

APROVADA POR UNANIMIDADE

A ação de ressarcimento e o dano presumido

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Sérgio Rocha de Paula, Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Nedens Ulisses Freire Vieira

1 Fundamentação

Não raro, o administrador comete ilegalidades e, ao ser cobrado, diz que os materiais adquiridos sem licitação incorporaram-se ao patrimônio público, ou que os funcionários que contratou sem concurso trabalharam regularmente, não tendo havido, portanto, nenhum dano ao patrimônio público. Daí a argumentação de que não poderia o ente público locupletar-se ilicitamente com as compras efetivadas ou com os serviços prestados, de maneira que não haveria dano ao erário nem, por conseguinte, o que indenizar.

Embora esse entendimento seja majoritário na jurisprudência, há, no entanto, posicionamento contrário – no sentido de que o ordenamento jurídico admite, em vários casos, a presunção de lesividade ao patrimônio público (art. 4º da Lei n.º 4.717/65 e art. 10 da Lei n.º 8.429/92). Na maioria das vezes, essa lesividade decorre da própria ilegalidade do ato praticado (RE n.º 160.381-SP, 2ª T., STF, v.u., j. 29.03.94, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 12.08.1994, p. 20.052).

O administrador que determinou a prática do ilícito deverá indenizar o erário. O patrimônio enriquecido – o da sociedade, e nunca o da Administração – não o

terá sido com ausência de título jurídico, mas sim em decorrência de uma lesão aos seus valores fundamentais, como o da moralidade administrativa.

Sobre esse tema, Hugo Nigro Mazzilli¹⁵⁴ teceu considerações valiosas:

O dano à moralidade administrativa está sempre presente quando a Administração dispensa indevidamente licitação ou concurso¹⁵⁵: estará contratando pessoal sem a seleção necessária, desconsiderando critérios de probidade e impessoalidade e deixando de selecionar os melhores; estará, em suma, abrindo mão do dever de buscar os melhores preços e a melhor qualidade de materiais ou concorrentes; estará ferindo a moralidade administrativa. Além disso, é extremamente provável que, de acréscimo, ainda haja danos materiais concretos à qualidade da obra ou dos serviços contratados – e esses fatos devem ser investigados. Por fim, é raro terem sido os serviços ou a obra executados de boa-fé, quando contratados ilicitamente sob dispensa de concurso ou licitação quando exigíveis.

Corretamente arrematam Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, cuidando de caso análogo: “A presunção de lesividade desses atos ilegais é fácil de intuir. Se o ordenamento jurídico obriga o procedimento licitatório, para o cumprimento da isonomia e da moralidade da administração, o esquivar-se a esse procedimento constitui inequívoca lesão à coletividade. Será esta ressarcida pela devolução do dispêndio à revelia do procedimento legal. Aquele que praticou os atos terá agido por sua conta, riscos e perigos. Ainda que pronta a obra, entregue o fornecimento ou prestado o serviço, se impassível de convalidação o ato praticado, impõe-se a devolução. Não estaremos diante do chamado enriquecimento sem causa. Isso porque o prestador do serviço, o fornecedor ou executor da obra serão indenizados, na medida em que tiverem agido de boa fé. Entretanto, a autoridade superior que determinou a execução sem as cautelas legais, provada sua culpa (o erro inescusável ou o desconhecimento da lei), deverá, caso se negue a pagar espontaneamente, em ação regressiva indenizar o Erário por sua conduta ilícita. O patrimônio enriquecido, o da comunidade e nunca o da Administração (pois esta é a própria comunidade), não o terá sido com ausência de

¹⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 171.

¹⁵⁵ Nesse sentido, REsp n. 260.821-SP, STJ, m.v., j. 21-05-02, Rel. Min. Eliana Calmon; RE n. 160.381-SP, 2ª T. STF, v.u., j. 29.03.1994, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 12.08.1994, p. 20.052.

título jurídico. Mas sim, em decorrência de uma lesão aos seus valores fundamentais, como o da moralidade administrativa. Compete à parte, e não à Administração, a prova de que o dano, decorrente da presunção de lesividade, é menor do que a reposição integral”¹⁵⁶.

Se é verdade que não pode a administração locupletar-se ilicitamente, ao mesmo tempo não pode realizar despesas não autorizadas pela lei.

Ainda que devam receber pela obra ou serviços os que acaso os tenham realizado de boa-fé, pela sua retribuição, quando devida, deve arcar o administrador ímprobo que contratou indevidamente, e não a coletividade, que não pode ser condenada a custear as contratações ilegais que o administrador faça de seus favorecidos.

Nesse sentido, no julgamento da Apelação Cível n.º 232.142-0/00, 4ª Câm. Cív do TJMG, Rel. Des. Bady Curi, *DJ* 15.10.2002, o ex-Prefeito de Ribeiro Vermelho foi condenado ao ressarcimento de despesas realizadas sem a prévia licitação.

A 1ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação n.º 199.460-7/00, Rel. Des. Garcia Leão, *DJ* 09.02.2001, reformou sentença proferida em ação civil pública de ressarcimento de despesas realizadas sem a prévia licitação. O Juízo *a quo* julgara improcedente o pedido, ao fundamento de falta de demonstração do dano. A Turma Julgadora concluiu pela responsabilidade do ordenador da despesa nos termos seguintes:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO MUNICIPAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRINCÍPIOS.

