



## Mudrovitsch e Pupe: a lesão ao erário (parte 1)

Dando seguimento ao nosso exame a respeito dos atos de improbidade em espécie, tratamos hoje do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992, que cuida das condutas, comissivas ou omissivas, que, causadoras de lesão ao erário, ensejem “*perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º*” do diploma.

Em primeiro lugar, chama atenção o fato de o dispositivo estabelecer como elementos subjetivos do tipo dolo e culpa. Já afirmamos e reiteramos em textos anteriores nossa resistência contra o tipo culposo, eliminado pelo PL n. 10.887/2018, de modo que, tendo novamente feito o registro, não aprofundaremos o ponto, limitando-nos a dizer que entendemos inconcebível desonestidade por negligência, imprudência ou imperícia, mencionando, nesse sentido, recentíssimo acórdão do Superior Tribunal de Justiça cujo voto-condutor, do Ministro Napoleão Nunes Maia, foi no ponto:

(...) não se deve admitir que a conduta apenas culposa renda ensejo à responsabilização do Servidor ou Administrador por improbidade administrativa; com efeito, a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade administrativa. O elemento culpabilidade, no interior do ato de improbidade, se apurará sempre a título de dolo, embora o art. 10 da Lei 8.429/1992 aluda efetivamente à sua ocorrência de forma culposa; parece certo que tal alusão tendeu apenas a fechar por completo a sancionabilidade das ações ímprobas dos agentes públicos, mas se mostra mesmo impossível, qualquer das condutas descritas nesse item normativo, na qual não esteja presente o dolo.<sup>1</sup>

Outra questão interessante é bem percebida por Marcelo Figueiredo<sup>2</sup>, que contrapõe o § 4º do artigo 37 da Constituição (“*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei...*”) à dicção do artigo 10 (“*Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão...*”). Ora, se a própria Constituição remete à lei a enunciação das condutas a serem reputadas ímprobas, é no mínimo de constitucionalidade duvidosa que a lei deixe de fazê-lo, escancarando o tipo para qualquer conduta possível.

Avançando, os tipos versados no artigo 10 se assemelhariam a crimes materiais no sentido de se aperfeiçoar mediante um resultado específico: a lesão ao erário. Se isso é verdade, o mesmo não se pode dizer da conduta que, não sendo ilícita, acarrete prejuízo. Dito mais claramente, todo ato de improbidade que se pretenda inserir no artigo 10 deve lesar o erário, mas nem toda conduta lesiva ao erário poderá ser considerada ímproba, devendo, para tanto, ser ilícita<sup>3</sup> e, ainda, dolosa ou, segundo o regramento atual, defluir de culpa grave. Por outro lado, não se exige que da lesão haja decorrido locupletamento por parte do agente, atos esses que estão arrolados no já analisado artigo 9º — ainda que muitas vezes as duas coisas se façam presentes e relacionadas. Quando isso ocorrer, todavia, será indispensável, para enquadramento naquele artigo 9º, mesmo no regramento atual, que tenha havido dolo.

A locução “*lesão ao erário*” deixa bastante evidente que o que se busca punir é o prejuízo financeiro, excluída do dispositivo, portanto, a acepção mais ampla de “*patrimônio público*”, a englobar bens e



direitos de valor “*artístico, estético, histórico ou turístico*”, a teor do § 1º do artigo 1º da Lei n. 4.717/1965.<sup>4</sup> E essa lesão há de ser devidamente demonstrada, como no passado entendeu o STJ<sup>5</sup>, muito embora cada vez mais essa mesma Corte tenha construído uma presunção judicial exótica de dano *in re ipsa*, em certos casos — criticaremos o ponto na semana que vem. Wallace Paiva Martins Júnior, pois, bem sintetiza este e o parágrafo anterior ao dizer que o se pune, no artigo 10, é a “*redução ilícita de valores patrimoniais*”.<sup>6</sup>

Sobre os tipos ímprobos propriamente ditos, o inciso I do artigo 10 fala em “*facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei*”. A incorporação ao patrimônio particular deve necessariamente ser ilícita, denotando a facilitação um desvio do procedimento adequado a dado ato, e daí o avanço sugerido pelo PL n. 10.887/2018 ao incluir “*indevida*” como adjetivação a acompanhar a incorporação. No mais, o dispositivo muito se assemelha ao artigo 9º, IX, sendo a diferença que nesse a conduta está na incorporação, de que decorre o enriquecimento ilícito, enquanto que no inciso I do artigo 10 o foco é na conduta que propicia o enriquecimento, ainda que nenhuma vantagem se produza para o facilitador.

O inciso II, seguinte, fala em “*permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie*”. Ainda que muito próximo da norma anterior, o que se combate aqui é o uso indevido, e não a apropriação indébita. Certo que instrumentos há capazes de legitimar o uso de bens públicos; a censura aqui, porém, por óbvio, mira a conduta ilícita, fora dos figurinos legais.

