



Impossibilidade do prejuízo presumido para caracterização de improbidade

23/09/2024

A superação efetiva e legal da controvérsia jurisprudencial do dano presumido para a caracterização da improbidade administrativa e a necessidade de comprovação da efetiva lesão ao erário [1] ou perda patrimonial.

Moralidade administrativa entendida como direito naturalmente coletivo (direito difuso)

A Constituição, com especial olhar à (1) tutela coletiva dos direitos e na (2) tutela dos direitos coletivos, previu ao longo do seu texto diversos instrumentos que servem a proteção dos direitos da coletividade, chamados direitos de terceira geração.

Os direitos naturalmente coletivos são aqueles *“indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política”* [2]

Tal concepção altera a própria noção de processo, que retira do Poder Judiciário a concepção individualista e põe como protagonista, inclusive, para admitir o controle, pelo Poder Judiciário, de políticas públicas.

Nada obstante, dentro dessa classificação de direitos coletivos, essencialmente aqueles direitos difusos, *“transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”* (artigo 81, I do CDC), a Constituição traçou especial atenção à moralidade administrativa.

A Carta Magna (artigo 37, § 4º) preceitua que os atos de improbidade, desonestidade, no trato da coisa pública importarão (verbo imperativo) em quatro penas: (1) suspensão dos direitos políticos, (2) perda da função pública, (3) indisponibilidade dos bens e (4) ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, tudo sem prejuízo da ação penal cabível.

Neste ponto, a própria tutela coletiva dos direitos é, com certa razoabilidade, próxima a tutela penal, realizada pelo Ministério Público. Diz-se isso pela proximidade das expressões constantes no CPP, ao artigo 257 (ação penal pública) e a Lei nº 7.347/85 (ação civil pública), colocando ambas o Ministério Público como um *“legitimado natural”*, sem desconsiderar a própria inspiração do mandado de segurança, como ensinou Ruy Barbosa e João Mangabeira, na doutrina do Habeas Corpus.

Por esta razão, compreendendo a *“moralidade administrativa”* presente no artigo 37, § 4º da CF e tutelado pela Lei nº 8.429/92, como um direito difuso *“de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”* (artigo 81, I do CDC),

sempre foi compreendida como integrante do microssistema de tutela coletiva, como decide, inclusive aos dias atuais, o Superior Tribunal de Justiça [3].

Aproximação da IA com Direito Administrativo Sancionador

Entretanto, a chamada “Nova Lei de Improbidade Administrativa”, Lei nº 14.230/2021, que reforma a Lei nº 8.429/92 a aproximou, inegavelmente, de um chamado “Direito Administrativo Sancionador”. A própria lei diz isso, no artigo 1º, § 4º da Lei nº 8.429/92 aplicando: “*ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*”.

Além das questões já levantadas na doutrina acerca da aproximação da Lei da Improbidade Administrativa com o próprio Direito Penal, com a clara necessidade de dolo específico (não mais se admitindo dolo eventual ou culpa), há possível inconstitucionalidade da pena de multa civil, proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (artigo 12 da Lei nº 8.429/92), eis que aparentemente contrário à disposição da CF (artigo 37, § 4º) que preceitua que os atos de improbidade no trato da coisa pública importarão (verbo imperativo) a somente quatro penalidade específicas.

Inclusive, ainda que bastante controverso, vozes na doutrina se levantaram para proclamar que o conteúdo reformador da Lei nº 14.230/2021 afastou a improbidade administrativa da tutela coletiva, inclusive pela “nova” natureza sancionatória da lei [4].

Para esta corrente na doutrina, controversa, haveriam duas indisposições da nova lei com o microssistema de tutela coletiva. A primeira, acerca da dificuldade de prever o ganho da coletividade na aplicação das sanções e, em segundo, a incompatibilidade da sistemática do Direito Administrativo Sancionador com o princípio *pro societate*, que tutela o microssistema. Haveria, então, maior proximidade de tal sistema com o sistema acusatório, presente no Processo Penal.

A própria nova lei trouxe, expressamente, a natureza repressiva da lei, destinada a aplicar sanções pessoais e que não poderia, diferente dos demais instrumentos de tutela coletiva, ser utilizada no controle de políticas públicas e proteção do patrimônio público, irrogando tais prerrogativas à Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85):

“Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui



ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985."

Ainda, na análise perfunctória, outros dispositivos expressam a vontade do legislador (formada durante o trâmite do projeto de lei) de retirar a Lei nº 8.429/92 do microssistema coletivo.

O artigo 17 da Lei nº 8.429/92 retira a possibilidade de ajuizamento da ação pela pessoa jurídica interessada [5], retira a proibição da transação, acordo ou conciliação (antigo § 1º) e acrescenta (§ 6º, I), tal qual no Direito Penal (artigo 41 do CPP), da necessidade individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos artigos 9º, 10 e 11 e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada.

