

DANO PRESUMIDO (*IN RE IPSA*), ART. 10, DA LEI Nº 8.429/92, NÃO NECESSÁRIAMENTE ACARRETA A PENALIDADE DE RESSARCIMENTO

I – DO PREJUÍZO AO ERÁRIOO

O *caput* do art. 10, da Lei nº 8.429/92 dispõe que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo inaugural da própria Lei nº 8.429/92.

Assim, para que haja a subsunção na hipótese em tela, a conduta do agente público, ainda que seja omissa, dolosa ou culposa, deverá acarretar prejuízo para o erário, causando-lhe lesão.

Conduta dolosa ou culposa do agente, capaz de tipificar o ato de improbidade narrado no art. 10, é aquela que não exige apenas uma vontade livre e consciente em realizar quaisquer das condutas descritas, responsabilizando-se também aquele que viola a prudência, tornando-se imprudente e negligente com a coisa pública, lesando, via de consequência, o erário público.

Essa conduta deverá ser ilícita, contrapondo-se à legalidade, para a obtenção de um fim vedado pela norma legal. Ou, em outras palavras, **a conduta dolosa ou culposa do agente público que for lícita, mas ocasionar lesão ou perda patrimonial ao erário, não se sujeita à responsabilização por ato de improbidade administrativa. Deverá o ato do agente público estar contaminado pela ilicitude.**

Pensa igualmente o Ministro Alexandre de Moraes:¹

“Conduta ilícita: a conduta dolosa ou culposa do agente deverá ser ilícita, vale dizer, uma conduta cuja análise *per sí* seja inicialmente lícita, mas que acabe por gerar perda patrimonial ao erário, não ensejará a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.”

No mesmo sentido, seguem Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior:²

¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 2.623.

“A interpretação há de ser sistemática. O que a lei visa reprimir, neste dispositivo, é a conduta ilegal. Não intenta punir quem, agindo legalmente, por culpa, causa prejuízo ao patrimônio público. Apenas a perda patrimonial decorrente de ilicitude, ainda que culposa, ensejará a punição do agente público nas sanções do art. 12, inc. II.”

Ao designar que o ato de improbidade administrativa deverá causar lesão ao erário, o legislador deixou bem claro que deverão ser coibidos prejuízos financeiros, não sendo cogitada, portanto, a lesão ao patrimônio público. Assim, ficam de fora do *caput* do art. 10 os danos artísticos, históricos, ambientais, estéticos e qualquer outro que não seja, como dito, financeiro.³

O prejuízo concreto aos cofres públicos, ensejador de perda do erário, devido à lesão patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres, causados pelos agentes públicos, é um dos requisitos básicos, como visto, ao enquadramento do dispositivo em comento, independentemente se houve ou não recebimento ou obtenção de vantagem patrimonial do agente.⁴

O nexó da oficialidade, verificado entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário público, pelo agente, deverá estar presente, sob pena de se descaracterizar o referido enquadramento como ato de improbidade.

Visa o presente tipo legal evitar que agentes públicos sem pudor maltratem o dinheiro público, tratando-o como se fosse uma situação de interesse particular, em detrimento do princípio da economicidade. Ou seja, maltratar o erário, com ou sem benefício próprio.

Contudo, não se pode deixar de consignar que, para a tipificação da prática do ato de improbidade administrativa, mesmo na hipótese da conduta

² PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa – aspectos jurídicos do patrimônio público*, 3. ed., São Paulo: Atlas, p. 75.

³ “Entende-se por erário o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público (*rectius*: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entidades da Administração Indireta e demais destinatários do dinheiro público previstos no art. 1º da Lei nº 8.429/92)” (GARCIA, Emerson; e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 204).

⁴ “Não exigência de obtenção de vantagem patrimonial pelo agente: a lei não exige, necessariamente, a ocorrência de qualquer vantagem por parte do agente que dolosa ou culposamente gerar prejuízo concreto ao erário público” (MORAES, Alexandre de. *op. cit. ant.*, p. 2.623).

culposa, é necessário que seja previamente demonstrado o elemento subjetivo da conduta.

Significa dizer, não basta o agente público ser acusado de ter causado dano ao erário para que seja subsumido ao tipo descrito no artigo 10, da Lei nº 8.429/92, porquanto é necessária a inequívoca demonstração do elemento subjetivo:⁵

“...

2 - É imprescindível o elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa. No caso específico do artigo 10, da Lei nº 8.429/92, o dano ao erário admite, para a sua consumação, tanto o dolo quanto a culpa. (...)”

Isso porque não se pode confundir ilegalidade com improbidade administrativa, visto que o ato ímprobo é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, em todos os três tipos do ato de improbidade administrativa.

Rigorosamente nesse sentido, pode-se citar a expressiva lição do Superior Tribunal de Justiça, que exige que haja a imprudência ou negligência do agente público, para os fins da tipificação a que alude o artigo 10, da Lei nº 8.429/92, sendo certo que, se o agente público não praticar ato contrário ao recomendado pelo seu corpo técnico e jurídico, agindo segundo aquelas manifestações que demonstravam que o erário estava sendo preservado, porquanto naquele momento não havendo dúvida quanto à lisura dos pareceres ou a idoneidade do setor que faz o levantamento dos preços aplicados no mercado, pratica ato ilícito de boa-fé, porquanto está respaldado por pareceres, mesmo não vinculantes, que dão ciência de que a prática do ato administrativo será em benefício do próprio ente público.

É a situação específica, por exemplo, dos pregões eletrônicos ou de outra modalidade de licitação, onde os corpos técnicos dão ciência ao ordenador de despesas do órgão público da economicidade e da legalidade do certame, cabendo ao mesmo a homologação do resultado.

⁵ STJ, Rel. Mn. Arnaldo Esteves Lima, AgRg no REsp nº 1125634/MA, 1ª T., DJ de 2.02.2011.

Se a *posteriori* é verificado que o resultado da licitação causou prejuízo ao erário, não há como se responsabilizar o ordenador de despesas, por ele ter homologado o resultado do processo licitatório.

A homologação, após o pronunciamento dos órgãos técnicos competentes, era uma situação compulsória, pois, do contrário, haveria prejuízo ao bom funcionamento do órgão público. Por essa razão, para fins de verificação do ato de improbidade administrativa, é importante se ter, como foco de mira, o elemento subjetivo da conduta, pois o agente público, que não foi o responsável pela pesquisa de mercado do preço ofertado, não pode ser responsabilizado objetivamente, tendo em vista que praticou ato de boa-fé, recomendado pelos setores competentes, responsáveis pelo processo licitatório.

