



NOME DO ALUNO: JORGE JOSÉ MARTINS JÚNIOR	
CURSO: ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL	TURNO: NOITE
TÍTULO: RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AO ERÁRIOO	
TIPO DE TRABALHO	
Monografia de Final de Curso	Professor Orientador: DANIELA COURTES LUTZKY

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO CULTURAL
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

JORGE JOSÉ MARTINS JÚNIOR

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AO ERÁRIO

PORTO ALEGRE
2009

JORGE JOSÉ MARTINS JÚNIOR

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AO ERÁRIO

Monografia apresentada como requisito final para obtenção de certificado de Especialista em Direito Civil e Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação Lato Senso do Instituto de Desenvolvimento Cultural.

Orientadora: Daniela Courtes Lutzky

Porto Alegre

2009

Termo de Aprovação

Jorge José Martins Júnior, autor da Monografia intitulada Responsabilidade Civil por Dano ao Erário, apresentada como requisito final para obtenção do certificado de Especialista em Direito Civil e Processual Civil, no curso de Pós-Graduação Lato Senso – Especialização em Direito Civil e Processual Civil, do Instituto de Desenvolvimento Cultural - IDC, submeteu-se à banca avaliadora na data abaixo, sendo aprovado.

Porto Alegre, 31 de agosto de 2009.

Prof. José Tadeu Neves Xavier

Prof. Bráulio Dinarte Pinto

Prof^a. Daniela Courtes Lutzky

AGRADECIMENTO

Agradeço à Professora Daniela Courtes Lutzki pela atenção e presteza na orientação deste trabalho.

RESUMO

Examinam-se aqui as hipóteses mais comuns de danos causados ao erário, conforme a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Buscou-se sistematizar essas situações, analisando-as da perspectiva dos institutos da responsabilidade civil e dos princípios que regem a Administração Pública. Inicialmente são analisados os pressupostos da responsabilidade civil, com especial atenção às diversas teorias sobre o nexo de causalidade. No segundo capítulo, após examinar os princípios orientadores da Administração Pública, trata-se das hipóteses específicas de dano ao erário. Três conclusões principais podem ser extraídas desta monografia: propõe-se a teoria do escopo da norma jurídica violada como paradigma de investigação do nexo causal no dano causado ao erário; sustenta-se a possibilidade de julgamento de contas de responsáveis por danos causados sem a participação de agentes públicos; e defende-se, nos casos de danos em convênios, a necessária solidariedade entre o conveniente (pessoa jurídica) e o seu dirigente (gestor) pelo dano ao erário.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dano ao Erário. Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT

The most common situations of damage caused to the public state treasury are examined according to the case law of the Brazilian Federal Court of Accounts. We aimed to organize the main situations in which damage to the treasury occurs and to analyze them from the perspective of the typical civil liability concepts and of the principles that rule the public administration. First we analyze the grounds of civil liability, giving special attention to the various theories concerning to the casual relationship. In the second chapter, after the principles that rule Public Administration are exposed, we deal with the specific situations do damage caused to the public treasury. Three conclusions can be extracted form this work: we propose the scope of the violated law theory as a model of investigation of the causal relationship in the civil liability, when the damage is caused to the public treasury; we suggest the possibility of account judgment in cases where damage is caused without the participation of public agents; and we propose that, in conventions, there is a necessary solidarity between the juridical person and its director for the damage caused.

Key-words: Civil Liability. Damage to the Public State Treasury. Federal Court of Accounts

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS PRESSUPOSTOS	11
1.1 Noções sobre a Responsabilidade Civil	13
1.1.1 Funções da responsabilidade civil.....	13
1.1.2 Conceito de responsabilidade civil	15
1.1.3 O enriquecimento sem causa.....	17
1.1.4 A responsabilidade contratual	19
1.1.5 A responsabilidade objetiva.....	20
1.2 Dos Pressupostos da Responsabilidade Civil	23
1.2.1 O dano.....	26
1.2.2 A ação ou omissão	29
1.2.3 O nexu causal	43
1.3 Excludentes da Responsabilidade Civil	55
2 DANO AO ERÁRIO: ALGUMAS HIPÓTESES SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO TCU	58
2.1 O Regime Jurídico Administrativo	58
2.1.1 Princípios básicos da administração pública	60
2.2 Dano ao Erário e Julgamento de Contas pelo TCU	64
2.3 Algumas Hipóteses de Dano ao Erário	69
2.3.1 Desfalque e desvio.....	75
2.3.2 Perda ou extravio	77
2.3.3 Inexecução contratual	83
2.3.4 Superfaturamento.....	87
2.3.5 Dano ao erário em convênios.....	89
2.3.6 Desvio de finalidade	100
2.3.7 Pagamento indevido.....	103
2.4 Imprescritibilidade do Dano ao Erário	105
CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

Atualmente, poucos temas têm mais destaque na imprensa do que a corrupção no setor público e a malversação de recursos no âmbito do estado. Quase sempre estará associado a essas situações um prejuízo causado aos cofres públicos, que é matéria de responsabilidade civil. Ainda que as punições nas instâncias penal e administrativa tenham o caráter de prevenção geral e possam satisfazer a opinião pública, é a efetiva reparação do dano que trará mais benefícios para a sociedade, retornando ao estado os sempre escassos recursos públicos. Assim o tema atende o requisito de atualidade.

A matéria também tem significativa relevância econômica. Somente em 2008, as condenações aplicadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) aos responsáveis por danos causados aos cofres públicos superaram um bilhão de reais¹. É possível que a identificação de critérios de responsabilização mais sólidos permita um volume de condenações ainda maior, bem como, um menor grau de provimento de recursos nesses processos.

Um entre cada cinco processos autuados no TCU é uma tomada de contas especial que trata fundamentalmente de reparação de danos, isto é, de responsabilidade civil. Segundo o Relatório de Atividades 2008 do TCU, nos exercícios 2006, 2007 e 2008 foram autuados cerca de 20.000 processos, sendo mais de 4.000 tomadas de contas especiais.²

Embora exista literatura abundante quanto à responsabilidade civil do Estado nos danos que causa a terceiros, o mesmo não se verifica para as situações em que é ele que sofre o dano. Existem poucas obras a tratar do assunto e a maioria concentra-se em aspectos processuais das tomadas de contas especiais. Procura-se, com a presente pesquisa, tratar de forma mais sistemática o dano ao erário, dentro da disciplina da responsabilidade civil e de seus pressupostos.

Procurou-se enfrentar dois problemas neste trabalho. O primeiro é verificar se a estrita aplicação dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil -

¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Relatório Anual de Atividades: 2008**. Brasília: TCU, 2009. p.24

² BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Relatório Anual de Atividades: 2008**. Brasília: TCU, 2009. p. 20

ação/omissão,nexo causal e dano - é suficiente para resolver o problema da reparação de danos. O segundo é examinar se o regime jurídico administrativo interfere na aplicação dos institutos da responsabilidade civil, originariamente, destinados a tutelar as relações privadas.

O objetivo principal é identificar os critérios técnico-jurídicos mais adequados para a responsabilização decorrente de dano causado ao erário público, que é caso de responsabilidade civil subjetiva.

Entretanto, como o regime de reparação do dano ao erário segue, em linhas gerais, a teoria geral da responsabilidade civil, é necessário examinar seus pressupostos sob a perspectiva de recentes contribuições doutrinárias e jurisprudenciais.

Outro objetivo secundário é revisar os princípios que regem a Administração Pública, tendo em vista que o regime jurídico administrativo interfere na aplicação da doutrina da responsabilidade civil.

Por fim, objetivou-se analisar aspectos da responsabilidade civil no âmbito de danos verificados em diversos tipos de atos de gestão praticados no âmbito da Administração Pública.

A monografia está dividida em dois capítulos. No primeiro, trata-se da responsabilidade civil e seus pressupostos, com especial atenção ao nexo de causalidade. No segundo, examinam-se algumas hipóteses de dano ao erário enfrentadas, com certa frequência, pelo Tribunal de Contas da União.

A fim de examinar os aspectos jurídicos do dano causado à Administração Pública é indispensável revisar os pressupostos da responsabilidade civil. Ainda que os princípios constitucionais que regem a Administração Pública possam vir a exigir eventuais adaptações na aplicação do instituto de direito civil, a responsabilização deve-se assentar sobre critérios semelhantes.

Foi realizada pesquisa exploratória, fundamentalmente, por meio de levantamento bibliográfico. Os procedimentos efetivados foram pesquisa bibliográfica e exame de casos jurisprudenciais do Tribunal de Contas da União, enquadrando-se, portanto nos métodos histórico e comparativo. A interpretação jurídica baseou-se nos métodos lógico-sistemático e, eventualmente, teleológico.

De um modo geral, as hipóteses foram confirmadas, fazendo-se algumas proposições com vistas a aperfeiçoar a responsabilização por dano ao erário.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS PRESSUPOSTOS

Não se pode tratar da responsabilidade pelo dano causado à Administração Pública sem examinar os institutos da responsabilidade civil desenvolvidos no Direito Privado. Em primeiro lugar, porque não existem normas legais específicas que tratem do tema, ressalvadas algumas poucas disposições esparsas no ordenamento jurídico. Portanto, as modalidades e os pressupostos de responsabilização são os mesmos do regime geral da responsabilidade civil. As peculiaridades inerentes à Administração Pública são tratadas conciliando a teoria geral da responsabilidade com os princípios gerais do direito administrativo.

Salienta-se que, pelos danos causados ao erário, a responsabilidade civil é subjetiva, conforme o entendimento do Tribunal de Contas da União:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONTRATO. INEXECUÇÃO. PROCESSUAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS GESTORES. IMPRUDÊNCIA E NEGLIGÊNCIA. FALTA DE CAUTELA E ZELO. CULPA IN ELIGENDO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONTAS IRREGULARES E REGULARES COM RESSALVA.

1. A inexecução contratual da qual decorre dano ao erário federal só interessa ao TCU quando estiver presente uma conduta dolosa ou culposa de algum agente público, havendo responsabilidade solidária da entidade privada e dos agentes públicos envolvidos.

2. A responsabilidade dos administradores de recursos públicos segue a regra geral da responsabilidade civil, pois trata-se de responsabilidade subjetiva, a despeito de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber àqueles.³

Assim, neste primeiro capítulo, serão revisados os principais institutos da teoria geral da responsabilidade civil, tendo em vista a sua aplicabilidade geral aos danos causados ao erário.

