de riscos e correção de desvios, **(iii)** equilíbrio das contas públicas, **(iv)** cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e, por fim, **(v)** fixação de limites e condições para renúncias de receitas e geração de despesas, escopos irrealizáveis quando são contraídas obrigações de despesa sem a correlata disponibilidade de caixa, e, muito especialmente, quando tais obrigações são inscritas em **restos a pagar, sem respeito aos limites de disponibilidade de caixa**,

Art. 350. Uma vez admitido pelo Plenário, o incidente de prejudgado será processado em autos apartados e encaminhado ao Relator, que poderá determinar a remessa do processo ao Núcleo de Jurisprudência e Súmula para os fins do disposto no art. 445, inciso III, deste Regimento, e, após, à unidade técnica competente para manifestação, no prazo de quinze dias. **(Redação dada pela Emenda Regimental nº 003, de 7.10.2014).**

Parágrafo único. O Relator remeterá ao Ministério Público junto ao Tribunal para manifestação, no prazo de quinze dias.

Art. 351. O Relator do incidente deverá apresentar seus fundamentos até a segunda sessão ordinária subsequente à devolução dos autos pelo Ministério Público junto ao Tribunal, salvo se a complexidade da matéria indicar a necessidade de dilação do prazo, que não poderá ultrapassar a quarta sessão ordinária.

Art. 352. Proferido o julgamento do incidente pelo Plenário, observado o quorum qualificado previsto no art. 180 da Lei Orgânica do Tribunal, os autos serão devolvidos àquele que suscitou a matéria incidental, para apreciação do mérito do processo.

§ 1º O julgamento que deliberar sobre o incidente processual solucionará a questão levantada, constituindo prejudgado vinculante aos demais casos submetidos ao Tribunal.

§ 2º Dirimida a questão, os respectivos autos serão apensados ao processo em que se originou o incidente.

Art. 353. O prejudgado poderá ser revogado ou reformado sempre que o Tribunal, pronunciando-se em tese, firmar nova interpretação, hipótese em que a decisão fará expressa remissão à reforma ou revogação.

Art. 354. Somente pela maioria absoluta dos Conselheiros poderá o Tribunal estabelecer, reformar ou revogar prejudgado.

§ 1º Os prejudgados serão numerados e estabelecidos por meio de acórdão, com publicação no órgão oficial e no sítio eletrônico do Tribunal, fazendo-se as remissões necessárias à identificação do processo em que se originou. **(Redação dada pela Emenda Regimental nº 004, de 24.2.2015).**

§ 2º A invocação do prejudgado será feita pelo seu número correspondente, com a indicação do processo que o originou.

§ 3º Compete à Secretaria Geral das Sessões numerar os prejudgados em sequência bem como fazer as remissões necessárias à identificação do processo em que se originou o prejudgado e mencionar, inclusive, o respectivo número do acórdão. **(Parágrafo acrescido pela Emenda Regimental nº 003, de 7.10.2014).**

Art. 355. O prejudgado tem caráter exclusivamente normativo e será aplicado sempre que invocado no exame processual

como decorre do **art. 55, III, b, 3, LRF**, para **todo o mandato**, e do **art. 42, LRF**, de modo redundante, para os **dois últimos quadrimestres do mandato**.

No que tange à **(iii) aplicação de forma geral a todos os jurisdicionados**, a exigência se encontra diretamente relacionada ao efeito *erga omnes* que o **INCIDENTE DE PREJULGADO** ostenta no âmbito desta Corte de Contas. É necessário que seu comando normativo possa alcançar todos os jurisdicionados em igual situação, tal qual o caso em tela, que versa sobre a **proibição, durante todo o mandato, de inscrever em restos a pagar a obrigação de despesa contraída sem disponibilidade de caixa**, nos termos do art. 55, III, b, 3, LRF.

Em suma, a definição desse entendimento, com força vinculante, manietará o entendimento do TCE-ES – ele estará formal e normativamente obrigado a segui-lo –, fornecerá a necessária segurança jurídica aos gestores responsáveis pelas finanças públicas e tutelar a responsabilidade fiscal. Será criado um embaraço cristalino, válido para todo o mandato, à inscrição de obrigações de despesas em restos a pagar, sem respeito aos limites de disponibilidade de caixa. Impedir-se-á o manejo desse **meio informal de rolagem de dívidas**, tão deletério à saúde financeira, e, por conseguinte, às camadas economicamente mais vulneráveis da população, especialmente carentes de serviços públicos de qualidade. Daí a importância do **INCIDENTE DE PREJULGADO**.

