



Poder Público deve provar prejuízo para impor sanção ao agente

A recente notícia de que a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento da Corte no REsp 1.038.777-SP, de relatoria do ministro Luiz Fux, no sentido de que é necessária a prova da má-fé para caracterização do ato de improbidade administrativa decorrente de dispensa de licitação^[1], conquanto tranquilizadora, porque consolida a tendência de amenizar a interpretação extremamente rigorosa dada à Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, pelas instâncias ordinárias, ao mesmo tempo traz à baila a necessidade de discussão da obrigatoriedade de comprovação do dano concreto para se exigir ressarcimento ao erário ainda que demonstrada a intenção do agente de fraudar procedimento licitatório.

De fato, se é certo concluir que é indispensável, para a caracterização do ato de improbidade administrativa descrito nos artigos 9º. e 11 da Lei 8.429/1992, a existência de dolo^[2] ^[3], não se vê o mesmo acerto em inferir que a leitura atenta do art. 12 da aludida lei deixa claro que a imposição de ressarcimento em decorrência de ato ímprobo perpetrado por agente público só é admitida na hipótese de ficar efetivamente comprovado o prejuízo patrimonial^[4].

Ao ato de improbidade administrativa que importe enriquecimento ilícito do agente público ou do terceiro com ele conluiado deve evidentemente corresponder à correlata sanção, imposta ao condenado em sentença passada em julgado, consistente na obrigação de ressarcir integralmente o dano. Pela mesma razão lógica, é isento de dúvida que deve ressarcir integralmente o dano causado, o agente público, assim como o terceiro que com ele concorra na condução dolosa ou culposa da coisa pública que permite o ensejo de perda patrimonial à Administração Pública. Por isso, não suscitam controvérsias os preceitos secundários previstos nos incisos I e II do artigo 12 da Lei 8.429/92. Ora, esses dois dispositivos preveem a sanção de ressarcimento do dano no caso de lesão efetiva ao erário quando configurada as hipóteses previstas nos artigos 9º e 10 do referido diploma legal.

O problema tem início quando se aprecia o contido no inciso III do artigo 12, o qual funciona como preceito secundário do tipo previsto no artigo 11. De fato, dispõe o artigo 11 da Lei 8.429/92 que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente (i) praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência; (ii) retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; (iii) revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; (iv) negar publicidade aos atos oficiais; (v) frustrar a licitude de concurso público; (vi) deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; (vii) revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Estabelece o inciso III do artigo 12 que na hipótese do artigo 11, além das sanções penais, civis e administrativas, o responsável pelo ato de improbidade, ajustável a uma daquelas hipóteses, está sujeito ao ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou



creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

A primeira impressão é de que é possível cogitar-se de reparação de dano ao patrimonial público, na hipótese de ato de improbidade administrativa subsumido ao artigo 11 da Lei 8.429/92, quando, além da ofensa intencional aos princípios constitucionais administrativos, houver unicamente a ocorrência de efetivo dano material. Todavia, ao menos na hipótese de violação aos princípios norteadores da Administração Pública durante procedimento de licitação, uma interpretação mais aprofundada do aludido dispositivo conduz à conclusão diametralmente oposta, visto que modernamente o conceito de dano extrapola a noção de diminuição do patrimônio da vítima, para alcançar a concepção de toda lesão a um bem jurídico[5]. E assim também há de ser no campo do direito público, notadamente face aos corriqueiros desmandos praticados por agentes públicos no trato da coisa pública, notícias que arranham a credibilidade de toda a Administração.

Afiguram-se de salutar importância os princípios administrativos expressos e implícitos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal[6], a par de outras regras fruto do desdobramento de seus vetores, dentre as quais se destaca a previsão da prévia licitação, para, ressalvados os casos especificados na legislação, contratar obras, serviços, compras e alienações[7]. Nortear o comportamento de quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta ou indireta, é essencial para atingir os fins do Estado. A prática da boa administração pública é corolário do modelo de Estado Democrático de Direito, eleito para dar feição à República Federativa do Brasil. Por isso mesmo, a Constituição Federal repudiou com veemência o que denominou de improbidade administrativa, locução que, ao largo do tempo, passou a qualificar como de natureza grave o ato administrativo que viola os objetivos precípuos da atividade estatal, à medida que nela há subjacente ofensa a todo o tecido social. Resulta, portanto, daí que a nítida intenção do constituinte ao criar o sistema de princípios no artigo 37 da Carta Política foi proteger antecipada e preventivamente o patrimônio público.