Tratar da responsabilidade civil não é tarefa fácil. Vários autores atestam essa condição. Henri de Page, considera que o estudo da responsabilidade deveria ser precedido pela mesma advertência que Dante vislumbrara sobre a porta do Inferno: "*Deixai toda a esperança, ó vós que entraís*".⁴ Cavalieri Filho também lembra que Page taxou de "*completa anarquia o que se passa no terreno da*

³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2343/2006 - Plenário. 06/12/2006. Relator: Min. Benjamin Zymler. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 05/07/2009.

⁴ PAGE, Henri de *apud* SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3

responsabilidade civil, tanto sob o aspecto legislativo quanto doutrinário, como, ainda, jurisprudencial".⁵

Além da complexidade intrínseca ao tema, a responsabilidade civil vem sofrendo profunda revisão no âmbito do Direito Civil. Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, "*a responsabilidade civil constitui uma das áreas que mais vêm solicitando as atenções e a imaginação dos juristas e legisladores*".⁶

A responsabilidade civil não pode mais ser tratada somente com fundamento na tríade conduta culposa, nexos de causalidade e dano. A realidade social tem demandado soluções que não se originam na aplicação desse dogma, conforme registra Anderson Schreiber:

O itinerário percorrido neste livro evidencia que das sólidas lições dos manuais pouco resta no fluido mosaico jurisprudencial da responsabilidade civil. Entre a dogmática dominante e o resultado das decisões proferidas na matéria e o resultado das decisões proferidas na matéria existe mesmo uma distância abissal, a ponto de sua análise já ter suscitado impressões de que o direito enlouqueceu.⁷

Com relação aos tradicionais pressupostos da responsabilidade civil, além da divergência entre doutrinadores na sua enumeração formal, a experiência tem demonstrado que talvez já não sejam parâmetros tão estáveis como outrora. As soluções jurídicas adotadas na reparação de danos baseiam-se na relativização desses critérios. A doutrina aponta como indicativos dessa tendência: a ampliação dos casos de culpa presumida; a migração do sistema de responsabilidade subjetiva para objetiva; destacamento da noção de risco na responsabilidade objetiva, caracterizando-a como mera independência da culpa; e a flexibilização do nexo causal.⁸

No entanto, todas essas dificuldades são ínsitas ao tema. É da natureza da responsabilidade civil a variabilidade, conforme ensina Pontes de Miranda:

Certamente, a teoria da responsabilidade tem de variar. Muda, às vezes, com o conteúdo do próprio conceito de dano. Com as necessidades gnosiológicas, econômicas e políticas da sociedade. A teoria teria de ser a do momento histórico, porque, explicada a noção de responsabilidade, a

⁵ PAGE, Henri de *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30

⁶ COSTA, Mário de Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 493

⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 241.

⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31, 76 e 242

teoria não seria matéria de ciência, mas sim de técnica econômica, política e jurídica.⁹

Essas dificuldades relatadas pela doutrina não devem ser tomadas como obstáculos, mas, ao contrário, como uma oportunidade para que se possam oferecer aos casos concretos soluções mais adequadas.

1.1 Noções sobre a Responsabilidade Civil

Uma visão histórica do fenômeno jurídico da responsabilidade civil remonta às origens do próprio direito.¹⁰ De fato, a obrigação de reparar danos decorre da ofensa ao antigo dever geral de *neminem laedere*, ou seja, não lesar a ninguém.¹¹ Quem sintetiza o papel da responsabilidade civil é Aguiar Dias:

Para realizar a finalidade primordial de restituição do prejudicado à situação anterior, desfazendo, tanto quanto possível, os efeitos do dano sofrido, tem-se o direito empenhado extremamente em todos os tempos. A responsabilidade civil é reflexo da própria evolução do direito, é um dos seus mais acentuados característicos. É preocupação, no direito civil, só comparável à que inspira o instituto da pena, outro sinal distintivo do progresso jurídico.¹²

Antes de iniciar o exame de seus pressupostos, convém revisar as funções, os fundamentos e as espécies da responsabilidade civil.

1.1.1 Funções da responsabilidade civil

A função fundamental da responsabilidade civil é a reparatória. Também é chamada função ressarcitória, indenizatória ou compensatória. Afirma Noronha que os seus objetivos são: apagar o prejuízo econômico infligido (indenização do dano patrimonial); minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral puro); ou compensar pela ofensa à vida ou à integridade física de outrem,

⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, Tomo LIII. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 57

¹⁰ ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria General de la Responsabilidad Civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1972. p.9.

¹¹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 429.

¹² DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

considerada em si mesma (satisfação compensatória do dano puramente corporal).¹³

Além dessa função reparatória, encontram-se, porém, outras duas funções: a sancionatória e a preventiva.

Embora o objetivo principal da responsabilidade civil seja reparar o dano, não deixa ela de ter um caráter sancionador. Nesse sentido cita-se o seguinte acórdão¹⁴:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA. DANOS MORAIS. QUANTUM.
- O dano moral deve ser apurado a partir de sua dupla natureza, compensatória para a vítima e punitiva ou sancionatória para o ofensor, cuidando-se, ainda de evitar o enriquecimento sem causa.

Ao tratar da função sancionatória, Noronha adverte "*que ela impondo sempre um sacrifício maior ou menor, ao lesante, acaba também punindo este*".¹⁵ Alerta que a "*função dissuasora desta tem sempre um papel acessório*", mas que "*não há dúvida de que a maior ou menor censurabilidade da conduta do responsável tem alguns reflexos na obrigação de reparar*".¹⁶ Conclui Noronha que "*Às vezes ela faz aumentar o quantitativo a ser pago, que reverte em benefício ao ofendido, e outras vezes fá-lo reduzir, representando agora um menor sacrifício para o lesante*".¹⁷

Por fim, tem a responsabilidade civil a função preventiva. Sem dúvida, ao obrigar o lesante a reparar o dano causado, colabora-se para desestimular outros danos, sejam oriundos do mesmo responsável ou de quaisquer outras pessoas. No âmbito dos danos causados ao meio ambiente, "*tem sido muito enfatizada a necessidade de punições 'exemplares', através da responsabilidade civil, como forma de coagir as pessoas, empresas e outras entidades*" a adotar medidas preventivas.¹⁸

¹³ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 436

¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2001.70.00.000210-6/PR. Relator: Vânia Hack de Almeida. 04/05/2005. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em 29/06/2009.

¹⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 437

¹⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 437

¹⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 438

¹⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439

Da análise acima, observa-se que, embora a função principal da responsabilidade civil seja a reparação do dano, encontram-se ligada a ela, de forma indissociável, as funções sancionatória e preventiva.

1.1.2 Conceito de responsabilidade civil

Mas afinal que o que é responsabilidade civil? Cavalieri Filho apresenta uma proposta concisa, mas precisa, ao sustentar que "*em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário*".¹⁹ Segundo o autor, a responsabilidade civil surge como descumprimento de um dever pré-existente:

[...] Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.²⁰

Um dos aspectos mais interessantes da noção apresentada acima é a segregação entre responsabilidade e obrigação.²¹ Essa é uma contribuição dos doutrinadores alemães. Varela examina o tema:

Bastante mais consistente, na forma como procura retratar a estrutura da relação creditória, é a doutrina que decompõe a obrigação em dois elementos distintos: o débito (Schuld; debitum) e a responsabilidade (Haftung; obligatio). O primeiro consiste no dever de prestar, na necessidade de observar determinado comportamento; o segundo, na sujeição dos bens do devedor ou do terceiro aos fins próprios da execução, ou melhor, na relação de sujeição que pode ter por objecto, tanto a pessoa do devedor (antigo direito romano), como uma coisa ou complexo de coisas do devedor ou do terceiro.²²

Trata-se da concepção dualista da obrigação. Noronha sintetiza essa teoria da seguinte forma:

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25

²² VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 143

Segundo os defensores da concepção dualista, a relação obrigacional seria composta de duas obrigações distintas: uma de natureza pessoal e de direito substantivo, que seria o dever jurídico, ou o *debitum*, por força da qual o devedor ficava vinculado a uma conduta, ou prestação; a outra de caráter patrimonial (e para muitos de direito processual), que seria a responsabilidade, ou *obligatio*, consistindo na sujeição do patrimônio do devedor (ou em casos especiais, de outra pessoa) ao credor, através da execução, para garantia do *debitum*. A *obligatio* só surgiria se o devedor caísse em inadimplência. Para alguns, esta *obligatio* é que seria a verdadeira obrigação, ou, pelo menos, a mais importante das duas relações obrigacionais: a obrigação seria essencialmente responsabilidade, responsabilidade do devedor, com todos os seus bens, pela não realização da prestação.²³

Entretanto, predomina na doutrina a teoria unitária, ou clássica. Segundo essa, a obrigação é uma relação cujo objeto é o dever de prestar, sujeitando o devedor, em caso de inadimplemento à responsabilidade.²⁴ Essa conexão entre o débito e a responsabilidade é representada por meio da célebre imagem de Larenz:

Cabe distinguir conceitualmente a responsabilidade do débito, do dever de prestar, mas aquela segue este com a sombra ao corpo. Aquele que assume uma obrigação não se encarrega somente de um dever jurídico moral (que para alguns significaria muito pouco), mas sim o risco de perder seu patrimônio (ou uma parte do mesmo) por via executiva. De sorte que a responsabilidade que acompanha o débito transmite a este uma espécie de gravitação.²⁵

Embora a teoria dualista não seja a predominante, deve-se reconhecer que ela se adapta muito bem à responsabilidade extracontratual, principalmente pela ausência de uma relação jurídica preexistente (um contrato, por exemplo), que melhor caracteriza o *dever der prestar*.²⁶ Além disso, a obrigação com conteúdo patrimonial só surge na responsabilidade civil extracontratual, quando um dever jurídico anterior é violado. Antes disso, sua maior relevância jurídica é apenas teórica. Daí o reconhecimento de Noronha que, embora rejeite a concepção dualista, reconhece nela "o mérito de chamar a atenção para a importância do momento 'responsabilidade' da relação obrigacional, que era geralmente negligenciado".²⁷

²³ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 138

²⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 136

²⁵ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**, Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privada, 1959. p. 34. No original: "Cabe distinguir conceptualmente la responsabilidad de la deuda, del deber de prestar, pero aquélla sigue a ésta como la sombra al cuerpo. El que assume una obligacion no se hace cargo sólo de un deber jurídico moral (lo que para algunos significaria muy poco), sino que corra el riesgo de perder su patrimonio (o una parte del mismo) por via ejecutiva. De esta suerte la 'responsabilidad' que acompanha a la 'deuda' transmite a ésta una especie de gravitación".