Por fim, cabe dizer que o **INCIDENTE DE PREJULGADO** ora proposto guarda pertinência com o objeto da presente Consulta.

O consulente indaga: “**1) Considerando a Decisão Normativa TC 001/2018, de 29 de maio de 2018 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, será considerado descumprimento ao artigo 42 da LRF, despesa com pessoal, independente da data do empenho, desde que não tenha incremento a despesa no período vedado e que não tenha disponibilidade financeira para cobri-la ao final do exercício de 2020?**” O consulente limitou o objeto da Consulta à relação da obrigação de despesa com o art. 42, LRF.

O **NRC**, considerando a necessidade de reconstruir interpretativamente o art. 42, LRF, no sentido de que, **durante todo o mandato, obrigações de despesa não devem ser inscritas em restos a pagar, sem respeito ao limite de disponibilidade de caixa**, e considerando, também, o contexto das normas aprovadas para fazer frente à Pandemia de Coronavírus, notadamente o **art. 65, § 1º, II, LRF**, formulou a seguinte proposta de encaminhamento:

É considerado descumprimento ao artigo 42, LRF, deixar sem suficiente disponibilidade de caixa despesas com pessoal, independentemente da data do empenho ou mesmo de não ter sido empenhada, i) que já fazia parte dos quadros de pessoal da Administração, independentemente da data de ingresso no órgão ou entidade, e ii) que, embora contratado ou admitido posteriormente, não atua no combate à calamidade pública decorrente da pandemia do Sars-Cov-2. Esse entendimento terá aplicabilidade a partir de 2024, para os mandatários que iniciam sua gestão em 2021, e em 2026, para os que iniciarão sua gestão posteriormente.

Não é considerada na apuração do art. 42, LRF, de modo a não necessitar de disponibilidade de caixa a despesa do pessoal que atua no combate à calamidade pública decorrente da pandemia do Sars-Cov-2, relativa a contratação ou admissão de novos profissionais, bem como o pagamento de horas extras ou outros gastos maiores dos profissionais que já compunham o quadro de pessoal.

Nitidamente, o **NRC** se limitou às questões de direito invocadas pelo suscitante. E fez bem. O dever, por excelência, de todo e qualquer julgador – em âmbito jurisdicional ou administrativo, inclusive os Conselheiros de Contas – é aplicar corretamente o direito ao caso (*iura novit curia*), aplicar ao caso o direito efetivamente incidente, e por isso **não** isso ficam limitados à provocação das partes quando verificam que estas deixaram de proceder ao adequado enquadramento jurídico dos fatos. O **NRC** não julga, não decide, deve fornecer subsídios qualitativos para o bom desempenho das competências decisórias dos Conselheiros de Contas. Logo, se estes não ficam limitados aos argumentos das partes, a Unidade Técnica também não fica; do contrário não poderia cumprir adequadamente o seu papel de suporte, atentando contra a sua própria razão de ser.

Mutatis mutandis, isso também vale para as promoções do Ministério Público de Contas, mormente quando atua na condição de *custos iuris*. Em última instância, a sua condição de tutor da ordem jurídica visa a que o fenômeno da incidência encontre a devida correspondência na aplicação das decisões das autoridades competentes, ou seja, que o direito incidente seja efetivamente aplicado. Se para tanto for necessário inovar quanto aos argumentos jurídicos, indo além daqueles declinados pelas partes, não só pode como deve fazê-lo.

É por isso que o Ministério Público de Contas redireciona o enquadramento da Consulta para o contexto mais amplo de **proibição de inscrição de obrigação de despesa em restos a pagar, sem respeito aos limites de disponibilidade de caixa, para durante todo o mandato**, ou seja, não para o recorte temporal do art. 42, LRF, mas para a totalidade do lustro, **nos termos do art. 55, III, b, 3, LRF**.

Já foi demonstrado que o art. 55, III, b, 3, LRF, abrange o art. 42, LRF, a ponto de tornar este redundante. Assim, indagar sobre este é sempre indagar sobre aquele, inclusive quando se tem em vista a interação do art. 65, § 1º, II, LRF. Ora, se as contingências do período de **calamidade pública** relativizam o rigor da proibição de inscrever em restos a pagar a obrigação de despesa contraída sem disponibilidade de caixa, nos dois últimos quadrimestres do mandato (art. 65, § 1º, II c/c art. 42, ambos da LRF), devem, **por identidade de razões**, relativizar durante todo o mandato (art. 65, § 1º, II, c/c art. 55, III, b, 3, ambos da LRF); afinal onde há a mesma razão, incide o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ubi eadem ius*).

