

Do conceito de dano ao erário para prestação de contas

Sérgio Oliva Reis

Advogado.

Procurador do Estado do Pará,

atualmente à disposição do TCE/PA.

Instrutor da Escola de Governo do Estado do Pará

Professor de Direito Previdenciário do Centro
de Ensino Superior do Estado do Pará (CESUPA).

Resumo: O dano ao erário, em princípio, impõe à Administração o poder-dever de instaurar procedimentos de apuração e quantificação desse prejuízo. Ocorre que, em cada caso concreto, será conferida ao Administrador certo grau de discricionariedade, no escopo de, subsumindo o fato concreto à lei, estabelecer a significância do prejuízo para fins de apuração. O objeto do trabalho é estabelecer este nexo, calcado em princípios, sempre com o objetivo de otimizar a atuação administrativa.

Palavras-chave: Dano; Erário; Apuração; Significância; Eficiência.

1. Introdução

Muito se discute acerca de qual o conceito de dano ao erário passível de punição em procedimentos de prestação de contas, mormente quando se cogita do dispêndio de valores pela Administração Pública para pagamento de mercadorias ou serviços.

Com efeito, apesar de se constituir princípio basilar de toda a Administração Pública brasileira, do princípio da legalidade nascem todos os demais dispostos no *caput* do art. 37, da Lei Maior.

Neste sentido, apesar de jungida a tal princípio, situações ocorrem em que o Administrador tenha que flexibilizar conceitos e regras dentro das medidas genéricas da lei, em face das diversidades ocorrentes, cujas realidades, muitas das vezes, são completamente distintas das idealizadas pelo legislador.

Assim, para adaptar a lei, generalista por característica, aos diversos problemas enfrentados pelo Administrador, necessita-se muitas vezes optar por mecanismos de adequação da lei aos casos concretos, de modo a privilegiar a otimização do serviço público, até que se consiga a finalidade desejada pela norma, bem como se alcance a eficiência pretendida pelo legislador constituinte, que erigiu tal preceito à condição de princípio explícito da administração pública.

Nessas situações, *a prima facie*, não se pode cogitar de dano à Administração, conforme será melhor explanado a seguir, quando a flexibilização utilizada não fere os princípios norteadores do Direito Administrativo pátrio.

2. Da colisão de princípios

Consoante ao norte declinado, para adaptar a lei, que deveria funcionar sempre da forma mais generalista possível, às situações práticas com as quais se depara o Administrador, necessita-se muitas vezes adotar sistemas de concretização da norma, subsumindo o caso concreto a ela, sempre no escopo de prestigiar o princípio da eficiência.

Nessa condição, o Administrador, em um caso concreto, poderá ter de optar entre a aplicação de um ou outro princípio, sendo certo que, em última análise, deve sempre – e sempre – ter como norte a primazia do interesse público.

Partindo de tal premissa, não se pode cogitar de prejuízo, passível de punição, quando não houver violação a princípio, implícito ou explícito, da Administração Pública, mesmo quando ocorra, eventualmente, certa flexibilização de regra.

Com efeito, os princípios são as normas estruturais do ordenamento jurídico. Assim, a lei deve se compatibilizar a esse respectivo conteúdo normativo.

Na lição de Humberto Ávila:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havia como necessária à sua promoção.

(...)

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem. A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havia como necessária.¹

Há, nesse sentido, que se fazer distinção entre ilegalidade e irregularidade.

Com efeito, a ilegalidade ocorre quando o fato se acha em desacordo com o direito, enquanto na irregularidade o ato está em desconformidade com determinados procedimentos formais e/ou materiais.

Assim, diante de um caso concreto, o Administrador deverá aferir se, ao adotar uma determinada conduta, estará violando um princípio ou uma regra, pois, quando houver uma colisão, por certo a violação daquele apresenta-se sobremaneira mais grave, mormente porque, quando se prestigia o princípio da legalidade, na exata acepção do *caput* do art. 37, da Constituição, o escopo maior da lei resta, sem sombra de dúvidas, eficazmente atendido.

Por certo, nessa acepção, a legalidade não abrange só a lei. Ao contrário, o seu conteúdo é muito mais amplo, alcançando o próprio direito, que, por sua vez, alça os conteúdos normativos principiológicos.