²⁶ NORONHA, 2007.p. 136-142; VARELA, 2000, p. 147-153

²⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 139

Em síntese, a responsabilidade disciplina a necessidade de indenizar o lesado. Conforme prescrevia Aguiar Dias, "*Mais racional é sistematizar todos os casos sob o gênero reparação do dano, e seu nome, agrade ou não, é hoje responsabilidade civil*".²⁸ Lembra Cavaleiri Filho que, no código anterior, "*sempre se disse que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, mas a lei nunca disse qual seria essa obrigação*", ressaltando que agora o novo código o diz: é o dever de indenizar.²⁹

Antes de tratar da responsabilidade extracontratual, convém confrontá-la com outras fontes da obrigação de indenizar. Trata-se inicialmente do enriquecimento sem causa e depois da responsabilidade contratual.

1.1.3 O enriquecimento sem causa

O enriquecimento sem causa também gera o dever de indenizar, conforme dispõe o art. 884 do Código Civil. Salieta Montenegro que o primeiro problema a ser enfrentado neste instituto é situá-lo dentro do "*campo das obrigações, dado o seu inadequamento, quer nas relações contratuais, quer nas extracontratuais*".³⁰ Conclui o autor, diante da diversidade de teorias, que no direito brasileiro trata-se de "*uma categoria autônoma de obrigação, oriunda de uma situação de fato*".³¹

Nesse sentido, também se manifesta Noronha:

Assim, a tripartição entre obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa constitui a divisão fundamental das obrigações, do ponto de vista dos interesses tutelados.³²

Segundo Costa, "*na base do instituto do enriquecimento sem causa, como o seu próprio nome já denuncia, encontra-se a idéia de que pessoa alguma deve*

²⁸ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006., p. 23

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25

³⁰ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 181

³¹ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 181.

³² NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 415.

locupletar-se injustificadamente à custa alheia".³³ Acrescenta o doutrinador que para se verifique a obrigação de indenizar devem estar presentes, cumulativamente, três requisitos:

- 1) A existência de um enriquecimento;
- 2) Que esse enriquecimento se obtenha à custa de outrem;
- 3) A falta de causa justificativa.³⁴

O primeiro requisito é evidente e "*consiste na obtenção de uma vantagem de carácter patrimonial, seja qual for a forma que essa vantagem revista*".³⁵ E a vantagem patrimonial pode ser de qualquer modalidade: um acréscimo aos ativos; uma diminuição do passivo; consumo de coisa alheia; poupança de despesas.

Obviamente, essa vantagem deve ser auferida com o sacrifício econômico de outro. Daí a doutrina, ao tratar do instituto, falar em deslocamento patrimonial. Isso é o que configura o segundo requisito.

A causa justificativa é a que apresenta maiores dificuldades. Para ocorrer o enriquecimento indevido é necessário que a causa jurídica subjacente à deslocação patrimonial nunca tenha existido ou que tenha desaparecido. Um dos exemplos citados por Varela é o "*pagamento feito pelo devedor ao credor, depois de o fiador haver pago, mas sem avisar o devedor*".³⁶ Note-se, por meio desse exemplo não há ato ilícito, daí a preferência pela termo *ajurídico* para o enriquecimento sem causa, conforme o ensinamento de Costa:

O problema consiste em distinguir, entre as vantagens patrimoniais que uma pessoa pode obter na vida de relação, aquelas que - embora não chegando ao extremo de serem consequências de comportamentos antijurídicos ou factos ilícitos (que envolveriam uma responsabilidade por danos) - determinam, todavia, uma obrigação de restituição, visto não se encontrarem dotadas de justificação suficiente em face do direito. Quer dizer: reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial; sempre que aproveita, em suma, a pessoa diversa daquela a quem, segundo a lei, deveria beneficiar. Mas ele é apenas *ajurídico*, no

³³ COSTA, Mário de Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 447

³⁴ COSTA, Mário de Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 447

³⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 481

³⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 484

sentido substancialmente ilegítimo ou injusto, e não formalmente *antijurídico*.³⁷

Assim, verifica-se que, se tanto a responsabilidade civil como o enriquecimento sem causa tem como objetivo recompor o equilíbrio patrimonial do lesado, seus fundamentos são diferentes. Naquela o dano é causado por ato antijurídico, enquanto esse se caracteriza pela ausência de causa jurídica. Aliás, o art. 886 do Código Civil impede que se use o enriquecimento sem causa no caso de se verificar a hipótese de responsabilidade civil: "*Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido*".

1.1.4 A responsabilidade contratual

Uma das principais dicotomias da responsabilidade civil está na sua classificação como contratual ou extracontratual. Tanto em uma como noutra *há a violação de um dever jurídico preexistente*. A diferença está na existência ou não de uma relação jurídica obrigacional preexistente, um negócio jurídico. Quando ocorre o inadimplemento dessa obrigação negocial, surge o que se chama ilícito relativo, que dá origem à responsabilidade contratual. Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana nasce do ilícito absoluto, isto é, da violação de um direito subjetivo não correspondente a um negócio jurídico.³⁸

A doutrina considera pouco adequada a expressão *responsabilidade contratual*, visto que, além dos contratos, existem os negócios jurídicos unilaterais, também passíveis de inadimplemento.³⁹ Entretanto, destaca Varela que a "*fórmula responsabilidade negocial não tem tradição por si, ao contrário da expressão responsabilidade contratual, que, pese embora sua falta de rigor, está de há muito consagrada [...]*".⁴⁰

³⁷ COSTA, Mário de Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 457

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.38

³⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 430

⁴⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 519

Convém destacar que essa dicotomia não é absoluta, pois "*sob vários aspectos, responsabilidade contratual e extracontratual funcionam como verdadeiros vasos comunicantes*".⁴¹ Segundo Cavalieri Filho:

Há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.⁴²

Há inclusive quem defenda que a dicotomia não existe. É a teoria monista ou unitária. Se "*a violação de um dever preexistente é a fonte da responsabilidade*"⁴³, pouco importa se esse dever estava estabelecido em um contrato ou na lei, pois a culpa é em essência a mesma.⁴⁴ Conclui Aguiar Dias que:

tanto em um como em outro caso, o que, em essência, se requer para a configuração da responsabilidade, são estas três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, nexos de causa e efeito entre os primeiros elementos.⁴⁵

Ainda que a tendência da doutrina seja pela unificação das responsabilidades contratual e extracontratual, devem ser reconhecidas algumas diferenças entre elas. A primeira, já mencionada, é a presença de uma relação jurídica preexistente. A segunda é, via de regra, a inversão do ônus da prova da culpa, devendo o credor apenas comprovar o inadimplemento.⁴⁶ A culpa é presumida.

1.1.5 A responsabilidade objetiva

Registram-se aqui breves comentários sobre a responsabilidade objetiva que é aquela que prescinde de culpa. Seu fundamento é o risco.

A origem da responsabilidade objetiva está ligada à evolução tecnológica, pois, com a Revolução Industrial, ocorreu uma proliferação de acidentes associados

⁴¹ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 522

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39

⁴³ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006., p. 117

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 295

⁴⁵ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006., p. 155

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 297

a essas novas tecnologias. Ademais, a complexidade dessas novas atividades tornava praticamente impossível a vítima provar a culpa do agente causador. Como consequência, grande parte dos danos restava sem ressarcimento. Assim, com intuito de "*superar as injustiças impostas pela dificuldade de demonstração da culpa*"⁴⁷, criaram-se mecanismos como, por exemplo a presunção da culpa, ou a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual. O "*certo é que nenhum deles teve efeito tão revolucionário quanto a propagação da teoria do risco*"⁴⁸.

Quem apresenta a justificativa a teoria do risco é Alvino Lima:

A responsabilidade deve surgir exclusivamente do fato, considerando-se a culpa um resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e a penal. O que se deve ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a idéia de infligir uma pena ao autor do prejuízo causado. Os dados econômicos modernos determinam a responsabilidade fundada sobre a lei econômica da "causalidade entre o proveito e o risco". [...]

A questão da responsabilidade, que é mera questão de reparação dos danos, de proteção do direito do lesado, de equilíbrio social, deve, pois, ser resolvida atendendo-se somente aquele critério objetivo; quem guarda os benefícios que o acaso de sua atividade lhe proporciona deve, inversamente, suportar os males decorrentes desta mesma atividade.⁴⁹

O fato é que se a responsabilidade civil no código de 1916 era fundamentalmente subjetivista, o novo código fixou-se no polo oposto. Segundo Cavalieri Filho, "*embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagram*"⁵⁰. Cita o autor os seguintes casos: o abuso de direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927); danos causados por produtos (art. 931); responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932 c/c o art. 933); responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928).⁵¹ Assevera Cavalieri Filho que "*Após o*

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.17-19

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.17-19

⁴⁹ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 116 e 120.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 168.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 168.

*exame dessas hipóteses todas, haverá uma única conclusão: muito pouco sobrou para a responsabilidade subjetiva".*⁵²

Observa-se que, em algumas hipóteses legais de responsabilidade objetiva, o fundamento não parece sequer estar associado a idéia de risco. Segundo Schreiber:

A análise das hipóteses legais revela um segundo aspecto: o de que a construção do risco como fundamento exclusivo da responsabilidade objetiva parece dirigida a anseios de imputação subjetiva que, hoje, já não se mostram tão necessários. Verifica-se uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa (conduta negligente, conduta criadora de risco etc.) mas pelo resultado (dano), distanciando-se, por conseguinte, de considerações centradas sobre a socialização dos riscos, para desaguar em uma discussão mais finalística sobre a socialização das perdas. [...]

Em síntese: a criação ou majoração do risco, como noção jurídica empregada por cláusulas gerais de responsabilização, continua sendo importante fator na aplicação da responsabilidade objetiva, mas perde seu papel de fundamento exclusivo do instituto na medida em que se vislumbram hipóteses de incidência desta espécie de responsabilidade em que não se pode, ou em que se pode apenas artificialmente, invocar o risco como fator de vinculação entre o dever de indenizar e o agente. Em tais situações, a responsabilidade objetiva parece revelar a sua verdadeira essência na contemporaneidade: não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima - uma proposição, portanto, essencialmente negativa.⁵³

Por fim, registra-se que a responsabilidade do Estado é objetiva por força de disposição constitucional (art. 37, §6º). Comentando, sobre eventuais divergências entre as teorias que justificam essa responsabilidade, também fundada no risco, Di Pietro destaca que:

Portanto, não é demais repetir que as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo. Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.⁵⁴

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 168.