Por esse ponto de vista, a obrigatoriedade da prévia licitação e o ato de improbidade administrativa são faces da mesma moeda, porquanto uma das principais medidas legislativas para coibir a causação de danos ao erário em função da ofensa ao princípio da licitação veio com a elaboração no âmbito infraconstitucional da Lei 8.429/ 1992. Tanto é que é indistigável na lei o alargamento do âmbito de proteção do patrimônio público, com a visível preocupação em qualificar os atos de improbidade administrativa para além do mero conceito de enriquecimento ilícito, objetivando punir condutas atentatórias contra os princípios administrativos previstos na Carta Política de 1988[8].

Contudo, a inegável conquista legislativa tende a ser vã, caso prevaleça a posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a recuperação do prejuízo causado impõe a comprovação do dano concreto à Administração Pública. Com efeito, em que pese as abalizadas opiniões em sentido contrário, o certo é que, demonstrado o dolo em fraudar procedimento licitatório, a presunção do dano ao erário, independentemente da comprovação do efetivo prejuízo, é o bastante para concretização do espírito da lei, principalmente porque tais condutas abalam sobremaneira a moralidade pública e a sociedade.

A descontrolada aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/1992 no início de sua vigência não pode



servir como argumento para atenuar o reconhecimento de prejuízo presumido à Administração Pública quando há violação aos princípios regentes do procedimento licitatório, a ponto de exigir a demonstração de prejuízo material ao erário para condenar o agente que seguramente de má-fé violou normas constitucionais. Devido à má-fé, que fundamenta o elemento subjetivo do ato ilícito praticado em agressão aos princípios regentes do procedimento de licitação, é lícito afirmar que o direito administrativo, precisamente nesta hipótese, reconhece o dano presumido, para condenar o agente público, ou quem com ele concorra, a indenizar o erário, independentemente da demonstração do efetivo prejuízo material da Administração Pública.

A ideia de cominar a sanção de ressarcimento do dano ao ato de improbidade administrativa caracterizado com a ofensa a princípios constitucionais, sem necessidade de demonstrar o enriquecimento ilícito do agente e a lesão ao patrimônio público, decorre da ampliação do conceito de dano, o qual além de representar diminuição patrimonial no sentido estrito também concebe a agressão ao patrimônio imaterial, a um bem jurídico, tal como o patrimônio ético da coletividade, enfeixado na boa gestão da coisa pública.

A Constituição Federal de 1988, ao impor à Administração Pública o dever de obediência ao princípio da moralidade, passou a exigir de seus agentes que adotassem condutas pautadas na ética jurídica. Por outro lado, a Lei de Improbidade, ao sancionar os comportamentos elencados no artigo 11 delimitou no que consiste a imoralidade administrativa, admitindo-os como lesões presumidas e que geram direito público subjetivo à sua reparação. Como é cediço, o ordenamento jurídico admite, tal como nas hipóteses do artigo 4º da Lei da Ação Popular, a presunção de lesividade ao patrimônio público em decorrência, tão somente, da própria ilegalidade do ato. Em reforço a esta tese, lembre-se que a Lei da Ação Civil Pública, a qual tutela interesses difusos e coletivos — dentre os quais está o da probidade administrativa —, rege as ações de responsabilidade tanto material quanto moral.

Ademais, o direito penal superou o conceito de resultado naturalístico^[9], consistente na transformação do mundo exterior, ao concebê-lo como evento, definido num conceito jurídico como a ofensa, englobando, sob esse ângulo, tanto o dano como o perigo a um bem jurídico penalmente protegido. E, no direito administrativo, especialmente com o advento da Lei 8.429/1992, é conveniente trilhar pelo mesmo caminho, afastando a dificuldade em reconhecer o que se vem denominando de dano presumido, que em verdade nada mais do que prejuízo ao patrimônio imaterial do Poder Público. É que, em havendo ofensa dolosa aos princípios que regem a Administração Pública, sobretudo os da moralidade administrativa, legalidade e impessoalidade, com fraude à licitação, é ingênuo achar que não houve dano ao erário, ainda que moral.

