

RELEITURA DO CONCEITO DE DANO EFETIVO NOS TERMOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (REFORMADA PELA LEI N.º 14.230/21) E DA CONVENÇÃO DE MÉRIDA

DANIEL DE SÁ RODRIGUES¹

PROMOTOR DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

THIAGO AUGUSTO VALE LAURIA²

PROMOTOR DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

LEANDRO MATEUS DE BESSAS SANTOS³

ASSESSOR JURÍDICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

1. INTRODUÇÃO

Imediatamente após a entrada em vigor da Lei n.º 14.230/2021, substancial parcela da doutrina passou a defender a insubsistência da figura do dano *in re ipsa* nas ações de improbidade administrativa, fundamentando-se numa mera (e suposta) interpretação literal da nova redação do *caput* do artigo 10 da Lei n.º 8.429/92, que teria passado a prever, como pressuposto para a adequação típica de quaisquer condutas, a ocorrência de “perda patrimonial efetiva”.

Referida interpretação restringe o conceito de “dano efetivo” a um prejuízo de natureza econômico-mercadológica, pois somente a demonstração da prática de sobrepreço, de superfaturamento ou da quebra do caráter sinalagmático do contrato se amoldariam à figura típica introduzida pelo legislador reformista. Tratar-se ia de uma contraposição deliberada à figura do dano *in re ipsa*, até então aceita pela jurisprudência.

Tal posicionamento ganhou rápida e ampla aceitação doutrinária à míngua do devido escrutínio, o que reforça a necessidade de um enfrentamento argumentativo mais aprofundado.

Diante disso, o presente estudo busca contribuir para o debate da matéria, ao propor uma interpretação mais abrangente do conceito de “dano efetivo” ao erário, de forma alinhada à Convenção de Mérida, positivada no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 5.687/2006.

2. DO CONCEITO DE DANO EFETIVO AO ERÁRIO SEGUNDO A DOUTRINA PREVALENTE

A Lei n.º 14.230/2021 promoveu profundas alterações na Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), dentre as quais se destacam aquelas promovidas em matéria de atos ímprobos causadores de dano ao erário. Diante disso, parcela da doutrina,

1 Pós-graduado em Direito Público pelo CAD-Centro de Atualização em Direito/UGF - Universidade Gama Filho-RJ; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; Integrante do Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público - GEPP no período de 2007 a 2012; Coordenador do CAOPP - Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público do MPMG, de 2020 a 2024; Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça de 2012 a 2014, 2016 e desde dezembro de 2024.

2 Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Ex-professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Coordenador da Bacia do Rio das Velhas e Paraopeba. Ex-integrante do Grupo Especial de Promotores de Justiça de Defesa da Probidade Administrativa e do Patrimônio Público. Ex-integrante do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado.

3 Pós-graduado em Direito Público pela Universidade FUMEC em parceria com a FESMPMG; MBA Executivo em Gestão Pública pela Universidade Cândido Mendes e Instituto Prominas; Bacharel em Direito pela PUC Minas; Assessor Jurídico do MPMG, lotado Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público.

com fundamento na nova redação do *caput* do art. 10 da LIA, passou a sustentar o afastamento da figura do dano presumido (*in re ipsa*) nas ações de improbidade administrativa, sob o argumento da exigência de “perda patrimonial efetiva”.

De acordo com o referido dispositivo legal:

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 (...).

Em síntese, a tese de impossibilidade de reconhecimento do dano presumido na seara da improbidade administrativa, e que implica superação de entendimento contrário há anos sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça⁴, baseia-se em uma “simples interpretação literal” do dispositivo alterado, sustentando a necessidade de demonstração de efetiva perda patrimonial para o perfazimento do ato ímprobo. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2022, p.28):

A segunda inovação no *caput* do art. 10 da LIA relaciona-se com a inserção da exigência de efetiva e comprovada perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da citada legislação. De fato, na redação originária do art. 10 da LIA, não constava a exigência de efetiva e comprovada lesão ao erário, o que gerava o debate sobre a possibilidade de aplicação das sanções de improbidade por dano presumido ao erário (*in re ipsa*). Mencione-se, por exemplo, que, no tema repetitivo 1.096, pendente de julgamento, o STJ definirá “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*)”, com fundamento no art. 10, VIII, da LIA. A partir da nova redação do art. 10 da LIA, a configuração da improbidade por lesão ao erário, ao menos nos termos literais do dispositivo, exigirá a efetiva e comprovada lesão ao erário, o que afastaria a improbidade por dano presumido. Aliás, quanto ao inciso VIII do art. 10 da LIA, a Lei 14.230/2021 inseriu a exigência de “perda patrimonial efetiva” para configuração da lesão ao erário, o que deve

influenciar no julgamento do tema repetitivo 1.096 pelo STJ. A partir da literalidade da nova redação do *caput* e do inciso VIII do art. 10 da LIA, seria vedada a presunção de dano ao erário para tipificação da improbidade.