⁵³ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 30.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 643.

Ressalta-se que, se o Estado sempre responde de forma objetiva pelos danos que causa, a regra é a responsabilização subjetiva pelos danos que sofre. Por essa razão o tema não receberá maior aprofundamento na presente monografia.

1.2 Dos Pressupostos da Responsabilidade Civil

O primeiro problema a ser enfrentado é identificar os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva. Não existe consenso entre os autores na enumeração formal ou doutrinária dos pressupostos da responsabilidade.⁵⁵ Daí a ressalva de Costa:

Antes, porém, recorde-se que sobre a enunciação destes pressupostos se verificam divergências maiores ou menores entre autores. Nenhum dos critérios propostos alcançou ainda verdadeira predominância, embora talvez se registre certa tendência para a aceitação do que perfilhamos. Deve salientar-se que tais diversidades de perspectiva têm contribuído para melhor esclarecimento de alguns dos aspectos da responsabilidade civil.⁵⁶

No direito pátrio, via de regra, assentava-se a responsabilidade civil subjetiva sobre três elementos: culpa, nexos causal e dano.⁵⁷

Agostinho Alvim também considera esses três elementos como pressupostos da responsabilidade civil:

142 - Os requisitos ou pressupostos da obrigação de indenizar são três: o prejuízo, a culpa e o nexos causal.

Tais requisitos tanto dizem respeito à culpa aquiliana como à contratual.⁵⁸

Cavaliere Filho relaciona, como pressupostos da responsabilidade civil, a conduta culposa do agente, o nexos causal e o dano. Esses três elementos foram introduzidos pela doutrina francesa. A conduta voluntária que viola um dever jurídico é o elemento formal. O elemento subjetivo é o dolo ou a culpa. O elemento causal-

⁵⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 526.

⁵⁶ COSTA, Mário de Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 510.

⁵⁷ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006., p. 155; SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3

⁵⁸ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 194

material é formado pelo binômio dano e relação de causalidade.⁵⁹ Caio Mário da Silva Pereira adota a expressão "conduta antijurídica", no lugar de conduta culposa.⁶⁰

Sílvio Rodrigues distingue quatro pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão do agente; culpa do agente; relação de causalidade; e dano experimentado pela vítima.⁶¹ Contudo, mesmo separando a conduta da culpa, diz que a "*ação ou omissão do agente, para constituir ato ilícito, envolve a infração de um dever legal, contratual ou social*", referindo desse modo também a conduta antijurídica ou culposa.⁶² Na mesma linha, está Alvíno Lima que cita esses quatro pressupostos, referindo-se à "*ação ou omissão violadora de direito de outrem*".⁶³

Rui Stoco também indica quatro pressupostos para o ato ilícito: "*Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem*".⁶⁴ O autor refere-se a imputabilidade, como requisito, e mais adiante explicita que a culpa é pressuposto da responsabilidade civil subjetiva: "*Para nós, o Estatuto de 2002 manteve a culpa como pressuposto do ato ilícito e da obrigação de indenizar, embora essa regra comporte exceções que aliás foram sensivelmente ampliadas*".⁶⁵

Parte da doutrina portuguesa indica cinco pressupostos da responsabilidade civil. Faz isso desdobrando a conduta culposa em três elementos: o fato, a ilicitude e a imputação do fato ao lesante. Varela, após dissecar o art. 483 do Código Civil Português, expõe:

Reduzindo todos os requisitos que acabam de ser discriminados à terminologia técnica corrente entre os tratadistas da matéria, dir-se-á que a responsabilidade pressupõe, nesta zona:

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 41

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, v. 1**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 420

⁶¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 14.

⁶² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.20

⁶³ LIMA, Alvíno. **Culpa e Risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p. 44

⁶⁴ STOCO, Rui. **Tratado De Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.127.

⁶⁵ STOCO, Rui. **Tratado De Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.127.

a) o facto (controlável pela vontade do homem); b) ilicitude; c) a imputação do facto ao lesante; d) o dano; e) um nexo de causalidade entre o facto e o dano.⁶⁶

Comentando o art. 186 do Código Civil, Nelson Nery Junior menciona cinco pressupostos da responsabilidade civil extracontratual: além do dano, nexo de causalidade e conduta antijurídica, que considera elementos objetivos, acrescenta a culpa e imputabilidade, que seriam pressupostos subjetivos.⁶⁷ Fundamenta-se em José Carlos Moreira Alves, segundo o qual:

[...] o ato ilícito absoluto, que para ocorrer, demanda a existência de elementos objetivos e subjetivos, a saber:

a) três são os requisitos objetivos: 1) a existência de ato ou omissão (no caso, verdadeiro ato comissivo por omissão) antijurídicos (violadores de direito subjetivo absoluto ou de interesse legítimo); 2) a ocorrência de um dano material ou moral; e 3) nexo de causalidade entre o ato ou a omissão e o dano; e

b) dois são os requisitos subjetivos; 1) a imputabilidade (a capacidade para praticar a antijuridicidade); e 2) a culpa em sentido lato (abrangente do dolo e da culpa em sentido estrito).⁶⁸

Noronha também considera cinco pressupostos: fato, antijuridicidade, nexo de imputação, dano, nexo de causalidade e "*é preciso que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada*".⁶⁹ Comenta o autor:

Na doutrina e sobretudo na jurisprudência, geralmente os únicos requisitos que se indicam são o segundo, o terceiro e o quarto. Assim, afirma-se que a responsabilidade civil envolve três requisitos: um dano, um nexo de imputação e um nexo de causalidade. É que, na vida real, o primeiro e o quinto são requisitos de importância menor.

O último requisito (cabimento no âmbito de proteção da norma violada) é de somenos importância nos tempos atuais, em que se pode dizer regra quase que sem exceções a que impõe a tutela de praticamente todos os anos, sejam a pessoa ou coisas, patrimoniais ou extrapatrimoniais, individuais ou coletivos. O primeiro (fato gerador) também pode ser negligenciado, embora por uma razão diferente. Se o fato, mesmo que ele possa ser relevante para outros efeitos (por exemplo, em matéria criminal ou convencional). Por isso, muitos autores associam este requisito ao dano, falando em fato danoso.⁷⁰

⁶⁶ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. P. 526.

⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 92.

⁶⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **A Responsabilidade Extracontratual e seu Fundamento - Culpa e Nexo de Causalidade**. Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 201.

⁶⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 467.

⁷⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 467.

Conforme visto acima, o quantitativo, o conteúdo e a terminologia utilizada são divergentes entre doutrinadores. Neste trabalho serão considerados pressupostos da responsabilidade civil subjetiva o dano, a ação/omissão e o nexo de causalidade.

1.2.1 O dano

Iniciamos pelo pressuposto que é, em última instância, a razão de ser da responsabilidade civil, o dano.

É evidente que não basta o fato antijurídico para gerar o dever de indenizar. É necessário que se cause dano a alguém, conforme o exemplo de Noronha: "*Não basta, porém, a existência de um ato ou fato antijurídico, para que surja a obrigação de indenizar: o simples fato de se conduzir veículo na contramão, em estrada deserta, não gerará obrigação de indenizar*".⁷¹

Mesmo sendo o elemento imprescindível da responsabilidade civil, o seu conceito ainda é bastante discutido. Montenegro parte da definição de Hans Fischer: "*dano é todo o prejuízo que o sujeito de direito sofra através da violação dos seus bens jurídicos, com exceção única daquele que a si mesmo tenha inferido o próprio lesado: esse é juridicamente irrelevante*".⁷² Por fim o autor apresenta a sua própria redação para o conceito de dano: "*Parece-nos, pois, exato definir o dano como prejuízo que alguém sofre em um bem jurídico, contra a sua vontade*".⁷³

Varela considera dano "*a perda in natura que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar*".⁷⁴ Continua o autor português, explicando, de maneira ainda mais clara, que dano "*É a lesão causada no interesse*

⁷¹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 471.

⁷² FISCHER, Hans *apud* MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 7.

⁷³ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 10

⁷⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 598

*juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea".*⁷⁵

Trata-se da definição de dano real, ao qual Varela contrapõe o dano patrimonial, "*que é o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado*"⁷⁶, exemplificando:

Uma coisa é a morte da vítima, as fracturas, as lesões que ela sofreu (*dano real*); outra, as despesas com médicos, com internamento; o funeral, os lucros que o sinistrado deixou de obter em virtude da doença ou da incapacidade, os prejuízos que a falta da vítima causou aos seus parentes (*dano patrimonial*).⁷⁷

Quanto à classificação dos danos Montenegro, registra a ausência de critérios seguros na doutrina. Há quem o faça a partir dos efeitos do dano e outros considerando a sua origem. Feita essa ressalva o autor apresenta a classificação que a doutrina adota, conciliando os critérios de causa e efeito:

- a) dano positivo (=dano emergente) e dano negativo (=lucro cessante);
- b) dano material (=dano patrimonial) e dano imaterial (=dano moral);
- c) dano direto e dano indireto;
- d) dano previsível e dano imprevisível;
- e) dano futuro e dano eventual;
- f) dano certo e dano atual;
- g) dano contratual e dano extracontratual (=dano aquiliano ou delitual)⁷⁸

Rapidamente, passa-se a comentar algumas das espécies de dano arroladas acima.

Dano patrimonial, conforme já mencionado, "*é aquele que atinge bens que compõem o patrimônio de uma pessoa, cuja avaliação em dinheiro é sempre possível*"⁷⁹. Note-se que bens aqui incluem também os incorpóreos desde que passíveis de avaliação pecuniária. Em contraponto, tem-se o **dano moral**, ou extrapatrimonial ou imaterial, que decorre da ofensa a bens da personalidade (liberdade, honra, saúde, integridade psicofísica).

⁷⁵ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 598

⁷⁶ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 598.

⁷⁷ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 598.

⁷⁸ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 11.

⁷⁹ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 21.