Nessa situação, em que se requer a imprescindibilidade da demonstração do elemento subjetivo da conduta, extraem-se as sólidas considerações do STJ:⁶

“Administrativo. Ação de Improbidade. Lei 8.429/92. Elemento subjetivo da conduta. Imprescindibilidade.

1. A ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional (art.37, § 4º e disciplinada na Lei 8.429/92), tem natureza especialíssima, qualificada pela singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, se trata de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.

⁶ STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, REsp nº 827445/SP, 1ª T., DJ de 2.02.2010.

2. Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência dominante no STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou, pelo menos, culposa, nas do artigo 10 (v.g.: REsp 734.984/SP, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJe de 16.06.2008; AgRg no REsp 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 14.08.2007; REsp 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21.05.2007; REsp 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 04.10.2007; REsp 658.415/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 03.08.2006; REsp 626.034/RS, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 05.06.2006; REsp 604.151/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006).

3. É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade.

4. Recurso especial do Ministério Público parcialmente provido.

Demais recursos providos.”

Portanto, a conduta culposa estará presente quando o agente público, apesar de não pretender o resultado, atuar com negligência, imprudência

ou imperícia no trato da coisa pública. Somente com um defeito inescusável, causado pelo agente, capaz de contrariar determinadas regras legais de conduta, é que - em tese - poderiam ser aferidas pela Lei nº 8.429/92, pois, do contrário, qualquer tipo de ato ilegal seria compulsoriamente transformado em ato ímprobo.

Dessa forma, além do pseudo dano ao erário, a descrição dos elementos fáticos realizada na origem deverá evidenciar a negligência do agente público, a ser descrita a conduta na petição inicial da ação de improbidade administrativa.

Dessume-se, da letra da norma (art. 10, da Lei nº 8.429/92), a necessidade imperiosa de ser descrito na petição inicial da ação de improbidade administrativa, no mínimo, a conduta culposa praticada pelo agente público, visto que, se os atos impugnados forem feitos dentro dos ditames legais e não precedidos de negligência, imperícia ou imprudência, não haverá plausibilidade jurídica na imputação.

Valiosa é a lição do presente aresto do STJ,⁷ que estabelece a necessidade da descrição fática realizada pelo agente público, para que não se confunda ato tido como ilegal como ímprobo, ou seja, há que estar inequivocamente demonstrada a imperícia, a negligência ou a imprudência do acusado, *verbis*:

“Administrativo. Ato de improbidade administrativa. Art. 10, da Lei 8.429/92. Dano ao erário. Modalidade culposa. Possibilidade. Favorecimento Pessoal. Terceiro Beneficiário. Requisitos configurados. Incursão nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa.

1. O ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei 8.429/92 exige a comprovação do dano ao erário e a existência de dolo ou culpa do agente. Precedentes.

2. Os arts. 62 e 63, da Lei 4.320/64 estabelecem como requisito para a realização do pagamento que o agente público proceda à previa liquidação da despesa. Nesse contexto, incumbe ao ordenador de despesa aferir a efetiva entrega do material ou fornecimento do serviço contratado, em conformidade com a nota de empenho

⁷ STJ, Rel. Min. Castro Meira, REsp nº 1127143/RS, 2ª T., DJ de 22.06.2010.

que, por sua vez, expressa detalhadamente o objeto contratado pelo Poder Público, com todas as suas características físicas e quantitativas.

3. A conduta culposa está presente quando, apesar de o agente não pretender o resultado, atua com negligência, imprudência ou imperícia. Nessa modalidade, há um defeito inescusável de diligência, no qual se comete um erro sobre a condição do agir ou sobre a consequência da conduta. A punição dessa prática justifica-se pela criação de um risco proibido ao bem jurídico tutelado.

4. Na hipótese, além do dano ao erário, a descrição dos elementos fáticos realizada na origem evidencia a negligência da autoridade municipal, pois: a) realizou o pagamento da nota de empenho sem adotar qualquer providência para aferir a entrega da mercadoria, seja por meio da verificação do processo administrativo que ensejou a contratação, seja pela provocação da empresa contratada para comprovar a entrega do bem; b) deixou transcorrer praticamente três anos entre o pagamento integral do débito e a entrega parcial da mercadoria, sem ter adotado qualquer medida ou cobrança do particular; c) após todo esse tempo, sequer a totalidade da quantia contratada foi entregue.

5. A lei de improbidade administrativa aplica-se ao beneficiário direto do ato ímprobo, mormente em face do comprovado dano ao erário público. Inteligência do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa. No caso, também está claro que a pessoa jurídica foi beneficiada com a prática infrativa, na medida em que se locupletou de verba pública sem a devida contraprestação contratual. Por outro lado, em relação ao seu responsável legal, os elementos coligidos na origem não lhe apontaram a percepção de benefícios que ultrapassem a esfera patrimonial da sociedade empresária, nem individualizaram sua conduta no fato imputável, razão pela qual não deve ser condenado pelo ato de improbidade.

|| 6. Recurso especial provido em parte.” ||

A conduta do agente público deverá ser típica, porquanto é ilegal prender-se apenas ao fato do mesmo ter sido ordenador de despesas de órgão público como se tal fato fosse condição *sine qua non* para a tipificação na Lei nº 8.429/92. **Havendo prejuízo ao erário, causado, em tese, pela ação ou omissão do agente público acusado, é necessário aferir-se a sua responsabilidade, para saber-se se agiu com negligência, imperícia ou imprudência.**

Por outro modo, é consabido que todo agente público tem o dever do zelo e da eficiência no trato com a coisa pública. Outra vez cumprido tal requisito, tendo em vista que o agente ordenador de despesa, que somente homologou o certame por estar convicto de que o corpo técnico da licitação havia proporcionado ao erário melhor contratação pelo preço inferior ao praticado no mercado, não há que se falar em prática de ato de improbidade administrativa.

Nas palavras de Juarez Tavares:⁸

“Ao conceituar-se a culpa, pode-se partir de seus elementos essenciais: a) a realização de uma ação contrária ao dever de cuidado e perigosa ou lesiva ao bem jurídico; b) a execução dessa ação para além dos limites do risco autorizado; c) a produção típica do resultado como materialização da ação perigosa descuidada; d) a atribuição pessoal do resultado evitável.