O pensamento reproduzido alhures restou agasalhado por parcela significativa da jurisprudência, a qual, inclusive, vem propondo uma definição do que seria a “perda patrimonial efetiva” referenciada pela novel legislação, conforme se depreende de decisão exarada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ex-Prefeito do Município de Mirante do Paranapanema. Aquisição direta de peças e serviços de manutenção de veículos da frota municipal, sem a realização de processo licitatório. Índícios de irregularidade nas dispensas de licitação, em razão do indevido fracionamento dos contratos. Contratações similares, de caráter corriqueiro e previsível, que se repetiram ao longo de todo o ano de 2012. Imputação da prática do ato ímprobo lesivo ao erário previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92. Irretroatividade e aplicabilidade imediata das alterações de natureza processual trazidas pela Lei nº 14.230/2021 à LIA. Tema 1.199 do STF. Artigo 14 do CPC/2015. Configuração do ato de improbidade que pressupõe a existência de dolo específico. Elemento subjetivo não demonstrado. Illegalidade que não implica reconhecer a atuação desonesta e a má-fé do agente público, com o intuito de obter vantagem indevida ou de favorecer terceiro. Ausência de indícios de superfaturamento. Peças e serviços efetivamente fornecidos ao Município. Inexistência de comprovação de efetivo dano ao patrimônio público, que, na atual redação do artigo 10, não pode ser presumido. Manutenção da sentença de improcedência. Recurso não provido. (TJSP. Apelação cível n. 1000566-69.2016.8.26.0357 Rel. Des. Eduardo Prata Vieira. Julgamento em 13/12/2023) (destaque nosso).

Atente-se para o trecho do acórdão supracitado que estabelece, como elementar para a conformação do atual conceito de prejuízo efetivo ao erário, a demonstração de indícios de superfaturamento ou da inexistência da entrega do objeto contratado ao ente público contratante, mesmo em face de indicativos de fraude no processo de contratação.

⁴ Vide, a título exemplificativo, o seguinte acórdão: STJ, AgInt no AREsp 1745179 / PE, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 27/09/2021.

Neste diapasão, a “perda patrimonial efetiva”, elementar do tipo de improbidade positivado no art. 10 da Lei n. 8.429/92, teria uma conotação econômica e mercadológica, pois, repita-se, somente a demonstração da prática de sobrepreço, de superfaturamento ou da quebra do caráter sinalagmático do contrato se amoldariam à figura típica introduzida pelo legislador reformista.

Em suma, percebe-se que os primeiros escritos doutrinários e a mais incipiente jurisprudência acerca da “Nova Lei de Improbidade Administrativa” vêm se calcando, no que tange à tipicidade do ato de improbidade causador de dano ao erário, no seguinte raciocínio: a) o legislador reformista buscou afastar a figura do dano presumido da temática da improbidade administrativa; b) para tanto, passou a prever, no corpo do art. 10, *caput*, da LIA, a comprovação de “perda patrimonial efetiva”; c) a expressão “dano efetivo” sempre exprime um prejuízo de natureza econômico-mercadológica que deverá ser imposto e suportado pelo ente público lesado como condição para a configuração dos atos típicos previstos no art. 10 da Lei n.º 8.429/92; d) contratações administrativas fraudadas não configurarão ato de improbidade se o objeto for entregue e não se demonstrar a ocorrência de superfaturamento ou sobrepreço.

Assim, é necessário perquirir se o entendimento supracitado, ainda que, aparentemente, majoritário, reflete, de fato, a melhor interpretação para a norma consagrada pelo novo art. 10 da LIA, ou se seriam cabíveis, quicá recomendáveis, outras exegeses.