O dano emergente, ou dano positivo, não oferece maiores dificuldades. É "*aquilo que a vítima efetivamente perdeu*"⁸⁰. Compreende, segundo Montenegro, "*a efetiva e imediata diminuição que o patrimônio experimenta em razão do ato ilícito*".⁸¹

O dano negativo, ou lucros cessantes, representa "*o lucro que era esperável obter-se e que deixou de crescer ao patrimônio*"⁸². Segundo esse autor, projetar a repercussão negativa do ilícito no patrimônio é tarefa complexa e deve ser realizada sob dois ângulos:

- a) prejuízo ocasionado pura e simplesmente com a paralisação de uma atividade lucrativa;
- b) o prejuízo decorrente da perturbação do ritmo de desenvolvimento dessa atividade.⁸³

Além do dano direto, isto é, aquele que caracteriza-se pelo prejuízo consumado no momento da lesão ao bem, temos o dano indireto. Montenegro, afirma que via de regra são irressarcíveis os danos indiretos que são aqueles "*cujos efeitos só posteriormente são conhecidos*", pois não se manifestam no bem que sofreu o dano, mas no patrimônio da vítima.⁸⁴

Cavaliere Filho inclui nos danos indiretos o dano reflexo ou dano em ricochete. Entende que os danos causados reflexamente a terceiros, que não decorram diretamente do ato ilícito não são ressarcíveis. A exceção, prevista em lei, é o direito à indenização às pessoas que viviam na dependência da vítima, no caso de morte.⁸⁵

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 97.

⁸¹ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 12.

⁸² MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 12.

⁸³ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 12.

⁸⁴ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 124

1.2.2 A ação ou omissão

A finalidade primordial da responsabilidade civil é restituir o prejudicado à situação anterior.⁸⁶ Assim, um dos primeiros problemas que se apresenta é definir se o dano é ressarcível, isto é, se alguém pode ser responsabilizado pelo prejuízo. Com o objetivo de segregar os danos oriundos de fatos naturais daqueles decorrentes de fatos humanos voluntários, exige-se a presença de conduta humana na responsabilidade civil subjetiva.⁸⁷

A definição de ato ilícito está presente no art. 186 do Código Civil: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*". Verifica-se assim, que a responsabilização pode decorrer de ação ou omissão. Daí a preferência de Cavalieri Filho pela expressão "conduta" que abarca as duas hipóteses, pois "*Conduta é gênero de que são espécies a ação e a omissão*".⁸⁸

Ação e omissão, embora impliquem categorias lógicas opostas, podem dar origem a atos ilícitos, quando implicam a inobservância de deveres jurídicos. Na primeira um dever de abstenção; na segunda, uma obrigação de agir para impedir o resultado. Quem desenvolve o tema é Cavalieri Filho:

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas.

A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo. [...]

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em movimento corpóreo positivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou a lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida. Vieira dizia, com absoluta propriedade, que omissão é aquilo que se faz não fazendo. [...]

A omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância

⁸⁶ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006., p. 25

⁸⁷ COSTA, Mário de Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 510

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.47.

jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.

Em casos tais, não impedir o resultado significa permitir que a causa opere. O omitente coopera na realização do evento com uma condição negativa deixando de movimentar-se, ou não impedindo que o resultado se concretize [...] ⁸⁹

O conceito de conduta, entretanto, não exige que a ação humana seja intencional, almejando o resultado, o dano. É o que explica Varela:

Quando se alude a facto *voluntário* do agente, não se pretende restringir os factos humanos relevantes em matéria de responsabilidade aos actos *queridos*, ou seja, àqueles casos em que o agente tenha prefigurado mentalmente os *efeitos* do acto e tenha agido em vista deles. Há, pelo contrário, inúmeros casos (a começar pela chamada *negligência inconsciente*) em que não existe semelhante *representação* mental e, todavia, ninguém contesta a obrigação de indemnizar. Os actos danosos praticados por *distracção* ou por falta de auto-domínio normal não deixam de constituir o agente em responsabilidade.

O que está, aliás, geralmente em causa, no domínio da responsabilidade civil, são *puras acções de facto (faktische Handlugen)*, praticadas *sem nenhum intuito declarativo* (agressões físicas, apropriações ilícitas, intromissões em bens jurídicos alheios, etc.). [...]

Por isso, facto *voluntário* significa apenas, no presente caso, facto objetivamente controlável ou dominável pela vontade (1). Para fundamentar a responsabilidade civil basta a *possibilidade* de controlar o acto ou a omissão; não é necessária uma conduta predeterminada, uma acção ou omissão orientada para certo fim (uma conduta finalista). Fora do domínio da responsabilidade civil ficam apenas os danos provocados por causas de força maior ou pela *actuação irresistível de circunstâncias fortuitas* (pessoa que é irresistivelmente impelida por força do vento, por efeito de vaga do mar, por virtude de uma explosão, de uma descarga eléctrica, da deslocação provocada pelo arranque de um avião, ou de outras forças naturais invencíveis). ⁹⁰

Mas não basta que a ação ou omissão tenha causado dano, pois é necessário que ela seja ilícita. Daí a importância de se tratar da antijuridicidade, ou ilicitude, no âmbito da responsabilidade civil. Segundo Noronha:

Bastaria o fato de a mera antijuridicidade ser suficiente para desencadear a responsabilidade objetiva, para se poder afirmar que a distinção entre antijuridicidade e culpabilidade é importante no Direito Civil. ⁹¹

Sobre a relevância dessa, acrescenta Noronha que:

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 48.

⁹⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 529.

⁹¹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 368.

No Direito Civil, porém, no caso de uma ação danosa, em regra (e ainda que nem sempre, como se verá), é possível separar, no pressuposto da norma indenizatória, os elementos objetivo-exteriores dos subjetivos-interiores. É que a preocupação maior é com a situação de quem ficou o lesado, e não com os dados psicológicos presentes no comportamento do lesante. Por isso, o juízo norteador do jurista relega para papel secundário o aspecto subjetivo da conduta do agente. Verificado um determinado dano, é preciso saber se ele é devido a uma atuação em que esteja em contradição com o ordenamento (isto é, que seja antijurídica) e, para tal, em regra não é necessário entrar em análise dos dados psicológicos presentes no comportamento do lesante. A apuração de eventual conduta culposa ou dolosa (e é de se notar que a atuação causadora do dano raramente será dolosa) só surgirá num segundo momento e, de resto, nem sequer será necessária, se a hipótese for de responsabilidade objetiva.⁹²

A importância da antijuridicidade também revela-se na assertiva de que nem sempre que alguém causa prejuízo a outrem ocorre um ato ilícito. E não se está referindo às excludentes de ilicitude. Quem demonstra o problema é Varela:

151. II) Ilcitude. Não basta, porém, que alguém pratique um fato prejudicial aos interesses de outrem, para que seja obrigado a compensar o lesado.

Se A montar uma pequena indústria numa região onde já existe uma outra fábrica dos mesmos artigos, poderá lesar os interesses do dono desta. Mas não será obrigado a indemnizá-lo, visto não ter cometido nenhuma violação da lei. Se o proprietário das águas de uma nascente as derivar durante anos para os prédios inferiores, facultando o seu aproveitamento aos donos destes, e passar em certa altura a aproveitá-las no seu próprio prédio, por virtude das novas culturas que introduziu aí, poderá prejudicar os interesses dos proprietários dos prédios inferiores. Mas não será obrigado a indemnizar esse prejuízo. Ninguém se lembrará, no entanto, de considerá-lo responsável por esse efeito danoso ou prejudicial do seu convite.⁹³

Antes de prosseguir, adverte-se que há quem distinga antijuridicidade de ilicitude. Noronha não as considera sinônimos. Para o autor, a ilicitude compõe-se de antijuridicidade e culpabilidade. A primeira é o elemento objetivo e se caracteriza pela ofensa à norma e a direito alheio. A culpabilidade é o elemento subjetivo definido pela possibilidade de imputação ao lesante do ato praticado, dolosa ou culposamente.⁹⁴

Outros doutrinadores portugueses utilizam a denominação *ilicitude* com a mesma acepção de antijuridicidade. Mário Júlio de Almeida Costa, por exemplo, considera a ilicitude a "*infracção de um dever jurídico*".⁹⁵ A fim de conciliar a

⁹² NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 368.

⁹³ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 530.

⁹⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 366

⁹⁵ COSTA, Mário de Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 513

contribuição desses autores, considerar-se-á ilicitude e antijuricidade como sinônimos, como um único conceito jurídico.

O Código Civil de 2002 trouxe, em seu art. 186, uma alteração sutil, mas importante, em relação ao art. 159 do Código Civil de 1916. Comparem-se as redações:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [Código Civil de 2002, sublinha-se]

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. [Código Civil de 1916, sublinhou-se]

No regime anterior, a literalidade do dispositivo (art. 159) induzia a pensar que o simples ato de causar prejuízo, independentemente da violação de direito, causava a obrigação de indenizar. Isso por causa da conjunção "ou".⁹⁶ Segundo Alsina, a doutrina francesa, que influenciou o estudo da responsabilidade civil no Brasil, unanimemente, não menciona a ilicitude como elemento diferenciado da culpa.⁹⁷ Por outro lado, Rodrigues sugere que o uso da conjunção disjuntiva implicaria "*defeito na redação ao admitir-se a obrigação de reparar um dano não ocorrido*".⁹⁸

Com a nova redação explicitou-se que se exige para a reparação, não só o prejuízo, mas que esse decorra de violação de direito. Rui Stoco entende que, tentando corrigir um erro, o legislador cometeu outro mais grave, ao exigir para configurar ato ilícito a existência de dano: "*Violar direito é cometer ato ilícito. A ilicitude está na só transgressão da norma*".⁹⁹

De qualquer forma a antijuridicidade ou ilicitude deve ser examinada. A questão a ser enfrentada, então, é definir esse conceito no âmbito do estudo da responsabilidade civil.

A noção de antijuridicidade encerra dúvidas e divergências favorecidas pela terminologia utilizada pelos diversos códigos. No Código Alemão, a expressão

⁹⁶ NORONHA, 2007, p. 365; STOCO, 2007, p. 130.

⁹⁷ ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría General de la Responsabilidad Civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1972. p. 75-76.

⁹⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁹⁹ STOCO, Rui. **Tratado De Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 120

utilizada é "*de forma antijurídica*"; no Suíço, "*de forma ilícita*"; no Italiano, "*um dano injusto*"; no Português "*viola ilicitamente*"; e no Mexicano "*obrando ilicitamente*".¹⁰⁰ No Brasil, a expressão utilizada atualmente é "*violar direito*". No entanto, essas expressões são genéricas, devendo-se obter uma conceituação mais precisa de antijuridicidade.