Além disso, remete vários dispositivos ao Código de Processo Civil e não mais as normas do microssistema de tutela coletiva (artigo 16, §§ 8º e 9º; artigo 17, *caput*, e § 6º, II, § 6º-A, § 6º-B, § 7º, § 15, § 19, II e artigo 17-C, entre outros).

Da necessidade de prejuízo comprovado para a caracterização da improbidade

Seguindo nesta linha, até a reforma da indigitada lei, havia entendimento formado no STJ acerca da possibilidade de caracterização do dano *in re ipsa* à administração, essencialmente na dispensa indevida de licitação, firmado na impossibilidade de contratação pela administração pública da melhor proposta:

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO IN RE IPSA À ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA.

1. *Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016)*

devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

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 Súmula 7 do STJ, salvo quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas.*
4. *Hipótese em que, muito embora o Tribunal de origem tenha excluído as demais sanções impostas no primeiro grau de jurisdição, fixou 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, inocorrendo qualquer laivo de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 5. Agravo regimental desprovido.” (STJ. AgRg no REsp 1.499.706/SP. 1ª Turma. Rel. min. Gurgel de Faria. Data do julgamento: 2/2/2017).*

Isso porque se entendia, nos termos da decisão, que o prejuízo era compreendido na própria impossibilidade de contratação pela administração da melhor proposta.

Dentro da sistemática dos atos lesivos ao erário (artigo 10 da Lei nº 8.429/92), além da possibilidade, pela antiga redação da lei, da ação culposa ser considerado ato ímprobo, a antiga redação também previa, de maneira genérica, o termo “perda patrimonial”.

Autores previam a possibilidade de atribuição do ato ímprobo pela modalidade culposa pela inspiração no princípio democrático, além de que a improbidade não deveria se ater, somente, no conceito da honestidade, mas também da eficiência (artigo 37 da CF), responsabilidade e justiça, o que caracterizaria a má-gestão como ato de improbidade [6].

Muito embora pudesse ter guarida tal entendimento [7], não caminhou o legislador na nova alteração da lei no sentido que andava anteriormente e, além da alteração do tipo culposos,

exigiu dolo específico para todas as condutas, inclusive do artigo 11, o que não era o entendimento anterior [8].

A redação da nova lei deixa claro:

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva;”

E ainda:

“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 e às condutas previstas no art. 10 desta Lei;”

Inclusive, o STJ, para alinhar ao entendimento da nova lei, começou a exigir, por meio dos seus julgados, o efetivo dano ao erário, inclusive para casos anteriores à reforma da Lei de Improbidade. Como, por exemplo:

“ADMINISTRATIVO. ATO ÍMPROBO. DANO PRESUMIDO. ALTERAÇÃO LEGAL EXPRESSA. NECESSIDADE DE EFETIVO PREJUÍZO. MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. IMPOSSIBILIDADE.

- 1. Em sessão realizada em 22/2/2024, a Primeira Seção, por unanimidade, cancelou o Tema 1.096 do STJ, o qual fora outrora afetado para definir a questão jurídica referente a “definir se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (in re ipsa)”.*
- 2. Após o referido cancelamento, ressurgiu a necessidade desta Primeira Turma enfrentar a seguinte controvérsia jurídica: com a expressa necessidade (tratada nas alterações trazidas pela Lei 14.320/2021) de o prejuízo ser efetivo (não mais admitindo o presumido), como ficam os casos anteriores (à alteração legal), ainda em trâmite, em que a discussão é sobre a possibilidade de condenação por ato ímprobo*

em decorrência da presunção de dano?

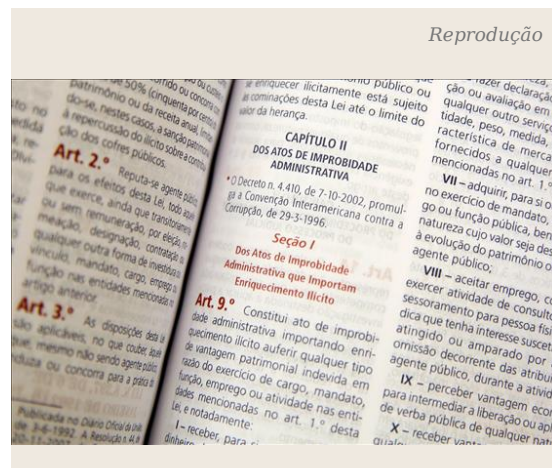
3. Os processos ainda em curso e que apresentem a supracitada controvérsia devem ser solucionados com a posição externada na nova lei, que reclama dano efetivo, pois sem este (o dano efetivo), não há como reconhecer o ato ímprobo.
4. Não se desconhece os limites impostos pelo STF, ao julgar o Tema 1199, a respeito das modificações benéficas trazidas pela Lei 14.320/2021 às ações de improbidade ajuizadas anteriormente, isto é, sabe-se que a orientação do Supremo é de que a extensão daquele tema se reservaria às hipóteses relacionadas à razão determinante do precedente, o qual não abrangeu a discussão ora em exame
5. In casu, não se trata exatamente da discussão sobre a aplicação retroativa de alteração normativa benéfica, já que, anteriormente, não havia norma expressa prevendo a possibilidade do dano presumido, sendo este (o dano presumido) admitido após construção pretoriana, a partir da jurisprudência que se consolidara no STJ até então e que vinha sendo prolongadamente aplicada.
6. Esse entendimento (repita-se, fruto de construção jurisprudencial, e não decorrente de texto legal) não pode continuar balizando as decisões do STJ se o próprio legislador deixou expresso não ser cabível a condenação por ato ímprobo mediante a presunção da ocorrência de um dano, pois cabe ao Judiciário prestar a devida deferência à opção que seguramente foi a escolhida pelo legislador ordinário para dirimir essa questão.