3. DA (RE)DEFINIÇÃO DE DANO AO ERÁRIO E SUA RELAÇÃO COM O CONCEITO DE PERDA PATRIMONIAL EFETIVA

Foi necessário um período de maturação para que os problemas decorrentes da interpretação proposta pela corrente doutrinária acima citada emergissem. Inicialmente, a literalidade da lei parecia dispensar maiores reflexões hermenêuticas. No entanto, as falhas

do raciocínio jurídico contestado surgiram quando a aplicação prática dessa pseudointerpretação gramatical evidenciou contradições com outros dispositivos incorporados pela Lei n.º 14.230/2021 à Lei n.º 8.429/92, que expressavam sentido diverso.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive, abordou essa questão, ainda que em caráter *obiter dictum*, ao reconhecer a controvérsia interpretativa, justificando, assim, a negativa de provimento a uma ação rescisória. Veja-se:

AÇÃO RESCISÓRIA Ação civil pública. Improbidade administrativa. Pedido improcedente reformado em grau recursal. Acórdão rescindendo que condenou o autor nos termos do artigo 10, VIII, da Lei n.º 8.429/92. Adoção do entendimento de que o dano ao erário é presumido. Violação manifesta da norma jurídica. Art. 966, V, do CPC. *Inocorrência. Interpretação da legislação promovida pelos julgadores que não se presta a dar fundamento à desconstituição do julgado. Texto legal de aplicação controvertida.* Ação rescisória que não pode ser manejada para se obter juízo de retratação. Aplicação da Súmula 343 do STF – Precedentes. Impossibilidade de indeferimento da inicial diante da necessidade de ingresso no mérito do pedido. Improcedência da ação, rejeitada a matéria preliminar. (TJSP. Ação Rescisória n.º 2108661-39.2023.8.26.0000. Rel. Des. Maria Olivia Alves. Julgamento em 09/02/2024) (destaque nosso).

Irreparável o alerta acima destacado. Ao aprofundar a análise do art. 10, *caput*, da LIA, percebe-se que sua interpretação literal diverge daquela sustentada pela doutrina dominante, invalidando os fundamentos dessa corrente teórica. Em suma, como bem destacado pelo TJSP, a lei não é tão literal quanto se quer fazer crer.

Partindo do primeiro pilar da tese em discussão, reconhece-se que o legislador reformista pretendia eliminar a presunção de dano na improbidade administrativa, conclusão essa extraída do contexto da votação da Lei n.º 14.230/21 no Congresso Nacional. Além disso, é indiscutível que a LIA emprega os termos “perda patrimonial” e “efetiva” em seu art. 10, conforme se verifica na leitura do dispositivo.

Contudo, a confusão central da doutrina prevalente reside na interpretação equivocada da expressão “perda patrimonial efetiva”, que não se confunde com o conceito amplo de dano ao erário, mas representa apenas uma de suas modalidades. Ademais, inexistente fundamento legal que sustente uma abordagem econômico-mercadológica desse conceito. Pelo contrário, os artigos 10, §1º, 12 e 21 da LIA sugerem que a “perda patrimonial efetiva” deve ser compreendida sob a ótica contábil.

Para fins da releitura proposta, primeiramente, é importante atentar-se para a dicção do art. 10, *caput*, da LIA, que prevê como ato de improbidade que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial (1), desvio (2), apropriação (3), malbaratamento (4) ou dilapidação (5) de bens ou haveres de entes públicos. Como se afere facilmente pela enumeração promovida, a “perda patrimonial efetiva” espelha apenas uma das cinco modalidades diferentes de situações que podem “causar dano ao erário” apto a configurar ato de improbidade administrativa.

Por certo, a exigência de uma efetiva demonstração da ocorrência de qualquer desses cinco cenários revela o desejo do legislador de afastar a figura do dano presumido. Todavia, o conteúdo semântico expresso pelos termos que denotam cada uma das modalidades típicas indica que o legislador reformista manteve a conformação do ato de improbidade em cenários nos quais a “efetividade” não pressupõe eventual “redução patrimonial”, uma vez que a natureza da situação tipificada não demanda a ocorrência de um resultado naturalístico deste jaez.

Em outras palavras, tem-se que o art. 10, *caput*, da LIA, prevê cinco cenários capazes de, em tese, perfazer um ato de improbidade causador de dano ao erário. Essas cinco possibilidades fáticas, a depender do sentido expresso por seus próprios e literais termos, podem exigir, ou não, para a sua configura-

ção, eventual diminuição no patrimônio do ente público lesado. Perda (déficit), apropriação (assenhoramento) e dilapidação (desperdício) exprimem a ideia de decréscimo patrimonial, de modo que o perfazimento dessas modalidades depende da prova da ocorrência desse resultado. Por outro lado, desvio (desencaminhamento) e malbaratamento (mal uso, uso incorreto) não denotam necessariamente esse mesmo sentido.