.....
Assim, poder-se-á conceituar culpa como forma de imputação de uma conduta humana caracterizada pela realização do tipo de um delito, centrado na violação do risco autorizado por meio de ação contrária ou dever de cuidado e lesiva ao bem jurídico, materializável em um resultado proibido e cuja culpabilidade se assenta no fato de não haver o agente evitado sua realização, apesar de capaz e em condições de fazê-lo.”

A teoria da responsabilidade civil subjetiva está baseada em três pressupostos: pela existência da culpa, do dano e do nexa causal entre um e outro.

⁸ TAVARES, Juarez. Teoria do Crime Culposo, 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 266-267.

Isso significa que a **Administração Pública deve sofrer um dano real e concreto em seu erário, sendo forçoso que, para o em seguida, obter ressarcimento, demonstra a culpa do ofensor e o nexo causal entre a conduta deste e o referido dano.**

O Código Civil, em seus artigos 186 c/c 927, estabelece a cláusula geral da responsabilidade subjetiva.

Pela leitura desses artigos depreende-se que o agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, pode causar dano a outrem, através da prática de ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo.

Portanto, para a caracterização do ato ilícito, haverá de estar configurada a imputabilidade do agente e a culpa.

A imputabilidade é mediante verificação se o agente público agiu de forma diversa de uma obrigação funcional ou não.

Já a culpa, segundo pressuposto legal da responsabilidade civil subjetiva, abarca os tipos doloso e culposos, como a ideia contida na fórmula da negligência, imprudência ou imperícia. Por dolo, como já dito anteriormente, compreende-se a vontade livre e consciente de causar prejuízo ao erário. A culpa em sentido estrito, por sua vez é tida como a inobservância de uma norma de conduta funcional, seja por negligência (falta de cuidado por conduta omissiva), imprudência (falta de cuidado por conduta comissiva) ou imperícia (falta de habilidade no exercício da atividade técnica), que acarreta um resultado não desejado, onde se verifica a violação de um dever jurídico, alicerçado na ocorrência de dano ao erário.

Hoje em dia a culpa é entendida como “o erro de conduta”, de modo que age com culpa aquele que ultrapassa os padrões de conduta esperados.

Portanto, para se aferir se houve erro de conduta ou não (culpa), deve-se comparar a conduta concreta do agente causador do dano com a conduta que teria adotado pelo comportamento esperado, baseado no padrão legal estabelecido pela norma jurídica.

Para fins de improbidade administrativa, é necessário não só a culpa, mas também a presença do efetivo dano ao erário, capaz de trazer-lhes prejuízo.

Logo, o agente público que segue orientações de órgãos técnicos (pareceres e etc.) não age com conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, afastando-se, via de consequência, a culpa e a improbidade administrativa de seus atos.⁹

Não se pode perder de vista que a prática da improbidade administrativa será sempre precedida de má-fé,¹⁰ mesmo que seja por culpa culpa e não por dolo, na situação descrita no artigo 10, da Lei n.º 8.429/92.

Em sendo assim, a atuação com negligência, imprudência ou imperícia deve configurar-se por um defeito inescusável de diligência, “na qual comete um erro sobre a condição do agir ou sobre a consequência da conduta. A punição dessa prática justifica-se pela criação de um risco proibido ao bem jurídico tutelado.”¹¹

Para a configuração do ato de improbidade administrativa é imprescindível a demonstração de desonestidade por parte do agente público, como pressuposto subjetivo para a qualificação da conduta

⁹ “Agravos Regimentais em Recurso Especial. Direito Administrativo. Improbidade. Elemento subjetivo não devidamente demonstrado. Inexistência de dolo apto a caracterizar a Improbidade Administrativa. 1. O juízo acerca da ilegalidade do ato tido como ímprobo, sem a devida demonstração do elemento subjetivo dos agentes públicos, não é suficiente para a condenação por improbidade administrativa (precedentes idênticos). 2. “É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade.” (REsp nº 827.445/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Relator p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, in DJe 8/3/2010). 3. “A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos.” (REsp nº 997.564/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, in DJe 25/3/2010). 4. Agravos regimentais providos.” (STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, AgREsp n.º 200801188295, 1ª T., DJ de 21.02.2011).

¹⁰ “Constitucional. Administrativo. Ação Civil Pública. Ato de Improbidade Administrativa que causa lesão ao erário. Ocupação irregular de imóvel funcional. Término de mandato de Deputado Federal. Má-fé não comprovada. 1. Configura ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário, previsto no art. 10, caput, II, da Lei nº 8.429/92, a conduta de permitir que pessoa física se utilize de bens do acervo patrimonial da União sem observar as regras pertinentes à espécie. 2. Para a caracterização do ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário é mister a comprovação do dolo ou da má-fé do réu e da existência de concreto prejuízo ao erário. 3. As provas carreadas aos autos não demonstram que os réus agiram com má-fé, ou seja, com desonestidade, deslealdade e corrupção por negligência, imprudência ou imperícia. 4. Recurso de apelação não provido.” (TRF - 1ª Reg., Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, AP. Cível n.º 2004.34.000483553, 3ª T., DJ de 11.11.2011, p. 892).

¹¹ STJ, Rel. Min. Castro Meira, REsp n.º 1127143, 2ª T., DJ de 3.08.2010.

ímproba¹², pois as sanções elencadas na aludida lei são graves, focadas na coibição dos atos devassos.

Mesmo porque é cedição na doutrina e na jurisprudência dominante que a lei 8.429/92 não visa punir o agente público inábil ou desastrado, mas sim o desonesto.¹³

A experiência tem demonstrado determinado açodamento por parte do Ministério Público, que, no afã de responsabilizar o agente público pela prática de possível ato de improbidade administrativa, deixa de cotejar conduta individualizada dos requeridos, quando se trata de litisconsórcio passivo, para