Não é crível que a Administração Pública tenha que demonstrar a prova material de prejuízo ao erário para impor ao agente ímprobo ou terceiro com ele conluiado que reparem o prejuízo imaterial que lhe foi causado em virtude de violação intencional a princípios constitucionais, pois certamente tal conduta, por si só, enseja a aplicação da sanção de ressarcimento, além da multa prevista em lei.

Bibliografia



BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. – 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, 27. ed. São Paulo: Saraiva.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1987.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Fundamentos de direito administrativo*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2002 (Série Fundamentos Jurídicos).

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibição administrativa*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*. São Paulo: RCS, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *Limites da improbidade administrativa. O direito dos administrados dentro da Lei 8.429/92*. América Jurídica, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte geral*, 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.

MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Direito penal. Parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.



PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa. Aspectos Jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

SILVA, Enio Moraes da. *O Estado Federado na defesa dos interesses transindividuais*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo, RT, 2000.

[1] Má-fé é essencial para caracterizar improbidade administrativa. Disponível em <www.conjur.com.br>. Data de acesso: 07-02-2011.

[2] STJ, 2ª. Turma, REsp 765.212-AC. rel. Min. Herman Benjamin, j. 02-3-2010; 2ª. Turma, AgRg no REsp 752.272-GO, rel. Humberto Martins, j. 11-06-2010)

[3] Sobre a essencialidade do elemento subjetivo para caracterização do ato de improbidade administrativa, já decidiu a Corte que “a configuração do ato de improbidade administrativa por lesão aos princípios da Administração Pública não exige prejuízo ao erário, nos termos do art. 21 da Lei 8.429/92. Entretanto, é indispensável a presença de conduta dolosa do agente público ao praticar o suposto ato de improbidade administrativo previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, elemento que não foi reconhecido pela Corte a quo no caso concreto” (STJ, 1ª. Turma, REsp 1.036.229-PR, rel. Denise Arruda, j. 17-12-2009); “A jurisprudência do STJ rechaça a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo a presença de dolo nos casos dos arts. 9º. e 11 que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário” (STJ, 2ª. Turma, REsp 414.697-RO, rel. Herman Benjamin, j. 16-09-2010); “A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração” (STJ, 1ª. Turma, REsp 1.130.198-RR, rel. Luiz Fux, j. 15-12-2010) .

[4] Neste sentido, STJ, 1ª. Turma, REsp 1.138.843-PR, rel. Benedito Gonçalves, j. 16-09-2009. Na mesma esteira: “ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. CONFIGURAÇÃO. 1. Esta Corte, em precedente da Primeira Seção, considerou ser indispensável a prova de existência de dano ao patrimônio público para que se tenha configurado o fato de improbidade, inadmitindo o dano presumido. Ressalvado entendimento da relatora. 2. Após divergências, também firmou a Corte que é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido” (STJ, 2ª. Turma, REsp 621.415-MG, rel. Eliana Calmon,



j. 16-02-2006) .

[5] Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, p. 71.

[6] Há certo consenso no sentido de classificar os princípios e as regras como espécies de normas. Os princípios são normas qualificadas, com maior grau de abstração, que buscam orientar e iluminar na árdua tarefa de interpretar o direito, ao passo que as regras se caracterizam por seu conteúdo de exequibilidade, uma vez que são elas que impõem as normas de conduta, as quais, em tese, possibilitarão a harmonia da vida em sociedade (Sylvia Marlene de Castro Figueiredo, *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*, p. 67-8).

[7] Constituição Federal, art. 37, inc. XXI

[8] A finalidade da licitação é a eleição da oferta mais vantajosa para a Administração Pública contratar com o particular, resguardando-se assim o interesse público. Aliás, neste particular, manifesta-se a sujeição a que se submete a Administração Pública no desempenho de suas atividades, pois, enquanto o particular tem autonomia de vontade para contratar com quem bem entender, ao Poder Público é indispensável, nos casos previstos em lei, lançar mão do procedimento licitatório. O procedimento licitatório constitui prescrição que decorre dos princípios da moralidade, da impessoalidade, da isonomia, e não princípio, à medida que não veiculam valores ao intérprete do sistema[8]. Forçoso convir, portanto, que a licitação vem prevista em regra, mas repousa suas bases em praticamente todos os princípios jurídicos que regulam a atuação da Administração Pública.

[9] Segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros, “Na verdade, apenas nos crimes materiais consumados o resultado naturalístico é essencial à tipicidade” (*Direito penal*. Parte geral, v. 1, 2006, p. 174).

Date Created

02/04/2011