Significa que a configuração da conduta improba nessas modalidades poderia se dar por meio de comportamentos que não produzem a diminuição patrimonial como resultado, a exemplo do emprego irregular de verbas públicas, na hipótese de desvio, ou de desrespeito às normas orçamentárias relativas aos gastos públicos, no caso do malbaratamento⁵. Fato é que o ato de improbidade causador de “dano efetivo” ao erário não se resume à categoria da perda patrimonial, podendo ocorrer por outras quatro modalidades.

A título de exemplo, a utilização de verbas do FUNDEB para reformar uma praça, deixando alunos sem monitoria escolar por falta de contratação de profissionais, configuraria desvio efetivo de verbas públicas (desvio de finalidade) nos termos do art. 10 da LIA. Nesse caso, o dano ao erário ocorreria na modalidade de desvio, exigindo novos aportes financeiros para suprir a política pública prejudicada, sem que fosse possível se falar em “perda patrimonial” sob o aspecto econômico-mercadológico, como se pretende ter por necessário.

Outro aspecto da análise ora proposta reside na correta compreensão do termo “perda patrimonial efetiva”. Não há qualquer razão semântica ou técnica para se presumir que esse conceito envolveria parâmetros econômico-mercadológicos, como a comprovação de preços abusivos ou inexecução contratual. Por isso, deve-se buscar exegese diversa, especialmente uma que envolva conceitos de contabilidade pública – o ramo do conhecimento dentro do qual se navega.

⁵ Resta evidente aqui a opção político-legislativa de se criar figuras de dano ao erário “por equiparação”, o que não se confunde com “dano presumido” ou dano *in re ipsa*.

No contexto da contabilidade pública, uma “perda patrimonial efetiva” ocorre sempre que há redução no valor de um ativo ou aumento do passivo sem um benefício correspondente. Esse fenômeno pode decorrer de pagamentos indevidos, desvios de recursos, má gestão ou outras práticas ilícitas que impactem negativamente o patrimônio público. Neste cenário, sempre que, em virtude de uma ação ou omissão dolosa, o poder público vier a efetuar um pagamento ao particular oriundo de uma contratação ilícita na origem, estar-se-á diante de uma “redução injustificada nos recursos públicos” e, portanto, de uma “perda patrimonial efetiva”, a qual estampa ato de improbidade administrativa causador de dano ao erário.

Os artigos 10, §1º, 12 e 21 da LIA reforçam essa tese, ao preverem a possibilidade de aplicação de sanções mesmo sem a imposição de ressarcimento, evidenciando que a “perda patrimonial efetiva” de cunho econômico-mercadológico não é um requisito absoluto para a caracterização da improbidade administrativa. *In verbis*:

Art. 10 (...)

§ 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei.

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...)

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; (...)

Como se observa, coexistem outros dispositivos tão literais quanto o art. 10, que, além de não dialogarem entre si, ainda estabelecem, de modo expresse, a possibilidade de

imposição de sanções não-penais (administrativas) na hipótese do cometimento de um ato de improbidade que não implicar “perda patrimonial efetiva”. Isso confirma a tese de que a “perda patrimonial efetiva” representa, tão somente, uma das modalidades de ato de improbidade causador de dano ao erário.

Além disso, tendo por base critérios de contabilidade pública, é possível afirmar que a elementar “perda patrimonial efetiva” estará preenchida sempre que houver uma redução injustificada no volume de recursos públicos, fenômeno esse que ocorrerá, por exemplo, em todas as hipóteses de contratações fraudulentas, ainda que qualificadas por um dispêndio financeiro compatível com práticas de mercado, independente de eventual sobrepreço ou superfaturamento.

Conclui-se, assim, que a expressão perda patrimonial, enquanto espécie de ato ímprobo que causa dano ao erário, deve ser lida como uma modificação no acervo patrimonial pertencente ao ente público, assim entendido como seu conjunto de bens, verbas e haveres. Regularmente constatada essa modificação do patrimônio do ente público, caracterizada pelo dispêndio de recursos financeiros em decorrência de contrato ilícito em sua origem, ainda que tenha ocorrido uma contrapartida em favor da Administração Pública, estará caracterizado o ato ímprobo, bem como a obrigação de ressarcir o erário, restringindo-se a discussão, apenas, ao *quantum* desse ressarcimento e às sanções aplicáveis.