¹² “Remessa Obrigatória. Ação Civil Pública. Licitação. Convênio. Execução. Demanda ajuizada com base em parecer posteriormente alterado. Falta de prova de dano ao erário. Ausência de comprovação de dolo. Improcedência da Ação. Remessa obrigatória desprovida. 1 - O Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública n.º 0004308-52.2006.4.05.8000, por supostas irregularidades na execução do Convênio n.º 1.394/97. Celebraram a União e o Estado de Alagoas acordo para a implementação de saneamento básico em comunidades carentes locais, a envolver um repasse total de dois milhões e setecentos mil reais. 2 - As acusações ministeriais apoiaram-se no Parecer Técnico n.º 245/2004, da FUNASA - FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE, e buscavam o ressarcimento do suposto dano ao erário, com a devolução de todo o montante, além da aplicação das demais sanções cabíveis na LACP, em seu art. 12. 3 - O Parecer Técnico n.º 245/2004, da FUNASA, que motivou a propositura da ação civil pública de improbidade administrativa e denunciara o descumprimento integral do Convênio n.º 1.394/97, foi posteriormente desqualificado, quase que integralmente, pelo próprio ente público ao emitir o Parecer PGF/PFE/FUNASA/2010/tfa. Este último concluiu que foram executadas 98% (noventa e oito por cento) das obras, sendo que os 2% (dois por cento) faltantes corresponderiam aos 1.056 metros de tubos de PVC, reconhecidos como desnecessários de serem adquiridos pela própria FUNASA. 4 - Em relação ao percentual de 2% (dois por cento), saliente-se que no curso da fase probatória da ACP não foram apresentados pelo MPF quaisquer elementos indicativos de lesão econômica. Ao revés, consta que o Estado de Alagoas teria realizado determinadas obras além do estipulado, às próprias expensas. Na verdade, infere-se do item (e) do retromencionado parecer que sequer é possível à Administração Pública garantir a efetiva existência de prejuízo, porquanto a questão estaria em aberto e deveria ser objeto de uma investigação fático-contábil mais aprofundada, inclusive com apreciação pelo TCE/AL. 5 - No tocante à omissão na apresentação de despacho adjudicatório e homologação da licitação para a execução das obras, é imprescindível a demonstração de dolo, desonestidade por parte do réu, como pressuposto subjetivo para a qualificação de certa conduta como ato de improbidade administrativa. Sem esse requisito, estaríamos diante de mera negligência, imprudência ou imperícia na formalização de determinada etapa do procedimento administrativo licitatório, sem potencial lesivo para a *res publica*. Remessa obrigatória desprovida.

¹³ “Já em relação aos atos que culminaram na condenação dos réus com base no art. 10 da LIA, cuja redação permite tipificar a improbidade administrativa ainda que o agente tenha agido de forma culposa, é necessário frisar que a referida norma não se destina a punir o agente público inábil ou incompetente, mas sim o desonesto. Ademais, nas hipóteses de responsabilidade por imperícia, imprudência ou negligência, o erro culposos deve ser grave, evidente e inescusável. 9. No caso concreto, não parece que os agentes envolvidos detinham consciência de que seus atos eram potencialmente lesivo ao erário público. Eventuais equívocos na escolha do procedimento, por si só, não são suficientes para a caracterização de culpa grave ou erro crasso na condução da coisa pública. A própria procuradora judicial que opinou pela realização de outra modalidade licitatória, ressaltou que, em atenção à discricionariedade da Administração, outra solução poderia ser dada, contanto que certas exigências fossem atendidas, o que, de fato, aconteceu. A conduta ilegal só se torna ímproba se revestida de má-fé do agente público e, no caso dos autos, não se vislumbra tal condição. 10. Ainda que o TCU tenha apontado uma série de pequenas irregularidades no bojo dos procedimentos em espeque, a sujeição dos acusados às sanções administrativas se mostra suficiente para repressão das eventuais condutas inadequadas. 11. Apelações providas para afastar a condenação dos réus pelos atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 10, incisos I, VIII, XI e XII, c/c art. 11, I, da Lei n.º 8.429/92.” (TRF - 5ª Reg., Rel. Des. Fed. Manoel Erhardt, Ap. Cível n.º 512546, 1ª T., DJ de 5.09.2013, p. 125).

implementar acusação com nítido caráter objetivo, sem respeitar o critério de subjetividade e, pior, sem verificar (previamente) se há ou não desonestidade na prática do ato imputado.

II - DANO PRESUMIDO E O TIPO DO ART. 10, DA LEI Nº 8.429/92

O elemento subjetivo do tipo do artigo 10, da Lei nº 8.429/92, exige que haja efetivo prejuízo ao erário.

Sem perda patrimonial, não há subsunção da conduta do agente público no tipo descrito no art. 10 e seus incisos, da Lei nº 8.429/92.

O núcleo do tipo da presente improbidade administrativa é o prejuízo ao erário, gerado pelo agente público ou pelo particular em conluio com o mesmo.

A jurisprudência do STJ sempre caminhou pelo entendimento de ser indispensável a existência da prova de dano ao patrimônio público, inadmitindo o dano presumido ao patrimônio público.

Sem a efetiva lesividade ou desfalque ao erário, não há que se falar em prejuízo ou dano ao Poder Público.

Isso porque, muito embora o legislador tenha estabelecido, no artigo 21, inciso I, da Lei nº 8.426/92, que a aplicação das sanções previstas na lei *sub oculis* independente da efetiva ocorrência de dano ao erário (patrimônio público), os tipos previstos no art. 10 da citada norma impõem o prejuízo ao erário como condição *sine qua non* para a sua tipificação.

Sucedem que alguns julgados do STJ acolheram a tese de que a prova do efetivo prejuízo nas hipóteses em que houve indevido fracionamento do objeto de dispensa de licitação injustificada, seria despicienda, na medida em que se a Administração Pública contrata a melhor proposta, o dano causado seria *in re ipsa*.

Nesse sentido, seguem os seguintes precedentes: REsp nº 817.921/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27.11.2012; REsp nº 1280321/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06.03.2012, *DJ* de 09.03.2012; AgRg no REsp nº 1499706/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 02.02.2017, *DJe* 14.03.2017; REsp nº

1622290/AL; Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06.12.2016, DJ de 19.12.2016.

Todavia, a ocorrência do dano presumido não acarretava necessariamente, o ressarcimento ao erário, sobretudo se não houver a demonstração de efetivo prejuízo, senão vejamos:

a) O REsp nº 817.921/SP, de Relatoria do Ministro Castro Meira, da 2ª T. do STJ, **não analisou a matéria sobre ressarcimento, por não ter sido prequestionado o tema na instância recursal. Ou seja, a matéria sequer foi apreciada pelo STJ, em face da incidência, no caso concreto da Súmula 320/STJ, apesar de reconhecer a existência do dano *in re ipsa*, como se verifica:**

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE. INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO CARACTERIZAÇÃO DE CULPA DA EMPRESA CONTRATADA. PROVA DO PREJUÍZO. DANO *IN RE IPSA*. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INACUMULATIVIDADE DE PENA E IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO QUE FOI RECEBIDO CARENTES DE PREQUESTIONAMENTO. DISCUSSÃO DOS TEMAS NO VOTO VENCIDO. SÚMULA 320/STJ.