Indo além, o inciso III fala da doação “*à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, [de] bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie.*” O Estado, não raro, pode fomentar atividades, inclusive por meio de alienação de bens. Essa prática, porém, é excepcional, e observa procedimento solene e requisitos rígidos, como ilustram os artigos 67, 100, 101, 1.165 e 1.181 do Código Civil (que exigem a desafetação) e 17 da Lei n. 8.666/1993. Se a doação se dá à margem desse entendimento, incide o dispositivo em questão.

Os incisos IV e V, de sua vez, preveem a conduta de se permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem “*por preço inferior ao de mercado*” (subfaturamento) ou aquisição, permuta ou locação de bem “*por preço superior ao de mercado*” (superfaturamento), disposições essas que guardam relação íntima com as dos incisos II e III do artigo 9º. A improbidade aqui é bastante óbvia, sobretudo quando lida à luz de outras normas que orientam a necessidade de se encarar o preço de mercado como parâmetro tanto quando o poder público é proprietário quanto quando não é (artigos 17, 24, X, 25, § 2º, e 48, § 3º, da Lei n. 8.666/1993. Mercê de sua gravidade, a conduta encontra inclusive tipificação criminal (artigo 96, I, da Lei de Licitações) e abre flanco para ação popular (artigo 4º, V, *b e c*, da Lei n. 4.717/1965).

A realização de operação financeira “*sem observância das normas legais e regulamentares*” ou a aceitação de “*garantia insuficiente ou inidônea*” são objeto do inciso VI (encontrando correspondente no artigo 4º, II, da Lei n. 4.717/1965). As finanças públicas se guiam pelos artigos 163 a 169 da Constituição, pela Lei Complementar n. 101/2000, pelas Leis n. 4.320/1964 e n. 4.595/1964 e pela



Resolução n. 43/2001 do Senado Federal. Inobservadas as disposições aplicáveis e/ou acolhida garantia insuficiente ou inidônea — condutas essas de que necessariamente deverá decorrer, adicionalmente, prejuízo ao erário —, haverá ato de improbidade.

No inciso VII, foi prevista a concessão de “*benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie*”. Sabido que situações há em que é legítima a concessão de benefícios, como indica o inciso 170, IX, exigindo-se lei para tanto, como impõe o artigo 150, § 6º, ambos da Constituição. Quando liberalidade desse jaez confrontar a lei (artigos 111, II, e 176 do CTN), todavia, merecerá reprimenda, por configurar indevida renúncia de receita (artigo 14 da Lei Complementar n.º 101/2000): “*a rigor, não é o agente público que, quando conveniente, concede benefícios a particulares ou terceiros. Benesse que deve estar amparada em lei autorizativa*” (AREsp 1342583/MS, DJ de 17.6.2019).

Ponto polêmico é abordado pelo inciso VIII, que trata da frustração da “*licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos*” ou de sua *dispensa indevida*”. Como sabido, o certame licitatório é imposição constitucional (artigo 37, XXI), regulamentado pela Lei n. 8.666/1993 (ênfase para o artigo 43), que prevê, excepcionalmente, quando o pleito poderá ser afastado (artigos 24 e 13).

É falar, os tipos previstos no dispositivo em comento se voltam a sancionar aquele que, em havendo licitação, a frustra, desvirtuando seu propósito, ou aquele que indevidamente deixa de realizá-la (o paralelo com o artigo 4º, I, III e V, *a*, da Lei n. 4.717/1965, é inevitável); lamentavelmente, contudo, não são raras ações pretendendo fazer incidir indiscriminadamente a norma, ainda quando respaldado o gestor por situações emergenciais ou por serviços técnico-especializados, hipóteses que autorizariam a não realização.

A discussão talvez mais emblemática é aquela versada na ADC 45, em curso perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se ventila a (in)constitucionalidade dos artigos 13, inciso V, e 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, “*que permitem a contratação de advogados por ente público pela modalidade de inexigibilidade de licitação*”.<sup>7</sup> Vale anotar que a referida ação atualmente subordina outro julgamento (RE 656.558), suspenso, mas que contou com voto do Ministro relator, Dias Toffoli, no sentido de que é “*constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei, desde que i) preenchidos os requisitos nela estabelecidos, ii) não haja norma impeditiva à contratação nesses termos e iii) eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, inclusive no que tange à execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.*”<sup>8</sup>



Seja como for, de nossa parte não se pode estabelecer um silogismo necessário em que da premissa de não realização de licitação decorre ato de improbidade. Sobretudo à luz do artigo 22 da LINDB (“*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*”), deve haver temperança, proporcionalidade e razoabilidade da parte tanto do Ministério Público quanto do Judiciário ao se analisar determinado caso, sob pena de o gestor ficar entre a cruz e a espada: licitando, conviverá com período em que a população poderá ficar desguarnecida de serviço ou obra, o que poderá reverter em improbidade em seu desfavor (artigo 11, II); deixando de licitar, fica vulnerável à incidência deste inciso VIII do artigo 10.