Demonstrado a **legitimidade**, a **relevância da matéria de direito** e a **sua aplicabilidade de forma geral**, bem como o nexo que coarcta o tema da Consulta com o objeto do **INCIDENTE DE PREJULGADO**, e acrescentando o *status* de precedente formalmente vinculante que este ostenta – ao contrário da tese definida em Consulta –, está plenamente justificado o presente requerimento. Pug-

na-se, portanto, pelo **CONHECIMENTO** do **INCIDENTE DE PREJULGADO**, processando-o na forma regimental.

3 CONCLUSÃO

CONSIDERANDO que o gestor é proibido de inscrever em **restos a pagar** a obrigação de despesa contraída sem disponibilidade de caixa, durante todo o mandato, onerando receitas de exercícios futuros com despesas de exercícios passados, nos termos do **art. 55, III, b, 3, LRF**, e não apenas nos dois últimos quadrimestres do mandato, como sugere a leitura isolada do art. 42, LRF;

CONSIDERANDO que tal proibição é do amplo conhecimento dos agentes envolvidos com a gestão dos dinheiros públicos, quer pela disseminação doutrinária, quer pela ordenação constante, **há mais de 10 (dez) anos**, na seção do **Manual de Demonstrativos Fiscais** que disciplina as informações sobre **restos a pagar** no **Relatório de Gestão Fiscal**, não constituindo interpretação nova e, conseqüentemente, **não dando lugar à modulação de efeitos ou instituição de regime de transição**;

CONSIDERANDO que o art. 65, § 1º, II, LRF, suspendeu a eficácia dessa proibição em relação às despesas contraídas para o enfrentamento da Covid-19, enquanto durar o Estado de Calamidade;

O **Ministério Público de Contas** requer:

- 3.1 A instauração de **INCIDENTE DE PREJULGADO** para se definir (i) que o art. 55, III, b, 3, LRF, abrange o art. 42, LRF, e torna proibido, durante todo o mandato, inscrever obrigação de despesa em restos a pagar, sem disponibilidade de caixa.

Quanto ao objeto da Consulta, especificamente, o **Ministério Público de Contas** manifesta-se por respondê-la, por intermédio deste Parecer, nos seguintes termos:

- 3.2** É considerado descumprimento do **art. 55, III, b, 3, LRF**, (i) a prática, em qualquer ano do mandato, de deixar despesa, seja qual for a natureza, sem suficiente disponibilidade de caixa proveniente do exercício em que contraída, inclusive no contexto do estado de calamidade reconhecido em razão da Pandemia do Novo Coronavírus (Sars-Cov-2), (ii) a despesa com pessoal (ii.1) que atua no combate à Covid-19, mas que já fazia parte dos quadros de pessoal da Administração, independentemente da data do ingresso no órgão ou entidade, e (ii.2) que, contratado ou admitido posteriormente, não atua no combate à Covid-19. As condutas referidas neste parágrafo violam o **art. 42, LRF**, se forem praticadas nos dois últimos quadrimestres do mandato, exatamente como indicado na Proposta de Encaminhamento que ultima a [Instrução Técnica de Consulta 00006/2021-1](#).
- 3.3** Por força do que prescreve o art. 65, § 1º, II, LRF, não é considerada na apuração do art. 42, LRF, nos dois últimos quadrimestres do mandato, nem na do art. 55, III, b, 3, LRF, em todo o restante do mandato, e podem ficar sem disponibilidade de caixa proveniente do exercício em que contraída: (i) a despesa do pessoal que atua no combate à calamidade pública decorrente da Pandemia do Novo Coronavírus (Sars-Cov-2), relativa à contratação ou admissão de novos profissionais; (ii) a despesa do pessoal que atua no combate à calamidade pública decorrente da Pandemia



do Novo Coronavírus (Sars-Cov-2), relativa ao pagamento de horas extras ou outros gastos maiores dos profissionais que já compunham o quadro de pessoal, independentemente da data do ingresso no órgão ou entidade; (iii) a despesa de outra natureza diretamente relacionada ao combate à calamidade pública decorrente da Pandemia do Novo Coronavírus (Sars-Cov-2).

HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Procurador Especial de Contas