Examinando a ilicitude, Cavalieri provoca: "*Mas o que se entende por ato ilícito? Inclui-se no seu conceito o elemento culpa? Todos os autores reconhecem tratar-se de um conceito complexo e controvertido*".¹⁰¹ Após discorrer sobre as divergências entre doutrinadores, sustenta que a questão resolve-se quando se percebe o duplo aspecto da ilicitude. O aspecto objetivo é a antijuridicidade, a ofensa ao Direito:

Entendemos que a solução adequada para a questão pode ser encontrada no duplo aspecto da ilicitude. No seu aspecto objetivo, leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou o fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com o que o Direito queria. A conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre.¹⁰²

Contudo, "*a ilicitude só atinge sua plenitude quando a conduta contrária ao valor que a norma visa a atingir (ilicitude objetiva) decorre da vontade do agente; [...] quando o comportamento objetivamente ilícito for também culposo*".¹⁰³ De qualquer forma, neste ponto do trabalho, o interesse maior está no aspecto objetivo da ilicitude, a antijuridicidade.

Verificar que a culpa não integra a ilicitude é o primeiro passo, mas não resolve o problema de especificar com maior precisão o que é antijuridicidade

Ao questionar "*em que consiste a ilicitude?*", Varela comenta sobre a fórmula utilizada pelo código italiano - o dano injusto - criticando-a por ser excessivamente imprecisa; "*era o mesmo que deixar em branco o conceito de ilicitude*".¹⁰⁴

¹⁰⁰ ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria General de la Responsabilidad Civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1972. p. 76

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.30

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 31.

¹⁰³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 31.

¹⁰⁴ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral, Vol. I**. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 531.

A solução brasileira também deixa a desejar, visto que "violiar direito" além de genérica não alcança as situações não abrangidas por direitos subjetivos propriamente ditos. Deve-se buscar, no direito comparado, elementos que auxiliem a fixar o conteúdo da antijuricidade. O Código Civil Português vigente adotou critérios mais precisos para conceituar a ilicitude. A doutrina portuguesa contém referências que podem ser úteis para preencher o conteúdo da expressão "violiar direito" adotada pelo Direito Civil Brasileiro. A seguir, apresenta-se uma síntese dos registros de Varela¹⁰⁵ e Costa¹⁰⁶.

Segundo Varela, a fixação das formas de ilicitude no art. 483 do Código Civil Português, não visa a restringir a liberdade do operador do direito, mas, ao contrário, tem o objetivo de socorrê-lo:

Mais do que limitar o arbítrio do julgador, num instituto em que tão largo apelo se faz aos seus critérios de bom senso e de equilíbrio, e até aos juízos de equidade, houve a intenção de auxiliar o intérprete na árdua tarefa de delimitar o campo de actuação ilícita perante a zona dos comportamentos que, muito embora possam causar danos a outrem, são exigidos ou sancionados pelo direito, ou são pelo menos indiferentes à ordem jurídica ou por ela tolerados.¹⁰⁷

O Direito Português estabelece duas formas essenciais de ilicitude. A primeira consiste na violação de um direito de outrem. A segunda é a violação de preceito de lei tendente à proteção de interesses alheios.¹⁰⁸

A *violação de um direito de outrem* compreende, principalmente os direitos absolutos. São os direitos subjetivos, nomeadamente, os direitos reais, os direitos de personalidade, os direitos familiares patrimoniais e a propriedade intelectual. Com relação aos dois primeiros, cita-se Varela:

Entre os direitos reais avulta o direito de propriedade, cuja *violação* pode revestir os mais variados aspectos (a privação do uso ou fruição da coisa, imposta ao titular; a apropriação, deterioração ou destruição da coisa; a disposição indevida dela; a subtracção dela; a perturbação do exercício do direito do proprietário, mediante a emissão de fumos, cheiros, vapores ou ruídos fora dos termos permitidos pelo art. 1346.º; o seu uso, fruição ou consumo, não facultados pelo respectivo titular, etc.).

¹⁰⁵ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral, Vol. I.** 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 533-543.

¹⁰⁶ COSTA, Mário de Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações.** 9 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 514-518.

¹⁰⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral, Vol. I.* 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 532.

¹⁰⁸ COSTA, Mário de Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações.** 9 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p.514.

Quanto aos chamados *direitos de personalidade*, apesar de ser extremamente duvidoso que se possa falar, quanto a muitos deles, de verdadeiros *direitos subjetivos* não restam dúvidas de que a sua violação pode dar lugar à obrigação de indemnizar: assim sucede com a usurpação do nome, o uso não autorizado da imagem de outrem (v.g., para propaganda de quaisquer produtos), a publicação de cartas confidenciais, a violação da intimidade do lar, etc.¹⁰⁹

A segunda fórmula não trata de direitos subjetivos, mas de ofensa à lei que proteja interesses alheios. São exemplos: a infração de uma lei que impõe determinadas providências sanitárias ou proíba o estacionamento de veículos em certos locais; ou a infração de uma lei aduaneira destinada a proteger a indústria do país¹¹⁰. De acordo com Varela:

Trata-se da infração das leis que, embora protejam interesses particulares, não conferem aos respectivos titulares um *direito subjectivo* a essa tutela(2); e de leis que, tendo também ou até principalmente em vista a protecção de interesses coletivos, não deixam de atender aos interesses particulares subjacentes (de indivíduos ou de classes de grupos de pessoas).

...

Esta referência explícita, autónoma, à violação dos simples interesses tutelado pela lei tem maior importância prática, antes de mais, quanto aos interesses particulares criminalmente protegidos ou tutelados pelas meras ordenações sociais. Se tais interesses ou valores (como a vida, a integridade física, a honra, a saúde, a intimidade da casa, a liberdade, o sigilo da correspondência, a autenticidade dos documentos e assinaturas, por exemplo), são tutelados pela lei penal, é porque a violação deles afecta, não só o círculo de bens da pessoa lesada ou dos seus familiares, mas outros interesses coletivos, ligados à paz, à perfeição e à segurança da coletividade. A sanção do infractor não pode ter nestes casos uma simples função *reparadora*, mas também funções autónomas de outra natureza (de *prevenção especial* ou de *prevenção geral*), relacionadas com os interesses colectivos que o crime ou a contraordenação (1) põe em crise. Desde que o lesado não pode dispor destes interesses, será duvidoso, por essa e por outras razões, que se possa falar, com propriedade, de um *direito* subjectivo sobre os valores criminalmente tutelados.¹¹¹

No entanto, para que essa variante sirva como fundamento à responsabilidade, é necessário que preencha certos requisitos, como preleciona Costa:

Salienta-se, contudo, que a invocação do referido fundamento da responsabilidade depende de se verificarem os seguintes requisitos próprios: 1) *que à lesão dos interesses dos particulares corresponda a ofensa de uma norma legal*, entendendo-se esta expressão em termos

¹⁰⁹ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000.p. 533

¹¹⁰ COSTA, Mário de Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 515

¹¹¹ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.536

amplos (pode ser, por ex., um mero regulamento de polícia); 2) *que se trate de interesses alheios legítimos ou juridicamente protegidos por essa norma e não simples interesses reflexos ou por ela apenas reflexamente protegidos, enquanto tutela interesses gerais indiscriminados (ex.: se uma lei proíbe determinada importação com o fim de evitar a saída de divisas ou gastos sumptuários, tão só reflexamente se defende a indústria do país; mas já se estará em face de um interesse juridicamente protegido, se essa lei veda a importação com o objectivo directo de favorecer os fabricantes nacionais); 3) que a lesão se efective no próprio bem jurídico ou interesse que a lei tutela [...]*¹¹²

Varela ilustra o segundo requisito com o exemplo de norma administrativa que manda iluminar determinados recintos escolares. Não haverá ilicitude para danos causados a pessoas estranhas que indevidamente circulem pelo ambiente.¹¹³

Conclui-se assim o exame da antijuridicidade, ao qual Varela refuta o carácter de inútil e perigoso, pois ela traduz "*a reprovação da conduta do agente, embora no plano geral e abstrato em que a lei se coloca, numa primeira aproximação com a realidade*".¹¹⁴

A culpa é essencial na responsabilidade civil subjetiva. Seria a sua "categoria nuclear", segundo a concepção de grande parte dos juristas.¹¹⁵ É a lição de Aguiar Dias, na vigência do Código Civil de 1916: "*A responsabilidade extracontratual no direito brasileiro assenta, por doutrina pacífica, no princípio da culpa, reiterado, neste passo, o direito anterior à codificação*".¹¹⁶

Inicialmente, registra-se que a culpa "lato sensu" engloba duas categorias: o dolo e a culpa propriamente dita. Cavalieri Filho demonstra a distinção:

Chegamos, desta forma, à noção de culpa, que tem, aqui, sentido amplo (lato sensu), abrangente de toda a espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso do dolo, ou não, como na culpa. [...]

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico.

À luz desses princípios, pode-se definir o dolo como sendo a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito.¹¹⁷

¹¹² COSTA, Mário de Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 515

¹¹³ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 541

¹¹⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 542.

¹¹⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 12

¹¹⁶ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006., p. 561

¹¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54

Se o conceito de dolo é de relativa simplicidade, o mesmo não acontece com a culpa. Poucos temas foram imersos em tanta controvérsia como a culpa, e a sua conceituação é, "*ainda hoje turbulenta*".¹¹⁸

Um dos problemas enfrentados está na forte *conotação moral* que era associada à culpa pelos primeiros doutrinadores, ou juristas da Modernidade, de acordo com Schreiber.¹¹⁹ De fato a culpa está intimamente ligada a inobservância de deveres, inclusive de ordem moral, entre os demais deveres citados abaixo:

a) um dever legal, ou seja, o resultante de preceito emanado da autoridade pública, com força obrigatória, ou de imposição ou de interdição, isto é, ordenando que se faça ou que não se faça determinada coisa; b) um dever moral determinado; a culpa se configura, desde que se viole um dever moral de fazer ou não fazer e que dessa violação resulte dano a outrem; c) um dano contratual; d) o dever geral de não prejudicar.¹²⁰

Segundo Schreiber, mesmo Aguiar Dias "*reconhecendo a necessidade de distinguir o conceito jurídico de culpa daquele meramente moral*", afirma que a noção de culpa está "*inapelavelmente jungida ao requisito moral*".¹²¹ Aguiar Dias propôs o seguinte conceito:

A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude.¹²²

Alvino Lima alerta que o conceito de culpa é muito variável, e essa diversidade produz conseqüências na fixação da responsabilidade. Após analisar várias teorias, propõe a seguinte conceituação: "*Culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato*".¹²³ Observa-se que a definição abrange uma série de outros conceitos, tais como, "erro de conduta", "moralmente", imputabilidade, "pessoa avisada", o que leva à necessidade de aprofundar a análise.