Outro tema relevante diz respeito à possibilidade de responsabilização de parecerista que pugna em favor da dispensa ou da inexigibilidade. Conhecido o entendimento de que somente há que se falar em apenação do consultor quando há dolo ou erro inescusável. A questão é que, por força do artigo 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993 (“*as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração*”), há o entendimento de que pareceres em sede licitação seriam vinculantes. Esgrimindo o tema, o STF proferiu decisão no MS 29.137, DJ de 28.2.2013, que, a nosso ver, foi correta: “*a natureza vinculante de pareceres jurídicos em matéria de licitações somente se revela quando o órgão técnico reprova a prática do ato sob exame*”. Ou seja, a aprovação pelo parecerista não faz recair sobre ele responsabilidade por eventual certamente que posteriormente se decida indevidamente dispensado.

Derradeira questão sobre o inciso VIII diz respeito ao entendimento que, em contraposição a julgados anteriores (mencionados mais acima), tem sustentado, no âmbito do STJ, a presunção (dano *in re ipsa*) de prejuízo subjacente à dispensa indevida de licitação: “*se é verdade que existe diferença entre os conceitos de ‘erário’ e ‘patrimônio público’, não é menos verídico que o art. 21 da Lei n. 8.429/92, ao dispensar a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, tornou despicienda a lesividade ao conceito-maior, que é o de ‘patrimônio público’ (o qual engloba o patrimônio material e imaterial da Administração Pública). Daí porque, se fica legalmente dispensado o dano ao patrimônio material e ao patrimônio imaterial (o ‘mais’), também está dispensando – dentro da desnecessidade de dano ao patrimônio material – o prejuízo ao erário (o ‘menos’)*” (REsp 1.014.161, DJ de 20.9.2010).

Em nossa opinião, o artigo 21 deve ser corretamente lido a fim de que dele se extraia o que nele está escrito: é possível cominação de pena por ato de improbidade ainda quando incorrido prejuízo ao erário. Disso não deflui, contudo, em nossa visão, que os tipos ímprobos do artigo 10, que partem da premissa da ocorrência de lesão, promovam verdadeira inversão do ônus da prova em desfavor do réu quando essa lesão é de difícil comprovação — ou, pior, quando é inexistente.

De fato, alguns casos podem ser desafiadores, como a demonstração de prejuízo advindo da contratação de licitante que apresentou o melhor preço, mas o fez em ajuste com os demais concorrentes. A prova, todavia, não é diabólica: será possível identificar a diferença entre valores da proposta ilícita e aquela vencedora do certame seguintes (ou o anterior!); ou, ainda, que sejam tomadas como parâmetro licitações semelhantes junto a outros órgãos ou entidades da administração; ou mesmo valores de mercado etc. O que não conseguimos conceber é que a presunção judicial, ainda que relativa, preencha o vácuo deixado pela inapetência de se quantificar, ainda que por estimativa, dano efetivo, até porque é possível que nenhum dano haja. Basta imaginar que uma determinada empresa de fato conspire para



vencer dada licitação, mas o faça praticando o melhor preço, em linha com o mercado. A conduta ilícita inegavelmente merecerá apenação, mas não, segundo pensamos, sob o signo do artigo 10, VIII.

Outro julgado do STJ evidencia bem o paradoxo que nos perturba: no recentíssimo REsp 1.755.958, DJ de 6.9.2019, assentou a Corte que, em que pese o entendimento atual seja o de que a ausência de regular procedimento licitatório induz presunção de dano ao erário, essa presunção “*restringe-se ao juízo de configuração do ato de improbidade administrativa (...), não abrangendo a imposição da obrigação de ressarcimento ao erário, que, nos termos do art. 21, I, dessa lei, pressupõe a demonstração de efetivo prejuízo patrimonial, ainda que a apuração do seu exato valor seja feita na fase de execução.*”

Isto é, tanto o Tribunal reconhece a impossibilidade de se aferir a extensão do dano, que afasta a sanção de ressarcimento ao erário, a exigir valor certo. Dito de outro modo, é como dizer que dano há, mas não se sabe qual ou quanto.

O problema se agrava ainda mais quando essa impossibilidade de definição do dano não impede o STJ de inverter o ônus em desfavor do réu: ao admitir a inviabilidade da extensão do dano, a Corte admite a inviabilidade da demonstração do não dano, muito embora faça recair sobre o réu o ônus dessa demonstração, o que é vedado pelo artigo 373, § 2º, do CPC (“*A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil*”).

Daí nossos aplausos à proposta contida no PL n. 10.887/2018, que, na contramão do entendimento atual do STJ, fez constar do indigitado inciso VIII a necessidade de que a dispensa indevida ou a frustração acarrete “*perda patrimonial efetiva.*”

Parando aqui, retomaremos na próxima semana.

---

1 AgRg no AREsp n. 628.173/SC, DJ de 05.09.2019.

2 FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 97.

3 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa. O direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 3ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 282.

4 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 204.

5 REsp 939.142/RJ, DJe 10/4/2008; REsp 714.935/PR, DJ 8/5/2006.

6 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 249.

7 <http://s.oab.org.br/arquivos/2018/04/adc-45.pdf>



[8 https://www.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/toffoli-advogado-licitacao-improbidade.pdf](https://www.conjur.com.br/https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/toffoli-advogado-licitacao-improbidade.pdf)

**Date Created**

14/10/2019