4. A CONVENÇÃO DE MÉRIDA E A OPOSIÇÃO AO DANO COM ELEMENTAR DE TIPOS DEFINIDORES DE CONDUTAS CORRUPTAS (ÍMPROBAS)

A Convenção de Mérida, promulgada pelo Decreto n.º 5.687 de 2006, mencionada expressamente pelo legislador reformista no bojo da Lei n.º 14.230/21, consiste em um tratado internacional em matéria de combate à corrupção em todas as esferas do Direito.

Apesar de sua ampla aplicabilidade, a análise do documento revela uma distinção clara

entre ilícitos cíveis e penais⁶. Essa diferenciação aparece desde o preâmbulo, que separa expressamente os procedimentos de responsabilização nas esferas cível e penal, até o artigo 43, que estabelece padrões próprios de cooperação internacional para crimes e infrações civis ou administrativas. Dessa forma, é evidente que a Convenção de Mérida não se restringe à esfera criminal, abrangendo o combate à corrupção de forma mais ampla.

Para reforçar essa constatação, é preciso recordar que o tratado utiliza expressões variadas conforme o fenômeno jurídico abordado. Em diversos trechos, o documento emprega o termo genérico “*offenses*” (infrações), enquanto, ao tratar especificamente de crimes, utiliza “*criminal offenses*” (infrações penais). Comparando-se a redação original dos artigos 13, 15, 16, 17, 18, 23, 25, 26, 27, 28 e 29, nota-se a clara separação entre os ilícitos de maneira geral daquelas infrações de cunho puramente criminal⁷.

Contudo, o legislador brasileiro, ao promulgar os termos da Convenção de Mérida e introduzir a norma no ordenamento jurídico pátrio, com o devido respeito, não distinguiu adequadamente esses termos, empregando o vocábulo “delito” para ambas as situações. Dessa maneira, o Decreto n.º 5.687/2006 diverge da versão original da Convenção de Mérida, ao traduzir “*offense*” (infração) como “delito”, uma confusão terminológica que deve ser afastada pelo intérprete, para garantir a harmonia do sistema jurídico, impondo sua análise à luz da versão em inglês do documento.

Esse erro técnico gerou impactos práticos na interpretação da norma, criando a falsa impressão de que a Convenção visaria exclusivamente à repressão criminal. No entanto, como exposto, o tratado versa sobre a corrupção e a improbidade administrativa nas mais variadas esferas de responsabilidade⁸.

Dessa forma, é necessário diferenciar os momentos em que a Convenção aborda a corrupção de forma ampla daqueles em que trata especificamente de seus aspectos criminais. Essa distinção permite definir o tratamento mínimo que deve ser adotado pelos países signatários na tipificação dos atos de corrupção.

O presente estudo concentra-se nos artigos 3º e 65 da Convenção, que estabelecem diretrizes gerais para o tratamento jurídico da corrupção. O artigo 3º, em sua versão original em inglês, determina que, salvo disposição em contrário pela própria Convenção, não será necessário que as infrações – genericamente consideradas – nela enunciadas produzam dano ou prejuízo patrimonial ao Estado.

Note-se que, de acordo com o pacto internacional firmado pelo Brasil, em tradução direta, as infrações penais, cíveis e administrativas que corresponderem a comportamentos tidos como corruptos não deverão demandar, como pressuposto para o seu perfazimento, resultado naturalístico, qual seja o dano ou prejuízo patrimonial ao Estado. Em outras palavras, a Convenção estabelece que os países signatários não devem exigir a comprovação de prejuízo ao erário como condição para a configuração de ilícitos em matéria de corrupção ou improbidade administrativa.

6 Como forma de evitar discussões desnecessárias, anote-se que a Convenção de Mérida, apesar do nome, não versa exclusivamente acerca das condutas típicas insculpidas nos artigos 317 e 333 do Código Penal e de seus corolários cíveis. Pelo contrário, uma leitura dos artigos 15 a 25 desse tratado revela que ele normatiza diversos comportamentos reprováveis relacionados à malversação de recursos públicos e a desvios de conduta de agentes estatais e particulares. Assim, percebe-se que comportamentos como o tráfico de influência, o abuso de funções, o enriquecimento ilícito, a lavagem de dinheiro, a obstrução da Justiça, o peculato, dentre outros, constituem objeto de normatização pela convenção, apesar de não configurarem atos de corrupção propriamente ditos. Isso significa que, com efeito, a Convenção de Mérida não representa um acordo internacional em matéria de corrupção, mas uma grande iniciativa mundial de combate a atos que, direta ou indiretamente, afrontam o valor da probidade administrativa.

