

APROVADA POR UNANIMIDADE

O dano decorrente da perda de chance na improbidade administrativa

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Antônio Sérgio Rocha de Paula, 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: Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes

1 Fundamentação

Um dos questionamentos frequentes, nas ações de improbidade, diz respeito à caracterização do dano indenizável.

Cabe à parte autora demonstrar a ocorrência do dano e estabelecer parâmetros para que a sentença garanta a reparação integral. O objetivo destas linhas é demonstrar que há dano indenizável nos casos de contratação de serviços sem prévia licitação. Se não por outro motivo, por ocorrência da chamada “perda de uma chance”.

A Constituição da República de 1998 repudia a contratação de serviços sem prévia licitação, e entre os princípios norteadores da administração elenca a legalidade e a moralidade (art. 37), determinando a obrigatoriedade da realização do processo de licitação para a contratação de produtos e serviços.

Da lei de licitações extrai-se que o servidor da entidade contratante não poderá participar da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a ele necessários (Lei n.º 8.666/93, art. 9º).

A violação do mandamento constitucional encontra-se sancionada pela lei de improbidade, que tipifica o ato administrativo violador dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade e o sanciona com a obrigação de ressarcimento integral do dano – se houver –, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

O dano causado pela fraude ao procedimento licitatório pode ser enquadrado entre aqueles que a jurisprudência identifica como a “perda de uma chance”. Há prejuízo para a administração, que perde a oportunidade de receber ofertas melhores, tanto em relação a preço quanto à qualidade, como também há prejuízo aos administrados, que têm direito, em igualdade de condições, de fornecer produtos e serviços ao Município.

O instituto tem origem francesa e foi inicialmente aplicado no direito privado. Hoje, porém, confirme assinalou o Ministro Mauro Campbell, tornou-se “plenamente aplicável ao campo público” (REsp 1243022 / RS, j. 02.06.2011):

A doutrina francesa, aplicada com frequência pelos Tribunais, fala na perda de uma chance (perde dune chance), nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, [...] É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. [...] deve o juiz se valer de um juízo de razoabilidade, de um juízo formal hipotético que, segundo Larenz, seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito gerador da responsabilidade civil. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 94/96)

Paulatinamente, com a evolução do conceito de dano, a obrigação de ressarcir decorrente da perda de chance tem aplicação cada vez mais ampla:

A responsabilidade civil por perda de chance reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. Isto ocorre, pois nos dias de hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva influenciam

decisivamente toda a sistemática do dever de ressarcir. (ANDREASSA JR., Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. In: NERY JR. Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (org.) *Responsabilidade civil*, v. 2 – Direito das obrigações e direito negocial. São Paulo: RT, 2010, p. 544)

Em decisões recentes, o STJ tem fixado com maior precisão a aplicação da responsabilidade por perda de uma chance, deixando claro que não se trata de danos emergentes nem de lucros cessantes. Trata-se, isso sim, de uma figura intermediária, conforme bem definiu o Ministro Luís Felipe Salomão:

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. REsp 1190180 / RS RECURSO ESPECIAL 2010/0068537-8 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 16.11.2010 Data da Publicação/Fonte DJe 22.11.2010 RDDP vol. 95 p. 125

A Ministra Nancy Andrighi anotou a importância de se estabelecer a diferença entre o “improvável” e o “quase certo”, bem como entre a “probabilidade de perda” e a “chance de lucro”, de modo a caracterizar-se adequadamente a perda de uma chance. Seu voto diz, textuamente, o seguinte:

É preciso ressaltar que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dado, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o “improvável” do “quase certo”, a “probabilidade de perda” da “chance de lucro”, para atribuir a tais fatos as conseqüências adequadas (REsp 965.758/RS, 3a Turma, minha relatoria, DJe 03/09/2008). Calcada na verificação rigorosa de seus requisitos, lembro que a Quarta Turma já chegou

a admitir a aplicação da aludida teoria em hipótese em que o autor teve frustrada sua chance de ganhar prêmio milionário em programa televisivo de entretenimento (REsp 788.459/BA, Min. Fernando Gonçalves, DJ 13.03.2006). REsp 1079185 / MG RECURSO ESPECIAL 2008/0168439-5 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 11.11.2008 - Data da Publicação/Fonte DJe 04.08.2009)

No caso da fraude em licitação, mormente quando repetida, é praticamente certo que a administração perdeu a oportunidade de contratar em condições mais vantajosas e, por outro lado, os administrados perderam, com certeza, a oportunidade de contratar ou disputar a possibilidade de fornecer produtos e serviços ao Município.

De igual modo, a elaboração de edital direcionado, com a inclusão de cláusula restritiva à competitividade, caracteriza ato de improbidade administrativa, tipificado nos arts. 10, VIII, e 11, caput e inciso I, da Lei n.º 8.429/92.

Nesse sentido, decidiu o TJMG quando do julgamento da Apelação Cível n.º 1.0625.09.08850-5/001, da Comarca de São João del-Rei:

[...] Evidencia improbidade administrativa, por contrariar os princípios da legalidade, moralidade, honestidade, impessoalidade e lealdade, o direcionamento de licitação em favor de empresa determinada. [...] (Des. Almeida Melo, DJ. 07.03.2012)

2 Conclusão

Conclui-se, portanto, que constitui dano indenizável, também na improbidade administrativa, a situação caracterizada como “perda de uma chance”.