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 33

¹¹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13

¹²⁰ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 147

¹²¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15

¹²² DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 149

¹²³ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p. 44

Essa associação da culpa a fatores psicológicos e morais, dificultando a sua prova, estimulou o surgimento de presunções de culpa, ou mesmo da responsabilidade objetiva. Segundo Schreiber a dificuldade na demonstração da culpa levou à situação em que a maioria dos danos não era ressarcido, "*fato que gerou a reação dos tribunais e da doutrina, que passaram a buscar, na linguagem dos códigos, ou mesmo à revelia deles, presunções de culpa*".¹²⁴ Conclui Schreiber que:

Tais presunções, inicialmente relativas, foram se convertendo em presunções absolutas, irreversíveis, que acabaram por manter certos setores da atividade privada apenas nominalmente sob o manto da responsabilidade subjetiva. [...]

Atualmente, um exame abrangente das diversas hipóteses de responsabilidade objetiva existentes em cada ordenamento jurídico revela, em muitos deles, o seu destacamento da própria noção de risco e a sua afirmação como simples responsabilidade independente de culpa.¹²⁵

A fim de enfrentar essa situação, o conceito de culpa teve de evoluir, passando a ser entendida como "erro de conduta"¹²⁶

Quem constrói o moderno conceito de forma bastante didática é Cavalieri Filho, segundo o qual, a culpa pode ser definida como a "*conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível*".¹²⁷

Desdobrando o conceito, em primeiro lugar, aparece a *conduta voluntária com resultado involuntário*. Isto é, o agente não pretende praticar o ilícito, mas *por não adotar a conduta adequada* acaba ocasionando o dano¹²⁸. Por isso, fala-se em erro de conduta, que passou a ser o cerne da culpa, segundo:

Sob tal designação, a culpa passou a ser entendida como "erro de conduta", apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação com um modelo geral de comportamento. A apreciação em abstrato do comportamento do agente, imune a aspectos anímicos do sujeito, justifica a expressão culpa objetiva, sem confundi-la

¹²⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 241

¹²⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 241

¹²⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 35

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59

¹²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 57

com a responsabilidade objetiva, que prescinde de culpa. Para evitar confusões, contudo, parte da doutrina passou a reservar tal concepção a denominação de culpa normativa, por fundar-se em juízo normativo entre a conduta concreta do sujeito e o modelo abstrato de comportamento. Seja qual for a terminologia empregada, a idéia da culpa como desnível de conduta, aferido em abstrato, afigura-se, hoje como a mais amplamente aceita na maior parte dos ordenamentos jurídicos.¹²⁹

Retomando as expressões mencionadas no conceito de Cavalieri Filho, encontra-se o dever de cuidado que se contrapõe a *falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção*, que ensina:

Vivendo em sociedade, o homem tem que pautar a sua conduta de modo a não causar dano a ninguém. Ao praticar os atos da vida, mesmo que lícitos, deve observar a cautela necessária para que seu atuar não resulte lesão a bens jurídicos alheios. A essa cautela, atenção ou diligência convencionou-se chamar de *dever de cuidado objetivo*.¹³⁰

Por fim o conceito de Cavalieri Filho estabelece como requisito a previsibilidade. Isto é, segundo as regras da experiência, o resultado danoso poderia ocorrer com certo grau de probabilidade, definindo dois critérios de aferição da previsibilidade. O objetivo "*tem em vista o homem médio, diligente e cauteloso*", caracterizando a exigibilidade de previsão "*do homem comum normal, do indivíduo de atenção e diligência ordinárias*"¹³¹. Já o critério subjetivo envolve as condições pessoais do agente, tais como, idade, grau de cultura, saúde.

Das considerações acima, verifica-se que aferição da culpa é atividade complexa, exigindo juízos de valor para cada caso concreto. Daí a lição de Cavalieri Filho:

Não havendo normas legais ou regulamentares específicas, o conteúdo do dever objetivo de cuidado só pode ser determinado por intermédio de um princípio metodológico - comparação do fato concreto com o comportamento que teria adotado, no lugar do agente, um homem comum, capaz e prudente. A conduta culposa deve ser aferida pelo que ordinariamente acontece, e não pelo que extraordinariamente possa ocorrer.¹³²

¹²⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 35

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 56

¹³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 60

¹³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59

São elementos que ajudam a avaliar a observância do dever de cuidado, as categorias tradicionais que caracterizam a falta de cautela: a negligência, a imprudência e a imperícia.

Negligência é a "*inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento*"¹³³. Trata-se da omissão "*daquilo que omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos*"¹³⁴. Resume Noronha, "*é a desatenção, falta de cuidado, que faz não prever um fato danoso que poderia acontecer*".¹³⁵

A imprudência caracteriza-se pela temeridade, "*é o excesso de confiança ou imprevidência, que leva a não adotar as cautelas necessárias, a não tomar as preocupações que seriam exigíveis para o fato danoso*"¹³⁶. Por fim, a imperícia, que é a culpa profissional¹³⁷, a falta de habilidade no exercício de atividade técnica¹³⁸.

Negligência, imprudência e imperícia não são espécies ou elementos da culpa, mas formas de exteriorização da conduta culposa.¹³⁹. Muitas vezes esses conceitos tendem a confundir-se, conforme a lição de Aguiar Dias:

É preciso, entretanto, observar que essas espécies se entrelaçam, e daí verificar-se a negligência revestida de imprevisão, a imprudência forrada do desprezo pela diligência e pelas regras da habilidade, a imperícia traçada de negligência.¹⁴⁰

É importante que se trate agora de duas modalidades de culpa: a presumida e a contra a legalidade.

Frequentemente é de fato diabólica a prova da culpa, consistindo em um obstáculo invencível para o lesado.¹⁴¹ Segundo Schreiber, a

associação da conotação psicológica da culpa com uma rigorosa exigência de sua demonstração conduziu, gradativamente, à modelagem

¹³³ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p.149

¹³⁴ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p.149

¹³⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 369

¹³⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 369

¹³⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 369

¹³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 61

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 61

¹⁴⁰ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006., p. 150.

¹⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 63.

jurisprudencial e doutrinário de um obstáculo verdadeiramente sólido para a reparação dos danos.¹⁴²

Em busca de soluções que assegurassem a reparação à vítima, a doutrina tradicional da responsabilidade civil teve que ser flexibilizada, conforme registra Hironaka:

Entre as várias transformações, vale destacar a vitória da concepção doutrinária da inversão do ônus probandi, solução de meia sintonia - permitam-me dizer - mas que, inegavelmente teve o condão de amenizar as enormes dificuldades enfrentadas então. Refiro-me ao recurso que passou a ser utilizado pelo legislador, albergando a inversão probatória, que se denominou *teoria da culpa presumida*.¹⁴³

Convém destacar que a culpa presumida não significa responsabilidade objetiva. Trata-se apenas de inverter o ônus da prova: "*O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado; mas, por se tratar de presunção relativa - juris tantum -, pode elidir essa presunção, provando que não tem culpa*".¹⁴⁴ Assim, o lesante poderá isentar-se da responsabilidade, se demonstrar outra causa para o dano, como força maior, caso fortuito, culpa da própria vítima ou o fato de terceiro.

Essas presunções são fixadas pela lei. Tradicionalmente, as hipóteses são criadas para os casos de responsabilidades complexas, como as que decorrem de fatos de outrem ou fato das coisas inanimadas.¹⁴⁵

A culpa contra a legalidade existe quando o dever jurídico descumprido *resulta do texto exposto de lei ou regulamento*. Essa espécie de culpa ocorre comumente no desrespeito às normas de trânsito, ou na inobservância de regras técnicas nas atividades profissionais. Citando Martinho Garcez Neto, Cavaliere Filho registra:

[...] se o dano resultou da violação de determinada obrigação imposta por lei ou regulamento, não há que apreciar a conduta do agente. Estabelecido o nexos causal, entre o fato danoso e a infração da norma regulamentar, nada mais resta a investigar: a culpa - que é *in re ipsa* - está caracterizada, em que se torne necessário demonstrar que houve imprudência ou imperícia.¹⁴⁶

¹⁴² SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 16.

¹⁴³ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Tendências Atuais da Responsabilidade Civil: Marcos Teóricos para o Direito do Século XXI**. Revista Brasileira de Direito Comparado, nº 19. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2001. p.

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 64

¹⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 65

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 65.

Cavaliere Filho acrescenta:

A mera infração da norma regulamentadora é fator determinante da responsabilidade civil; cria em desfavor do agente uma presunção de ter agido culpavelmente, incumbindo-lhe o difícil ônus da prova em contrário.¹⁴⁷

Outro fator a ser considerado na responsabilidade civil é o nexo de imputação. A conduta culposa, para haver responsabilização, depende de um juízo de reprovação. Ora, para ser reprovável, ser objeto de censura, o ato praticado "*depende da capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação do agente*".¹⁴⁸

Segundo Noronha, o nexo de imputação é "*o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este*", salientando que é "*o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa*".¹⁴⁹

De acordo com Varela, "*Diz-se imputável a pessoa com capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos actos que pratica e para se determinar de harmonia com o juízo que faça acerca deles*".¹⁵⁰ Conclui o autor português que para que haja imputabilidade, exige-se "*a posse de certo **discernimento** (capacidade intelectual e emocional) e de certa liberdade de **determinação** (capacidade volitiva)*".¹⁵¹

São casos de inimputabilidade os menores e os amentais, em decorrência da ausência, respectivamente, de desenvolvimento mental e de higidez. São os elementos da imputabilidade, segundo Cavaliere Filho, maturidade e sanidade.¹⁵²

No entanto, a ausência de nexo de imputação não exime o dever de indenizar. A obrigação recairá nas pessoas indicadas na lei. Por exemplo, respondem pelos menores de dezesseis anos, os seus pais; pelos amentais, respondem seus curadores (Código Civil, art. 932, I e II).

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 65.

¹⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49.

¹⁴⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 471.

¹⁵⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 563

¹⁵¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 563

¹⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 50.