7 Para confirmar o que ora se aduz, compare-se os seguintes dispositivos normativos, em sua versão original:

“Article 15. Bribery of national public officials. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as *criminal offenses*, when committed intentionally:

Article 16. Bribery of foreign public officials and officials of public international organizations 1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a *criminal offense*”

“Article 26. Liability of legal persons 1. Each State Party shall adopt such measures as may be necessary, consistent with its legal principles, to establish the liability of legal persons for participation in the *offences* established in accordance with this Convention”.

Article 28. Knowledge, intent and purpose as elements of an offence. Knowledge, intent or purpose required as an element of an *offence* established in accordance with this Convention may be inferred from objective factual circumstances”. (destaque nosso).

8 Não se desconhece que, por vezes, a expressão “*offence*” é vergada para se referir a infrações de natureza penal. Todavia, em um contexto no qual o próprio tratado internacional aduz combater a corrupção em todos os níveis, trabalha separadamente com conceitos de responsabilização penal, administrativa e civil, além de

Complementando essa ideia, o artigo 65 da Convenção reforça que os Estados signatários podem adotar medidas mais rigorosas do que as previstas no tratado para prevenir a corrupção. Ou seja, a Convenção estabelece um patamar mínimo de combate à corrupção, sem impedir que os países adotem normas mais severas.

A conclusão é inequívoca: a Convenção de Mérida obriga os signatários a adotarem um modelo normativo mínimo de combate à corrupção. Os Estados Parte não possuem a prerrogativa de suavizar as regras de responsabilização de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas com corrupção, sob pena de afronta ao tratado. Apenas é permitida a adoção de tratamento mais rigoroso. Dessa forma, manter a interpretação ainda prevalente na doutrina, que exige prejuízo patrimonial efetivo para configurar a improbidade administrativa prevista art. 10, caput, da LIA, ultrapassa indevidamente os limites estabelecidos pela Convenção.

Como se sabe, os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, ou seja, abaixo da Constituição da República, porém acima da legislação interna. É exatamente esse o *status* da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida, por tratar-se de um ato internacional de Direitos Humanos (BRASIL, 2013).

A corroborar esse entendimento, faz-se necessário ponderar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que a corrupção e a improbidade administrativa representam violações aos direitos humanos. O cidadão possui o direito fundamental a um governo probo, como bem informa a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Dado la naturaleza estructural del fenómeno de la corrupción en la región, la Comisión

considera que sus impactos son profundos y diferenciados. Por un lado, los actos de corrupción pueden configurar violaciones de derechos humanos; y por otro lado, las distintas manifestaciones del fenómeno de la corrupción pueden afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos.

Un primer grupo de situaciones que preocupa a la Comisión corresponde a aquellas en que mediante actos de corrupción se incumplen directamente las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Puede configurarse una violación de derechos humanos y con ello la responsabilidad internacional, cuando un acto o situación de corrupción constituye o motiva un incumplimiento a una obligación internacional y dicho ilícito es atribuible al Estado. De conformidad con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado tiene la obligación de reparar a las víctimas por las violaciones de derechos humanos cometidas en su perjuicio.

Una segunda dimensión que es necesario clarificar es la relación contextual entre el fenómeno de corrupción y las violaciones de derechos humanos, esto es, las distintas formas en que se presenta la corrupción en la región y su vínculo con distintos tipos de violaciones de derechos humanos. Es claro que no sólo la corrupción viola derechos humanos, sino que se debe prestar atención a la forma en que diversos contextos de corrupción facilitan y/o fomentan la vulneración de derechos humanos. Lo anterior es relevante en la determinación de las medidas adecuadas que deben adoptar los Estados para erradicar la corrupción en la región (CIDH, 2019, p. 59).

Nesse sentido, há diversos pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁹, além de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala, julgado em 9 de março de 2018), na qual reconheceu a relação direta entre o efetivo combate à improbidade e a proteção de direitos humanos. A decisão destacou que “*a corrupção não só lesa os direitos dos particulares individual-*

menção reiteradamente a expressão “*criminal offence*” quando pertinente, resta claro que a o uso isolado da palavra “*offence*” demonstra o intuito de generalizar a aplicabilidade de determinado instituto ou dispositivo a todas as searas do Direito.