(...)

2. Evidenciado no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-processuais descritas pelo Tribunal de origem, a culpa por parte da empresa contratada sem licitação, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei nº 8.429/92 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12, II, do mesmo diploma. Precedentes.

3. A indevida dispensa de licitação, por impedir que a Administração Pública contrate a melhor proposta, causa dano *in re ipsa*, descabendo exigir do autor da ação civil

pública prova a respeito do tema. Precedentes da Segunda Turma.

4. Carecem de prequestionamento dos temas jurídicos relativos às alegações de necessidade de prévio procedimento administrativo, de inacumulatividade de determinadas penas e de impossibilidade de restituição integral de todos os valores recebidos, incidindo no caso, a Súmula 320/STJ.

5. Recurso Especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 817.921/SP, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 27/11/2012, DJe de 06.12.2012)

Note-se que, apesar de reconhecer o dano *in re ipsa*, o citado aresto deixou de se pronunciar sobre a impossibilidade de restituição/ressarcimento, no caso de efetiva prestação de serviço por parte de pessoa jurídica privada contratada, por incidir os efeitos da Súmula 320/STJ. Assim sendo, não foi julgada a possibilidade de restituir-se os valores integralmente pagos naquele julgado.

No mesmo sentido, o REsp 1280321/MG, apesar de reconhecer a desnecessidade de prova do efetivo prejuízo, não se pronunciou sobre o ressarcimento ao erário.

Na verdade, o REsp nº 1280321/MG, tratou apenas do dano *in re ipsa* e nada mais, deixando de debater a situação da forma que seria efetivado o ressarcimento:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. FRACIONAMENTO DE OBJETO PARA PROVOCAR DISPENSA. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ART. 334, INC. I, DO CPC. FATO NOTÓRIO SEGUNDO REGRAS ORDINÁRIAS DE EXPERIÊNCIA. INQUÉRITO CIVIL. VALOR PROBATÓRIO RELATIVO. CARGA PROBATÓRIA DE PROVA DOCUMENTAL. AUTENTICIDADE DOS DOCUMENTOS OBTIDOS NA FASE PRÉ-

JUDICIAL NÃO QUESTIONADA. SUFICIÊNCIA DOS ELEMENTOS PROBANTES.

(...)

5. No mais, é de se assentar que o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é *in re ipsa*, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e consequente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação).

6. Além disto, conforme o art. 334, incs. I e IV, independem de prova os fatos notórios.

7. Ora, evidente que, segundo as regras ordinárias de experiência (ainda mais levando em conta tratar-se, na espécie, de administradores públicos), o direcionamento de licitações, por meio de fracionamento do objeto e dispensa indevida de procedimento de seleção (conforme reconhecido pela origem), levará à contratação de propostas eventualmente superfaturadas (salvo nos casos em que não existem outras partes capazes de oferecerem os mesmos produtos e/ou serviços).

8. Não fosse isto bastante, toda a sistemática legal colocada na Lei n. 8.666/93 e no Decreto-lei n. 2.300/86 baseia-se na presunção de que a obediência aos seus ditames garantirá a escolha da melhor proposta em ambiente de igualdade de condições.

9. Dessa forma, milita em favor da necessidade de procedimento licitatório precedente à contratação a presunção de que, na sua ausência, a proposta contratada não será a economicamente mais viável e menos dispendiosa, daí porque o prejuízo ao erário é

notório. Precedente: REsp 1.190.189/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 10.9.2010.

10. Despicienda, pois, a necessidade de prova do efetivo prejuízo porque, constatado, ainda que por meio de inquérito civil, que houve indevido fracionamento de objeto e dispensa de licitação injustificada (novamente: essas foram as conclusões da origem após análise dos autos), o prejuízo é inerente à conduta. Afinal, não haveria sentido no esforço de provocar o fracionamento para dispensar a licitação se fosse possível, desde sempre, mesmo sem ele, oferecer a melhor proposta, pois o peso da ilicitude da conduta, peso este que deve ser conhecido por quem se pretende administrador, faz concluir que os envolvidos iriam aderir à legalidade se esta fosse viável aos seus propósitos.

(...)

(STJ, Re. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., julgado em 06.03.2012, DJe de 09.03.2012)

Da mesma forma, no AgRg no REsp nº 1499706/RJ, o Min. Gurgel de Faria, 1ª T., DJ de 14.03.2017, afirma que o dano na prestação de licitação é *in re ipsa*, mas não determinou que houvesse o pagamento em duplicidade pela prática do ato ímprobo (ressarcimento).

Pelo contrário, até enalteceu, pelo caso concreto, o fato de não ter havido a condenação em ressarcimento ao erário, incorrendo ofensa aos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, *verbis*:

“(...)

2. Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a primeira Seção, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano *in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta, não

tendo o acórdão de origem se afastado de tal entendimento.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório esbarrando na dicção da Sumula 7 do STJ, salvo quando da leitura do acórdão recorrido, verifica-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas.

4 – Hipótese em que, muito embora o Tribunal de origem tenham excluído as demais sanções impostas no primeiro grau de jurisdição, ficou a multa civil prevista no art. 12, II, da LIA em 5 remunerações mensais atualizadas, louvando-se nas peculiaridades da questão, notadamente no dano presumido causado à administração pública, incorrendo qualquer laivo de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, 5. Agravo Regimental desprovido. (g.n.)

(STJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, AgRg no REsp nº 1499706/SP, 1ª T., DJ de 14.03.2017)

Como visto, o citado aresto teve como lícita a ausência do ressarcimento, mesmo constatando o dano presumido, dada a peculiaridade do caso, onde o ressarcimento de um serviço prestado, já quitado, gera enriquecimento sem causa do poder público.

Esse equilíbrio entre o que se deve ressarcir e o que já foi efetivamente pago é que impede que haja violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista que o legislador não permite o enriquecimento sem causa do poder público, mesmo que ocorra a prática do ato de improbidade.

E não é outra a conclusão do REsp 1.622.290/AL, da Relatoria do Ministro Herman Benjamin.

Isso porque, no que tange ao REsp nº 1.622.290/AL, da relatoria do Ministro Herman Benjamin – 2ª Turma, DJe de 19.12.2016, também se trata da possibilidade de se reconhecer o dano *in re ipsa* na hipótese de fracionamento de

contrato, não fazendo qualquer referência quanto à possibilidade de condenar ao ressarcimento integral com base no dano hipotético. Ao contrário, pois, restabeleceu a sentença de primeiro grau, que havia condenado ao ressarcimento **apenas dois valores que excederam a média do mercado em R\$ 13.213,33**, embora o valor contratado tenha sido R\$ 88.000,00. Vejamos o respectivo voto condutor:

"(...)