Os princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal são norteadores da Administração Pública e a observância deles é dever do administrador.

A 5ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n.º 215.433-4/00, Rel. Des. Aluizio Quintão, j. 20.06.2002, também com o argumento de que a conduta do administrador afrontou os princípios da Administração Pública, condenou ex-Prefeito Municipal a restituir importância relativa às despesas efetivadas sem licitação.

¹⁵⁶ FERRAZ, Sérgio e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. p. 107-108.

No mesmo sentido: Apelação Cível n.º 157.822-8, 3ª Câm. Cív., Rel. Des. Isalino Lisbôa, j. 28.09.2000.

No julgamento da Apelação Cível n.º 201.987-5/00, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Isalino Lisbôa, j. 22.11.2001, também foi acolhida a alegação de lesão presumida ao patrimônio público na hipótese de realização de contrato de concessão de serviço público sem a prévia licitação. Disse o Relator:

[...] a Lei 4.717/65 (Ação Popular) considera nulo (art. 4º, III, “a”) o contrato de concessão de serviço público, quando celebrado sem prévia concorrência pública, caso em que a lesão ao patrimônio público é presumida, ‘...visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito’ (Hely Lopes Meirelles, na obra Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, ‘Habeas Data’, 15ª edição, Malheiros Editores, pág. 89). (grifos do autor)

A 6ª Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada, no julgamento da Apelação n.º 336.238-3, Rel.ª Juíza Beatriz Pinheiro Caires, j. 18.10.2001, não discrepou desse posicionamento, conforme se vê do seguinte destaque da ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIRECIONAMENTO CONTRA PREFEITO, VICE-PREFEITO E VEREADORES – DESPESAS REALIZADAS SEM PRÉVIO EMPENHO OU SEM LICITAÇÃO OU SEM COMPROVANTES DE VIAGENS – REMUNERAÇÃO, A MAIOR, DE AGENTES POLÍTICOS [...]

Quem ordenar despesa pública sem a observância do prévio procedimento licitatório, quando este for exigível, poderá ser responsabilizado civil, penal e administrativamente, sem prejuízo da multa pecuniária a que se referem os artigos 71, inciso VIII, da Constituição Federal, e 76, inciso XIII, da Carta Estadual (Súmula n.º 89 do Tribunal de Contas).

Analisando hipóteses de contratação sem a realização de concurso público, os Tribunais de Justiça do Paraná e de São Paulo manifestaram entendimento idêntico a respeito da matéria. Senão, vejamos:

Ação Civil Pública – Ato de improbidade administrativa – Contratação de servidor sem prestação de concurso público [...] – Contratação nula – Violação do art. 37, *caput*, e inc. II, da CF – Punição da autoridade responsável – Art. 37, § 2º, da CF – Presunção de lesividade do ato ilegal – Necessidade de

ressarcimento dos danos decorrentes do pagamento das verbas salariais – Lei n. 8.429/92, inc. III – Improvimento do apelo do réu – Provimento da apelação do autor.

[...]

2. A contratação de servidor pelo Município, sem concurso público, viola do art. 37, *caput*, e inc. II, da Lei Fundamental, implicando a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei, conforme estabelece o seu § 2º.

3. Embora se admita que este servidor, quando de boa-fé, deva receber pelos serviços realizados, cabe ao administrador que o contratou ilegalmente arcar com os custos que a Fazenda teve com essa contratação, sendo certo “que as sanções previstas na Lei 8.429/92 independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público”, conforme lição de HUGO NIGRO MAZILLI. Livrar o administrador público de tal responsabilidade, sob o pretexto de que o empregado, em contraprestação, prestou serviços, “será construir um estranho indene de impunidade em favor do agente político que praticou ato manifestamente contra a lei – nexo causal das obrigações a da relação de trabalho nascida do ato ilegal – criando-se inusitada convalidação dos efeitos do ato nulo. Será estimular o ímprobo a agir porque, a final, aquela contraprestação o resguardará contra ação de responsabilidade civil”, consoante advertência do ilustre Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, do colendo STJ, lembrada por MAXZILLI [*in* “A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo”, Saraiva, 7ª ed., p. 156]. (TJPA – Apelação Cível n. 94.007-2, 6ª Câm. Cível, Rel. Des. Leonardo Lustosa, DJ 05.03.2001)

Ação Civil Pública – Improbidade Administrativa – Município de Palestina – Admissão ilegal de servidor – Ação ajuizada em face do Prefeito Municipal e da servidora admitida [...] – Violação dos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade – Ação procedente – Admissibilidade condenação ao ressarcimento, pois a lesividade decorre da própria admissão ilegal. (TJSP – Apelação Cível n.º 082.871.5/2, 8ª Câm. Dir. Púb., Rel. Des. Antônio Villen, DJ 07.10.1999)

2 Conclusão

O ordenamento jurídico admite, em vários casos, a presunção de lesividade ao patrimônio público (art. 4º da Lei n.º 4.717/65 e art. 10 da Lei n.º 8.429/92), a qual decorre da própria ilegalidade do ato praticado.

O administrador que determinou a prática do ilícito nessas hipóteses deverá indenizar o erário.