9 Em 2017, a CIDH publicou a Resolução nº 01/17 sobre os Direitos Humanos e a Luta Contra a Impunidade e a Corrupção, em que afirmou que a luta contra a corrupção está indissociavelmente ligada ao exercício dos direitos humanos, concluindo que o estabelecimento de mecanismos efetivos para erradicar a corrupção é uma obrigação urgente e necessária para a garantia dos direitos humanos. No ano seguinte, a Comissão destacou que a corrupção tem um impacto grave no gozo e exercício de direitos humanos por parte de grupos historicamente discriminados, tais como as pessoas em situação de pobreza, mulheres, povos indígenas e afro-descendentes (Resolução nº 01/18, sobre Corrupção e Direitos Humanos). Em 2019, em seu Relatório Anual, no anexo Corrupção e direitos Humanos: standards interamericanos, a CIDH consolidou seu entendimento de que “a corrupção produz impacto diferenciado no gozo e no exercício dos direitos humanos, em especial no que se refere a grupos que se encontram em situação de vulnerabilidade ou de discriminação histórica. Em particular, a corrupção afeta as pessoas em situação de pobreza e pobreza extrema, uma vez que, devido à sua condição de vulnerabilidade, sofrem de forma agravada as consequências desse fenômeno”.

mente afetados, mas repercute negativamente em toda a sociedade, na medida em que rebaixa a confiança da população no governo e, com o tempo, na ordem democrática e no Estado de Direito”¹⁰ (tradução nossa).

Assim, tendo em vista que a Convenção de Mérida é um ato internacional de Direitos Humanos assinado pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 348/2005, ratificado pelo Governo Brasileiro em 15 de junho de 2005 e promulgado pelo Decreto Presidencial n.º 5.687/2006, necessário é o reconhecimento de seu *status* supralegal. Todo o ordenamento jurídico brasileiro relacionado ao tema deve estar em conformidade com seus preceitos.

Diante dessas constatações, restringir o conceito de dano ao erário à “perda patrimonial efetiva”, baseada apenas em práticas de mercado abusivas ou descumprimento contratual, implicaria não apenas uma contradição interna, como salientado anteriormente, mas também uma violação aos ditames da Convenção de Mérida.

A exegese ora proposta, neste contexto, novamente se revela mais adequada à hipótese, visto que, ao reforçar a subsistência de figuras típicas que independem da aferição de prejuízo sob uma perspectiva mercadológica, se reaproxima das balizas estabelecidas no art. 3º daquele tratado. Dito de outro modo, ao reconhecer que o prejuízo econômico-mercado ao erário não integra o tipo do art. 10 da LIA, ter-se-á uma reconciliação entre o conteúdo da lei e a diretriz de evitamento de consagração de ilícitos materiais exposta na Convenção de Mérida.

5. DOS PARÂMETROS PARA O RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO

Definido o ato ímprobo e contextualizada a expressão “perda patrimonial efetiva” como variação patrimonial, subsistiria, tão

somente, a necessidade de elaboração de parâmetros para a definição do montante a ser eventualmente ressarcido em face da constatação da prática ilícita.

Pelo raciocínio ora desenvolvido, ter-se-ia a impressão de que todo o valor despendido pelo ente público em virtude da prática de um ato ímprobo seria passível de ressarcimento. Todavia, trata-se de uma impressão equivocada, tendo em vista que o art. 10, §1º, da LIA, veda o enriquecimento ilícito dos entes públicos, algo que sabidamente ocorreria na hipótese.

Com isso, o dano ao erário apto a ser ressarcido corresponderia ao lucro auferido pelo particular com a contratação irregular. Trata-se, da aplicação da teoria do “produto bruto mitigado”, que possui ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial.

À luz da teoria do produto bruto mitigado, do valor total pago pelo contratante ao contratado, deve-se descontar o custo comprovado ou estimado, limitado ao custo de mercado, que a empresa teve para executar o empreendimento, e a diferença entre esses dois valores é o que deve ser ressarcido ao poder público pela empresa executora. Por esse método, tanto se evita o indesejado enriquecimento ilícito da Administração, quanto se desestimulam comportamentos ilícitos das empresas licitantes e contratadas, que passarão a adotar maiores cautelas com o receio de sofrerem sanções que sejam desabonadoras e gravosas ao seu patrimônio (Weiblen, Di Sena Júnior e Pargendler, 2020, p. 47/48).