Analisando os autos, verifica-se que o valor global da aquisição do veículo e dos equipamentos odontológicos foi de R\$ 88.000,00, montante que ultrapassa a modalidade convite utilizada pela Prefeitura Municipal de São José da Laje/AL." [fls. 4 do voto do Min. Herman Benjamin]

"Impende ressaltar que foi exatamente a ausência da realização da pesquisa de mercado que proporcionou o prejuízo aos cofres públicos, tendo em vista que a auditoria do Ministério da Saúde apontou que o valor de mercado do bem adquirido pela prefeitura de São José da Laje era inferior à quantia efetivamente paga, gerando um prejuízo ao erário, segundo números da Controladoria Geral da União, da ordem de R\$10.068,99 que, após atualização, resulta em R\$13.213,33, conforme o Núcleo Executivo de Cálculos e Perícias da AGU (fls. 219). [fls. 10 do voto do Min. Herman Benjamin]

(...)"

Após a leitura dos v. acórdãos do STJ, **é de se observar que o dano in re ipsa não permite, data venia, que haja o ressarcimento integral do dano, podendo, ao contrário, acarretar liquidação zero.**

O dano presumido não pressupõe, necessariamente, lesão ao erário, uma vez que, se o preço pago pelo serviço contratado foi justo, e o serviço devidamente prestado foi eficaz, não há que se falar em prejuízo ou ressarcimento.

Em abono ao que foi dito, segue o **posicionamento da 2ª Turma do STJ, notadamente no REsp nº 1376524/RJ, de relatoria do eminente Min. Humberto Martins, onde o mesmo cita os REsps 817.921/SP**

e 1.280.321/MG, para justificar que o dano presumido não afasta a conclusão da inexistência do prejuízo:

“(…)

Todavia, deve-se deixar anotado que eventual prestação do serviço pela sociedade empresária contratada irregularmente, conquanto não afaste a conclusão pela existência do prejuízo, deve ser levada em consideração, na fase de liquidação da sentença, sob pena de configurar o enriquecimento ilícito da administração pública.

Nessa parte, tem razão a recorrente quando alega que *também deverá ser retornada ao status quo ante, sob pena de enriquecimento ilícito do município.*

(…)”

(STJ, Rel. Min. Humberto Martins, REsp nº 1.376.524/RJ, 2ª T., julgado em 02.09.2014).

Resta, pois, amplamente demonstrado pela 2ª Turma do STJ que a verificação do dano *in re ipsa* não necessariamente caracteriza dano ao erário, ou ainda, dano passível de ressarcimento, vez que tendo o serviço sido prestado - e não demonstrando que o mesmo estava com valor acima do mercado - não há que se falar em ressarcimento ao erário, em face da ausência, justamente do prejuízo.

Portanto, resta claro que a condenação ao ressarcimento dos valores pagos deve seguir os parâmetros das Leis Federais (arts. 10, 12 e 21, I, da Lei nº 8.429/92 e art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93), bem como o princípio geral do direito, que veda o enriquecimento sem causa da Administração Pública.

III - INEXISTÊNCIA DE PROVA QUE DEMONSTRE QUALQUER LESÃO AO ERÁRIO – IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DE DANO

Compete ao autor da ação **DEMONSTRAR A PRETENSA LESÃO AO ERÁRIO** e não somente limitar-se a questionar a ausência de

processo licitatório e um suposto desvio de finalidade absolutamente genérico e insubsistente, não se desincumbindo, pois, do ônus da prova, que segundo o artigo 373, I, do novo Código de Processo Civil, e do autor da ação.

Ora, sob o pretexto pueril e insubsistente de existência de dano presumido, não há que se confundir com a obrigação de ressarcimento de uma suposta lesão ao erário que, se não restar comprovada, não será devida, por estar absolutamente vedada pela jurisprudência consolidada pelo colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, na esteira dos seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO INDIRETA DE SERVIDOR VINCULADO À CONTRATANTE. ART. 9º, III E § 3º, DA LEI 8665/93. FALTA SUPRIDA ANTES DA FASE DE HABILITAÇÃO. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

(...)

4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; REsp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; REsp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA; DJ 13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006.

5. In casu, a ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo) coadjuvada pela inexistência de dano ao patrimônio público, assentado no voto condutor

do acórdão recorrido, verbis: "consoante se infere da perícia levada a efeito, os serviços contratados foram efetiva e satisfatoriamente prestados, não tendo sido registrado qualquer prejuízo ou perda financeira e/ou contábil causado à Administração e, ao revés, reconhecida pelo Tribunal de Contas do Estado a regularidade da licitação (fls. 857/861). Na verdade, não restou demonstrado no curso do processo a prática de ato ilícito dos réus que constituísse lesão ao erário público e possibilitasse a indenização pelos prejuízos suportados" (fl. 1458), revela error in judicando a análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo.

(...)

11. Deveras, em sede de ação de improbidade administrativa da qual exsurtem severas sanções o dolo não se presume. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1324212/MG, SEGUNDA TURMA, DJe 13/10/2010; e REsp 1140315/SP, SEGUNDA TURMA, DJe 19/08/2010.
12. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, desprovido." (grifamos)

(STJ, REsp 939.118/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 01/03/2011)

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONDUTA DOLOSA. PRETENSÃO RECURSAL QUE ESBARRA NO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, para que seja configurado o ato de improbidade de que trata a Lei 8.429/99, "é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos

artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10" (REsp 1.261.994/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 13/4/12).

(...)

4. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8.429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido" (REsp 939.118/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 1º/3/11).

5. Agravo regimental não provido." (grifamos)

(STJ, AgRg no AREsp 107.758/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 10/12/2012)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRIBUNAL A QUO QUE CONSIGNOU A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. EXEGESE DO ART. 12, III, DA LEI 8.429/92. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS.

(...)

4. A leitura atenta do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92 não deixa pairar qualquer dúvida de que a imposição de ressarcimento em decorrência de ato ímprobo perpetrado

por agente público só é admita na hipótese de ficar efetivamente comprovado o prejuízo patrimonial.