¹ In: *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 129/30

Desta sorte, se porventura a atuação administrativa encerrasse alguma ilegalidade, neste contexto ela alcançaria tão-somente uma parte desse núcleo positivamente elencado, sendo que a atuação positiva do Administrador, quando encontrar abrigo em dogmas normativos maiores, como, por exemplo, os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da economicidade — implícito na relação custo e benefício —, da continuidade do serviço e da eficiência, não é digno de reprimenda.

Ainda que se perquirisse acerca de afronta a um núcleo da legalidade, a supremacia dos demais princípios a ele se sobreporia.

Em última análise, verifica-se que o Administrador, de igual sorte, deve valer-se do princípio da proporcionalidade que, na lição de Helenilson Cunha Pontes, tem a seguinte conotação, *in verbis*:

Ocorre que a norma jurídica, produto da interpretação-aplicação do Direito, não decorre apenas da consideração isolada dos textos normativos. A norma jurídica decisional resulta, sobretudo, da análise dos fatos subjacentes à decisão, isto é, das nuances do caso concretamente situado e que requer regulação e decisão. Não se interpreta-aplica somente os textos normativos isolados da realidade, mas nela inseridos. Em outras palavras, não se interpreta somente os textos, mas também a realidade.²

Outro princípio que deve servir como norte para uma decisão reta é o da economia processual que, segundo a lição de José Armando da Costa, “enuncia-se na idéia de que devem ser evitados os rigores formais não essenciais à elucidação dos fatos, pois que tais complexidades e delongas servem apenas para onerar ainda mais a Administração Pública”³.

² In: *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 21

³ Op. cit. p. 53

Em tema como o ora versado, também não se pode olvidar de outro princípio atualmente bastante em voga em cuja fonte pode-se abeberar, que é o da razoabilidade, o qual, para Celso Antonio Bandeira de Mello, consiste no seguinte:

Se com a outorga de discricção administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única – e por isso mesmo incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido em regra aplicanda – é porque através dela visa-se à obtenção de medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei.⁴

Por isso é oportuno aduzir que determinadas condutas, mesmo que tenham custeado a norma, não podem ser objeto de valoração isolada, daí poder o Administrador se socorrer - dentre outros - dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tal qual mencionados alhures, cuja utilização no Brasil vem sendo ampliada, e, em que pese não estar expressamente previsto no texto maior, tem tido vasto campo de aplicação em sede de Direito Administrativo, tanto é que foi captado pelo legislador federal no art. 2º, da Lei 9.784/89. Este princípio, para Maria Sylvia Zanella di Pietro tem em vista o seguinte:

Na realidade, o princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos

critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.⁵

Em diversas decisões, o Tribunal de Contas da União concretizou entendimento semelhante ao ora defendido. A título de exemplo, senão veja-se a ementa abaixo transcrita:

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 79

⁵ Op. cit. pag. 72

Acórdão 45/2000 – Plenário (AC-0045-10/00-P)

Representação formulada por magistrado. Possíveis irregularidades praticadas na Justiça Federal do Rio de Janeiro. Pedido de reexame de decisão que aplicou multa à responsável ante a revogação imotivada de tomada de preços, assinatura de contrato anterior à licitação, prorrogação de contrato com empresa em débito junto à Previdência, e dispensa irregular da apresentação dos comprovantes das contribuições previdenciárias e do FGTS. Conhecimento. Provimento. Falhas consideradas de natureza formal. Reformulação do acórdão recorrido. Cancelamento da multa e da determinação de instauração da tomada de contas especial. Arquivamento.”

(TCU; Proc. 575.042/1995-8; Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, julgado na sessão de 22 de março de 2000)

Esta decisão, inclusive, encontra-se em consonância com o que dispõe a Súmula n. 142, da mesma Corte. É ler:

Súmula nº 142. Cabe a baixa na responsabilidade e o arquivamento do processo quando, nas contas de ordenador de despesa, dirigente ou administrador de entidade ou qualquer outra pessoa sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União, for apurada infração de disposição legal ou regulamentar aplicável ou verificada irregularidade de caráter formal, que não permita o julgamento pela regularidade e quitação, ou, tampouco - por não ser suficientemente grave ou individualizada - a conclusão pela irregularidade e cominação da multa prevista em lei, conforme Enunciados nºs 10, 11, 51 e 91 da Súmula da sua Jurisprudência.

No mesmo sentido são os julgados dos tribunais pátrios. A título de exemplo, citam-se aqui algumas decisões do Colendo Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, INCISO VIII, DA LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA E CONSULTORIA TÉCNICA SEM LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA DE LESÃO AO ERÁRIO.