Sobre o tema, já decidiu o Tribunal de Contas da União que:

A teoria do produto bruto mitigado busca atender ao princípio que proíbe o enriquecimento ilícito da Administração, bem como do contratado que não pode enriquecer com o lucro do ilícito, sem olvidar, porém, que o poder público deve agir de forma severa em relação aos infratores que causem lesões aos cofres estatais por atos ilícitos. Por essa teoria, a contratada teria direito de receber como indenização os custos reais por ela suportados para cumprir as obrigações con-

¹⁰ [...] “la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que ‘se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho’”.

tratuais até a declaração de nulidade do contrato, mas apenas estes custos. Dessa forma, o lucro ou remuneração por ela obtido em função do exercício de sua atividade não seria passível de ressarcimento pela Administração, muito menos o sobrepreço existente no contrato (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, Sessão: 30/01/2019).

A devolução dos lucros ao erário não provoca qualquer enriquecimento da Administração Pública, mas sim impede o enriquecimento indevido do contratado, cujo ajuste contratual está contaminado pela improbidade administrativa. Ao participar de uma contratação ilegal, que não poderia ter sido concretizada, o particular não pode auferir lucros, sob pena de se aproveitar da sua própria torpeza.

Deve ser aplicado, analogicamente, o mesmo raciocínio utilizado quanto ao possuidor de má-fé em relação aos frutos, previsto no art. 1.216, parte final, do Código Civil de 2002, que assevera:

Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

Com efeito, o lucro pretendido pelo contratado não deixa de ser espécie de fruto civil do dinheiro aplicado para a execução do contrato, o que, guardadas as devidas proporções, autoriza a aplicação do mesmo raciocínio. Assim, reconhecida a nulidade do contrato em virtude da prática de atos de improbidade, a contratada deve devolver parte dos valores recebidos, ao menos à razão direta do montante correspondente aos lucros auferidos.

6. CONCLUSÃO

O presente estudo evidenciou que a interpretação do dano ao erário pautada na mera aferição de prejuízo de natureza econômico-mercadológico não reflete o real alcance dos dispositivos da Lei n.º 8.429/92, com redação dada pela Lei n.º 14.230/2021, tendo em vista que a interpretação restritiva esvazia o conteúdo normativo e compromete

te a eficácia das medidas de combate à improbidade administrativa.

O art. 10, *caput*, da LIA, prevê cinco cenários capazes de, em tese, perfazer um ato de improbidade causador de dano ao erário, sendo certo que, especialmente nas modalidades desvio (desencaminhamento) e malbaratamento (mal uso, uso incorreto), não há necessidade de demonstração de perda patrimonial do ente público lesado.

Por sua vez, o conceito de “perda patrimonial efetiva” merece ser contextualizado na perspectiva contábil e da Administração Pública e não na mercadológica, pois deve ser entendido como qualquer movimentação patrimonial injustificada do ente público, o que inclui aquela causada a partir de uma despesa decorrente de uma conduta dolosa fraudulenta na origem.

Tomando-se em conta o disposto no art. 3º da Convenção de Mérida, a interpretação proposta também busca preservar a coerência da Lei de Improbidade Administrativa com os parâmetros de tal tratado internacional, promovendo, assim, uma proteção mais robusta do patrimônio público e a efetiva responsabilização dos agentes ímprobos, além de aprimorar os mecanismos de combate à corrupção.

Por fim, compatibilizando a necessidade de recomposição do erário por valores indevidamente gastos ou auferidos com a vedação ao enriquecimento sem causa da administração (ambos consagrados na legislação de regência), mostra-se possível a busca do ressarcimento pelos contratados (beneficiários dos pagamentos ilícitos) dos montantes imputáveis (comprovada ou estimadamente) a título de lucro, resguardando-lhes, tão somente, os valores decorrentes dos custos dos bens ou serviços fornecidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: 15 fev. 2025.

BRASIL. Senado Federal. **Direitos Humanos**. Atos Internacionais e Normas Correlatas. 4a ed. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf>. Acesso em 15 fev. 2025.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos: **Corrupción y derechos humanos**: Estándares interamericanos: Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019/ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionD-DHHES.pdf>. Acesso em 15 fev. 2025.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa**: Lei 14.230, de 25.10.2021 – comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

WEIBLEN, Fabrício Pinto; SENA JÚNIOR, Roberto Di; PARGENDLER, Vitor Silveira: **A teoria do produto bruto mitigado como alternativa para o ressarcimento de danos ao erário nas fraudes em contratações públicas**. In: Atuação - Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Florianópolis, v. 15, n. 32, p. 47-78, jun-nov. 2020. Disponível em <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/136/52>. Acesso em 26 fev. 2025.