5. Deveras, é ressabido que o dano material reclama a prova efetiva de sua ocorrência, porquanto é defesa condenação para recomposição de dano hipotético ou presumido. Ademais, à mingua de prova respeitante ao prejuízo, o eventual ressarcimento caracteriza locupletamento indevido (Precedentes: EREsp 575551/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJ de 30 de abril de 2009; REsp 737279/PR, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 21 de maio de 2008; e REsp 917.437/MG, Relator Ministro Francisco Falcão, Relator para acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 1 de outubro de 2008). (...).” (grifamos)

(STJ, REsp 1113843/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 16/09/2009)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INADEQUAÇÃO DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LEI 8.429/92). ELEMENTO SUBJETIVO. MODALIDADE CULPOSA. ATIPICIDADE CONFIGURADA. LESÃO AO ERÁRIO (ART. 10 DA LEI 8.429/92). REQUISITO ESSENCIAL PARA A CONFIGURAÇÃO DA CONDOTA. DANO PRESUMIDO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.”

**RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE
CONHECIDOS E, NESSAS PARTES, PROVIDOS.**

(...)

9. O ato de improbidade previsto no art. 10 da LIA exige para a sua configuração, necessariamente, o efetivo prejuízo ao erário, sob pena da não-tipificação do ato impugnado. A Corte a quo afirmou que a incidência de correção monetária não estava prevista no contrato, bem como houve expresse reconhecimento de que os valores cobrados em excesso foram devolvidos na sequência do cumprimento contratual, ainda que na forma de "volume de resíduos recolhidos". Por outro lado, também não pode ser desconsiderado que a irregularidade que originou a ação civil de improbidade administrativa ocorreu no final do ano de 1995 e a referida compensação nos primeiros meses do ano de 1996, ainda no período de implantação do Plano Real, em que índices de correção sofriam notória limitação no tocante a sua periodicidade. Ademais, não houve nenhuma afirmação em relação à efetiva existência de diferenças entre os valores restituídos e realmente devidos após a mencionada compensação, o que somente seria verificado em sede de "liquidação por arbitramento". A lesão ao erário, como requisito elementar do ato de improbidade administrativo previsto no art. 10 da Lei 8.429/92, não pode ser meramente presumida.

10. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessas partes, providos, a fim de julgar improcedentes os pedidos da presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa.” (grifamos)

(STJ, REsp 805.080/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL.

CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. DOLO OU PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO DEMONSTRADOS. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. Para que seja configurado o ato de improbidade de que trata a Lei 8.429/99, "é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10" (REsp 1.261.994/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 13/4/12).

3. "A tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido" (REsp 939.118/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 1º/3/11).

(...)

5. Não havendo demonstração da existência de dolo do ora recorrente na prática dos atos tidos por ilegais ou de que eles tenham causado dano ao erário (de acordo com a sentença, os contratados prestaram os serviços regularmente e receberam a devida remuneração, sem prejuízo para a Administração Pública), não há falar em improbidade administrativa.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido, nos termos da sentença." (grifamos)

(STJ, REsp 1269564/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE DIÁRIAS. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. SANÇÕES. DOSIMETRIA. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE (ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8429/83). VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA.

(...)

4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; REsp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; REsp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA; DJ 13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006; (...).” (grifamos)

(STJ, REsp 980.706/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 23/02/2011)

Portanto, na forma da jurisprudência pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, a tipificação da lesão ou dano ao erário exige a prova inconteste da sua ocorrência, pela absoluta impossibilidade de condenação ao ressarcimento de um prejuízo não demonstrado, sendo inconteste que o

Ministério Público tem o dever de comprovar efetivamente a lesão ao erário (Artigo 373, I, CPC).

Assim, não existindo provas que demonstrem de forma irrefutável qualquer lesão ao erário, não há que se falar em inversão do ônus da prova na Ação de Improbidade.

Ora, a teor do artigo 373, inciso I, do novo Código de Processo Civil (Art. 333, I, do CPC/73), compete ao autor a comprovação de que o contrato administrativo, apesar de celebrado sem o processo licitatório, tenha lesado o patrimônio público, visto que a simples afirmação de desvio da finalidade pública, sem a devida avaliação do valor de mercado do serviço ou do benefício auferido pela Administração, não é suficiente para a declaração da nulidade do referido contrato.

E exatamente nessa direção, a jurisprudência do egrégio **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** é firme no sentido de que compete ao autor da Ação Civil Pública a prova da existência dos atos de improbidade administrativa, conforme se infere dos seguintes precedentes, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO ACERCA DE PONTOS RELEVANTES PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. OCORRÊNCIA.

(...)

4. O acórdão recorrido asseverou que, ao contrário do que foi sustentado pela sentença, a improbidade administrativa era evidente no caso, mas não era possível, à luz do caderno fático-probatório carreado aos autos, determinar o grau de participação de cada apelado na conduta ímproba.

5. Em razão dessa constatação, o Tribunal anulou a sentença e, como consequência, reabriu a instrução probatória, determinando, inclusive, quais provas deveriam ser produzidas e a que fins.

6. Ocorre que a sentença não padecia de nenhum vício formal que ensejasse sua nulidade.

7. Mas, mais do que isso, a origem determinou que fosse reconhecida a inversão do ônus da prova contra os apelados (entre eles o recorrente), mesmo que, aparentemente, tenha havido promoção do recorrido - titular da ação civil de improbidade, a quem incumbe comprovar o alegado na inicial - no sentido de que eram desnecessárias novas provas.

8. Como se sabe, é o autor que deve demonstrar a ocorrência de fatos e, mais do que isso, que tem o dever de delimitar as condutas de cada agente supostamente envolvido com o ato ímprobo.

9. Se o próprio autor da ação civil pública está satisfeito com o conjunto probatório carreado aos autos, mas inexistem provas suficientes para condenar os réus, não é caso de reabrir a instrução processual; ao contrário, é hipótese de julgamento de improcedência.

(...)

12. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à origem para que sejam esclarecidas as questões suscitadas nos embargos de declaração lá opostos.” (grifamos)

(STJ, REsp 765.958/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10.11.2009, DJe 19.11.2009)

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDÍCIOS.

1. A ação de improbidade administrativa exige prova certa, determinada e concreta dos atos ilícitos, para ensejar condenação. Não se contenta com simples indícios, nem com a verdade formal. (...)
(grifamos)

|| (STJ, REsp 976.555/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.04.2008, DJe 05.05.2008). ||

Logo, ressarcimento ao erário não se confunde com o dano presumido, eis que, para que ele seja plenamente demonstrado, faz-se necessária a demonstração inequívoca de lesão ou prejuízo ao erário.