I – Tendo em vista o princípio da independência das instâncias administrativa e judicial, é de se afastar a preliminar de prejudicialidade do feito em virtude de decisão superveniente do Tribunal de Contas da União. Precedentes.

II – A simples irregularidade detectada quanto à contratação de serviços de advocacia e consultoria técnica não possui o condão de fazer incidir a conduta reprovável, em especial se os administradores demonstraram ter agido na defesa dos interesses da administração, visando atender situação emergencial, e se a respectiva remuneração ocorreu de forma compatível com a praticada pelo mercado.

III – Apelo provido para julgar improcedente a ação de improbidade administrativa.”

(TRF 1ª Região; Ac. 2000.32.00.003058-8/AM; Rel. Des. Cândido Ribeiro, *in* DJU de 30/setembro/2005, p. 23)

Deflui-se, pois, que a hipótese em comento não está prevista na norma que trata da matéria, pois há notícias de realização do serviço, da necessidade que amparava o ato, e do pequeno valor estipulado como suposto “prejuízo” imposto ao Poder Público.

3. Do conceito de dano ao erário

Dano ao erário é o prejuízo da Fazenda Pública. Em outras palavras, é dar sem receber nada em troca, ou receber alguém daquilo por que se pagou.

Denota-se, pois, que o prejuízo está intimamente ligado a um balanço apurado na liquidação do ajuste, e não, necessariamente, ao procedimento que foi adotado. Trata-se, com efeito, de definição de natureza eminentemente contábil.

Assim, quando, em uma dada situação concreta, o Administrador, valendo-se de sua discricionariedade administrativa, adota uma ou outra alternativa, dentre as várias que tenha em lícita opção, essa conduta, em

absoluto, poderá ser considerada como danosa ao interesse público quando dela não decorrer efetivo prejuízo.

Na atividade administrativa vários são os interesses a permear o serviço público, sendo certo que em alguns momentos esses interesses podem colidir, ocasião em que a autoridade administrativa terá de mensurar sua realidade e, diante do fato concreto, privilegiar um deles dentre os diversos que, segundo critérios de discricionariedade, possa parecer mais iminente e necessário.

Por evidente que o juízo discricionário não é conceito de ampla disponibilidade do administrador, já que, em última análise, ele está no mínimo vinculado à primazia do interesse público mais prevalente, tendo como apoio periférico os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da economicidade e da eficiência, já ao norte analisados.

4. Da quantificação do dano

Para efeitos práticos, é certo que a quantificação do dano deve se fulcrar no chamado princípio da insignificância, que reside na idéia da proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade da conduta. Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto apresenta-se tão pequeno que não subsiste qualquer razão para imposição da reprimenda.

E o valor do suposto dano aplicado ao erário apresenta-se revelador na caracterização dessa insignificância, já que tal definição, em um primeiro momento, poderia estar inserida dentro daquilo que a doutrina convencionou denominar “conceitos jurídicos indeterminados”.

Invocando novamente as decisões já pacificadas pelo Tribunal de Contas da União, foi sumulado o entendimento a respeito da questão, na seara da União, quando editada a Súmula nº 132.

No âmbito da Administração Federal direta, a questão encontra-se regulada pela Lei nº 10.522/2002, que em seu artigo 20, já na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.033/2004, define como de pequeno

valor as dívidas consolidadas em importe igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

É certo que essa definição demanda lei específica sobre a matéria, para adequar a execução orçamentária aos parâmetros definidos por cada ente federado, dentro das suas disponibilidades financeiras.

5. Conclusão

Diante de tudo o que foi exposto, pode-se alcançar as seguintes conclusões:

I) a aplicação da lei ao caso concreto, em várias ocasiões, impõe ao Administrador a utilização de juízo de discricionariedade, a fim de adequar as disposições genéricas da lei aos parâmetros do caso concreto;

II) da aplicação desse juízo de discricionariedade poderá resultar certa colisão entre princípios, ou entre princípios e regras, que deverão ser solucionados, precipuamente, pela ori-

entação da primazia do interesse público, balizado pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da economicidade;

III) somente haverá dano passível de repreensão, em sede de tomada de contas, quando o prejuízo foi significativo;

IV) caberá a cada Ente Federado, dentro das suas disponibilidades financeiras e orçamentárias, quantificar, por lei, o que será (ou não) significativo.

Bibliografia

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.