7. Recurso especial desprovido. Embargos de declaração prejudicados

(STJ. REsp nº 1.929.685/TO. 1ª turma. Rel. min. Gurgel de Faria. Data do julgamento: 27/8/2024)

Dentre os motivos, o relator ministro Gurgel de Faria destaca, dentre outros motivos, que: “a orientação até então pacífica no STJ, no sentido de que configurava ato de improbidade administrativa a dispensa indevida da licitação, porquanto, nestes casos, o dano seria presumido” entretanto traz que: “os processos ainda em curso e que apresentem a supracitada controvérsia devem ser solucionados com a posição externada na nova lei, que reclama dano efetivo”.

Deste modo, muito embora a formação dos precedentes do Poder Judiciário, a criação de novas normas — mesmo que bastante debatidas e em sentido contrário dos precedentes, devem ser aplicadas (artigo 6º da Lindb), dada a vontade do legislador, real portador do princípio democrático na constituição das leis, tanto para aplicação da necessidade de dolo específico quanto para a comprovação da efetiva perda patrimonial, na nova égide do artigo 10 da Lei nº 8.429/92, alterada pela Lei nº 14.320/2021.



[1] Compreendendo o erário público como espécie do gênero patrimônio público, nos moldes do art. 1º, § 1º da Lei nº 4.717/65

[2] GRINOVER. Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 200. P. 17

[3] Inclusive, se aplicando o art. 19, § 1º, da Lei n. 4.717/65 – Lei da Ação Popular como prevalecente ao art. 1.015 do CPC, eis que a norma específica inserida no microssistema de tutela coletiva prevalece sobre o rol taxativo previsto no art. 1.015 do CPC (STJ. AgInt no AREsp 2.348.316/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. Sergio Kukina. Data do Julgamento: 08/04/2024). Além disso, o entendimento formado há tempos é que: “por força do princípio da integração, as Leis n. 4.717/65, 7.347/85, 8.078/90 e 8.429/92, dentre outras, compõem um microssistema processual coletivo, com o objetivo de propiciar uma adequada e efetiva tutela dos bens jurídicos por elas protegidos” (STJ. AgInt no REsp 1.521.617/MG. Primeira Turma. Relª. Minª. Regina Helena Costa. Data do Julgamento: 16/05/2017)

[4] NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade Administrativa**: direito material e processual. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 143/154

[5] O que não foi acolhido pelo STF, como se vê no julgamento do STF. Plenário. ADI 7042/DF e ADI 7043/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 31/8/2022 e na Nota Técnica nº 01/2021 do MPF, conjugando que tal artigo deve ser compreendido conforme a CF, restaurando a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva do MP e das Pessoas Jurídicas interessadas para a propositura da Ação pelo Ato de Improbidade Administrativa e para celebrar Acordos de Não Persecução Civil

[6] ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landofo. **Interesses difusos e coletivos**. 10. Ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 852

[7] Inclusive se aventando certa “Inconvencionalidade” de diversos artigos da reforma provocada pela Lei nº 14.230/2021 pela vedação ao retrocesso presente na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida, se compreendermos que (i) a nova lei é mais “branda” com os atos ímprobos, (ii) o direito a moralidade administrativa se trataria de um direito humano e (iii) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto nº 5.687/06 se trataria de um tratado de Direitos Humanos (na linha do item ii), não aprovado na forma do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, alcançando o *status* supralegal e infraconstitucional e (iv) o documento previsto no item “iii” prevê, no art. 65, 2, que: “cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção” não podendo, a *contrario sensu*, adotar medidas “mais brandas”. Inclusive, há entendimento na doutrina que tal documento internacional compõe o sistema de proteção aos direitos humanos ratificado pelo Brasil, como, por exemplo: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20.

[8] STJ. EREsp 654721/MT, 1.ª Seção, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 1.º.09.2010.



Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-set-23/impossibilidade-do-prejuizo-presumido-para-caracterizacao-de-improbidade/>