IV - SOMENTE SE ADMITE A CONDENAÇÃO À PENA DE RESSARCIMENTO QUANDO HÁ EFETIVA COMPROVAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO

Por fim, vale destacar que somente se admite a pena de ressarcimento quando efetivamente comprovado o dano ao erário.

E exatamente neste sentido dispõe o inciso I, do Artigo 21, da Lei nº 8.429/92:

|| **“Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:**

I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 15 de dezembro de 2009);”
(grifamos e destacamos)

Em relação ao artigo 21, inciso I, em comento, a Lei nº 12.120/2009 acrescentou ao mesmo a expressão **“salvo à pena de ressarcimento”**, para indicar que os preceitos da Lei de Improbidade não necessitam da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, **exceto quando o tipo for o descrito no artigo 10 (prejuízo ao erário) da citada Lei.**

Isso porque o ressarcimento pressupõe a existência de dano efetivamente demonstrado, através de sólidas provas diretas, porquanto não há como obrigar o agente público ou o terceiro a suportar o ônus de ressarcir algo que não tenha sido objeto de prejuízo ou de desfalque comprovados.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já mitigava a interpretação do artigo 21, inciso I, da Lei em questão, em face da necessidade da ocorrência de

dano efetivo ao erário para se impor ao agente público a sanção de ressarcimento, na esteira do seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. É cediço que "não havendo prova de dano ao erário, afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos)." (REsp nº 880.662/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 01/03/2007, p. 255).

2. Isto porque à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impõe-se a mitigação do preceito que preconiza a prescindibilidade da ocorrência do dano efetivo ao erário para se infligir a sanção de ressarcimento: "a hipótese prevista no inciso I do artigo 21, que dispensa a ocorrência de dano para aplicação das sanções da lei, merece meditação mais cautelosa. Seria inconcebível punir-se uma pessoa se de seu ato não resultasse qualquer tipo de dano. Tem-se que entender que o dispositivo, ao dispensar o 'dano ao patrimônio público' utilizou a expressão patrimônio público em seu sentido restrito de patrimônio econômico. Note-se que a lei de ação popular (Lei nº 4717/65) define patrimônio público como 'os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico' (art. 1º, § 1º), para deixar claro que, por meio dessa ação, é possível proteger o patrimônio público nesse sentido mais amplo. O mesmo ocorre, evidentemente, com a ação de improbidade administrativa, que protege o patrimônio público nesse mesmo sentido amplo. (Maria Sylvia Zanella di Pietro in Direito Administrativo, 13ª Edição, pág. 674, in fine). Precedentes do STJ: REsp 291747/SP,

Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ de 18.03.2002; REsp 213994/MG, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ de 27.09.1999; REsp 261691/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 05.08.2002.

3. In casu, o Tribunal a quo, calcado no conjunto probatório, decidiu que "a servidora foi contratada pelo Município para a prestação de assessoria técnica e administrativa do balcão de empregos da prefeitura local, tendo laborado no período de 01/02/2.000 até 31/12/2.000, não se comprovando qualquer prejuízo ao erário municipal." (fl. 159, grifamos)

4. Conseqüentemente, decidiu com acerto que "uma vez não configurado o enriquecimento ilícito do administrador público e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade dele, incabíveis as punições previstas na Lei nº 8.429/92."

5. Recurso Especial do Ministério Público Estadual desprovido."

(grifamos)

(STJ, REsp 917.437/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 01/10/2008)

Dessa forma, houve verdadeira retificação da citada falha legislativa, tendo em vista que somente será compelido a ressarcir o erário no montante do dano causado o agente público ou o terceiro que tenha, através da prática de ato culposo ou doloso, causado prejuízo ao mesmo.

In casu, ainda que se admita possível o dano presumido pela simples contratação sem o processo licitatório, não se verificando qualquer dano ao erário, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o seu entendimento no sentido de que, em que pese o vício de validade do contrato administrativo, se o serviço foi prestado deve ser pago, sob pena de locupletamento ilícito da Administração, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PAGAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA. VEDAÇÃO DO CONFISCO. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DOS ADMINISTRADOS. PRESUNÇÃO DA LEGITIMIDADE DAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE.

1. Conforme a moldura fática delineada pela corte de origem, não obstante a invalidade do contrato, a recorrida prestou integralmente os serviços contratados (pavimentação de vias e drenagem pluvial em ruas no exercício de 1999), mas o pagamento não foi efetuado nas épocas previstas nos contratos.

2. A ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. O Direito não pode servir de proteção àquele que após empenhar uma despesa, e firmar o contrato de aquisição de serviço, e receber a devida e integral prestação deste, deixa de atestar a correta realização da despesa e proceder à liquidação para finalmente efetuar o pagamento, sobretudo diante da proteção da confiança dos administrados, da presunção da legitimidade das contratações administrativas, do princípio da moralidade, do parágrafo único do artigo 59 da Lei n. 8.666/1993 (segundo o qual a nulidade do contrato administrativo "não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável") e dos artigos 36 a 38 da Lei n. 4.320/1964, que nunca instituíram o enriquecimento indevido.

3. Tal inadimplemento também fere o princípio da vedação do locupletamento ilícito, a proteção à propriedade privada e a vedação ao confisco, uma vez que a Administração, que teve um incremento patrimonial sem justa causa, deixará de pagar ao

contratado pelos serviços regularmente prestados e pela mercadoria devidamente entregue. Precedentes.

4. A nulidade do contrato administrativo, quando sequer se pôs em questão a boa-fé do particular, pode até autorizar a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, mas não permite deixar a descoberto o adimplente quanto às despesas realizadas, com o cancelamento da nota de empenho.

5. Recurso especial não provido.”

(grifamos)

(STJ, REsp 1366694/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 17/04/2013)

V - CONCLUSÃO

Em assim sendo, não restando caracterizado qualquer prejuízo ao erário, não há que se falar em ressarcimento, em prestígio ao princípio de impossibilidade de enriquecimento ilícito da Administração Pública, o que é amplamente vedado.

Dessa forma, não há que, ao seu turno, se confundir dano presumido com obrigação de ressarcimento ao erário, sob pena de locupletamento de Poder Público.

Não é esse o espírito da lei que não visa compelir o agente público ou terceiro ao ressarcimento de valores ao erário quando ausente a perda patrimonial do poder público.

Somente se ressarce ao ente de direito público aquilo que lhe causou efetivo prejuízo e não o que se presume que poderia lhe ter causado..

A figura do ressarcimento é típica e visa recompor aquilo que efetivamente causou prejuízo ao poder público.