Quando não houver quem responda pelo dano, ou se esses não dispuserem de meios "*a lesão tende a ficar sem reparação*".¹⁵³ Contudo, o art. 928 do Código Civil admite que se busque no patrimônio do infrator os meios para restabelecer o equilíbrio rompido pela lesão. Entretanto essa reparação deve ser equitativa, sem privar o lesante de meios para a sua subsistência. De acordo com Varela:

Em resumo, pode dizer-se que para haver responsabilidade da pessoa inimputável é necessária a verificação dos seguintes requisitos: a) que haja um fato ilícito; b) que esse facto tenha causado danos a alguém; c) que o facto tenha sido praticado em condições de ser considerado culposos, reprovável, se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável; d) que haja entre o facto e o dano o necessário nexo de causalidade; e) que a reparação do dano não possa ser obtida dos vigilantes do inimputável; f) que a equidade justifique a responsabilidade total ou parcial do autor, em face das circunstâncias concretas do caso.¹⁵⁴

Observou-se assim que a ação ou omissão que geram a obrigação de indenizar deve atender a uma série de condições. No entanto, também deve ser demonstrado que foi a conduta que de fato causou o dano, conforme será visto a seguir.

1.2.3 O nexo causal

O nexo causal exerce uma dupla função no âmbito da responsabilidade civil. A primeira é a imputação jurídica do resultado danoso ao responsável. A segunda consiste na limitação das verbas indenizatórias.¹⁵⁵

A primeira função é bastante conhecida, e resume-se a identificar qual a conduta que deu causa ao resultado:

A rigor, portanto, depois de reconhecida a existência do dano (sem o qual não há que se falar em obrigação de indenizar) a investigação do nexo de causalidade é o próximo passo a ser seguido. Antes de verificarmos, por exemplo, se o agente teve uma conduta culposa, faz-se necessário averiguar se esta conduta foi capaz de gerar o dano que se pretende indenizar. O exame dos fatores de atribuição vem em seguida, já que não

¹⁵³ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 564.

¹⁵⁴ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 565.

¹⁵⁵ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 80

faria sentido investigar-se conduta culposa ou a existência de uma atividade perigosa, se estas não são a potencial causa do dano.¹⁵⁶

A segunda função é determinar a extensão do dano, conforme determina o art. 944 do Novo Código Civil. Gisela Sampaio da Cruz registra em sua obra sobre o nexo causal:

A extensão do dano, portanto, deve ser sempre verificada a partir do nexo causal, e não da culpa, que apenas suscita a incidência da regra jurídica de concorrência de culpa, que melhor se exprimiria como regra jurídica de concorrência de causação.¹⁵⁷

Por fim é necessário destacar que a valorização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social impostas pela Constituição Federal de 1988, exigem que os institutos de direito civil priorizem a proteção da vítima do dano, ocasionando uma migração do sistema de responsabilidade subjetiva para a objetiva.¹⁵⁸ Assim a culpa deixa de ser o elemento essencial da responsabilidade civil, assumindo o nexo causal um papel fundamental.

O nexo causal se apresenta como um problema fundamental no direito, quando determinado resultado provém, ou aparenta provir, de mais de uma causa. A pluralidade de causas não é uma circunstância tão incomum. Tomem-se os acidentes de trânsito, uma das principais fontes de obrigação de indenizar. Não é impossível que em determinado acidente possa haver uma grande quantidade de ações, omissões e condições, concorrendo para um mesmo resultado, que devam ser examinadas: imprudência do condutor autor; imperícia do condutor vítima; negligência do fabricantes de automóvel inseguro; negligência da empresa responsável pela manutenção do veículo; negligência das autoridades responsáveis pela sinalização da via; imprudência no eventual ato de vandalismo praticado contra a sinalização; negligência da empresa responsável pela manutenção da via.

Portanto o fenômeno da pluralidade de causas deve ser examinado, com maior rigor conceitual. Uma classificação para o concurso de causas pode ser encontrada abaixo:

¹⁵⁶ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p.81

¹⁵⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 334.

¹⁵⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 17

- a) Causas Complementares: quando duas ou mais causas concorrem para produção de um evento que não seria alcançado de forma isolada por nenhuma delas;
- b) Causa Cumulativas: também chamadas de concorrentes, ocorrem quando cada uma delas é capaz de produzir o resultado de forma independente;
- c) Causas Alternativas: quando não é possível definir qual dos vários participantes causou o dano (identifica-se o grupo, mas não o agente).¹⁵⁹

A pluralidade de causas é relevante diante do instituto da solidariedade, segundo o qual todos os que violam o direito respondem solidariamente pela reparação (CC, art. 942).

Convém destacar que, nos casos de causalidade alternativa, a tendência moderna na responsabilidade civil é a flexibilização do nexo de causalidade como seu pressuposto. Estabelece-se a presunção do nexo de causalidade. Segundo Mulholland *"há uma tendência solidarista em relação à atribuição de responsabilidade civil ao grupo, como forma de facilitar a reparação dos danos injustamente causados"*.¹⁶⁰

Mulholland acrescenta:

Nesses casos, estamos diante de danos ocasionados por coletividades identificadas em que não é individualizada a conduta daquele que causou diretamente o dano a que se pretende a indenização. Podemos ainda identificar como hipóteses de responsabilidade coletiva as seguintes: 1. "racha" de automóveis; 2. rixa entre grupos rivais; 3. manifestações públicas, como protestos; e 4. responsabilidade médica na cirurgia.

Essa última hipótese recebeu acolhida jurisprudencial na Argentina de forma maciça. Trata-se da situação em que existem numerosos profissionais médicos presentes à sala de cirurgia quando há dano ao paciente que sofre a cirurgia. Neste caso, como será possível a imputação dos danos a um dos presentes? A não ser que seja absolutamente direta a identificação da causalidade, o grupo deverá responder como um todo, solidariamente, pela impossibilidade de determinar-se sobre quem deverá recair a obrigação de indenizar.¹⁶¹

Inicia-se a seguir a um breve registro sobre as diversas teorias existentes sobre o nexo causal. O maior problema dessa diversidade é levar a soluções distintas para o mesmo problema apresentado, conforme registra Mulholland:

Isso significa que cada uma das teorias que iremos analisar em seguida possui uma forma diversa para não só verificar a imputação dos danos, mas

¹⁵⁹ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 27

¹⁶⁰ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 218.

¹⁶¹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 218.

também para estabelecer o limite da indenização. Estas duas funções que o nexo de causalidade cumpre, portanto, deverão ser analisadas em cada uma das teorias. E esse é o problema em torno da causalidade, justamente por trazer resultados diversos, de acordo com a doutrina que é escolhida pelo aplicador do direito.¹⁶²

Nesse sentido, vale a crítica severa de Schreiber ao examinar os novos paradigmas da responsabilidade, demonstrando a erosão de seus filtros tradicionais, entre eles, o nexo causal:

7. O renovado debate doutrinário em torno das teorias da causalidade jurídica não tem encontrado na jurisprudência um público tecnicamente comprometido. Diante da miríade de teorias e orientações, as cortes parecem adotar, a cada caso, um entendimento diverso, não raro ocultando sob certa terminologia procedimentos racionais atinentes a doutrinas opostas. Embora tal fenômeno seja geralmente descrito como uma lamentável atecnia judicial, mais realista parece a constatação de que os tribunais têm simplesmente se recusado a dar ao nexo causal um tratamento rigoroso e de conseqüências aflitivas como o que fora anteriormente, reservado à culpa.¹⁶³

A teoria da equivalência dos antecedentes causais sustenta que todas as causas que concorrem para a produção do dano devem ser consideradas para fins de responsabilização. Não há causas mais relevantes que outras, pois todas são equivalentes. Também conhecida como teoria da *conditio sine qua non*, é aplicada por meio de um processo de supressão mental da causa em exame. Se a exclusão hipotética da causa do mundo dos fatos não produz o mesmo resultado, então ela foi condição necessária¹⁶⁴. Por outro lado, se com a eliminação hipotética mantém-se o mesmo efeito, a causa deve ser desconsiderada. Ensina Cavalieri Filho:

Como o próprio nome diz, essa teoria não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos). Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. Causa é a ação ou omissão sem a qual a o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada um teve. Por isso, essa teoria também é chamada de *conditio sine qua non*, ou da equivalência das condições.¹⁶⁵

¹⁶² MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 85.

¹⁶³ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 242.

¹⁶⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39

¹⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 72.

Essa teoria, que foi amplamente utilizada no âmbito do Direito Penal, tem sido alvo de críticas contundentes no âmbito do Direito Civil¹⁶⁶. A principal razão para que seja repudiada é a criação de uma cadeia infinita de causas que concorrem para o resultado. Um exemplo clássico é a responsabilização do fabricante da arma no caso de um homicídio¹⁶⁷. Isso ocorre porque um resultado é sempre dependente de uma série de condições anteriores à causa que efetivamente o produziu.

De acordo com Cruz, a teoria da equivalência dos antecedentes causais gerava quase sempre decisões injustas, em razão das regressões infinitas a causas anteriores:

Diante disso, até os autores que, como Demogue, a consideravam a única teoria cientificamente exata, acusam-na de transformar a série causal em uma cadeia sem fim, por meio dos mais pitorescos exemplos. Ao afirmar que o nascimento de uma pessoa não pode, em absoluto, servir de causa do acidente de que ela própria foi vítima, o referido autor deixa entrever o ponto fraco da teoria.¹⁶⁸

Aponta-se, ainda como defeito da teoria em sua aplicação no direito, a sua forte identificação com a causalidade natural:

A grande oposição que se faz à Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, todavia, diz respeito ao seu excessivo apego à causalidade natural. Com efeito, ao lado da causalidade natural (física ou psíquica), há que se levar em conta os limites objetivos traçados pelo sistema jurídico, sob pena de se chegar a resultados contraditórios. Do contrário, o nexo causal, estaria afastado na responsabilidade civil por omissão, pois não impedir um fato danoso que se tem o dever jurídico de evitar, sob o prisma naturalístico, jamais equivaleria a produzi-lo.¹⁶⁹

Observa-se também que no caso de concausas concorrentes, em que as causas isoladamente são suficientes para produzir o resultado, a teoria da *conditio sine qua non* é deficiente, pois suprimindo-se mentalmente uma conduta a outra causaria o dano de qualquer maneira, tornando irrelevante a primeira. O exemplo mais citado é o envenenamento praticado, de forma independente, por duas

¹⁶⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 40

¹⁶⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45

¹⁶⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 43.

¹⁶⁹ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 48.

peças utilizando quantidade de veneno suficiente para produzir a morte. A aplicação da teoria não permitiria imputar responsabilidade aos autores.¹⁷⁰

Apesar de suas deficiências, a teoria da equivalência dos antecedentes causais é ainda bastante utilizada. Cita-se como exemplo a decisão a seguir:¹⁷¹

Apelação cível. Responsabilidade civil. Estado do rio grande do sul requerido. Fuga de menor infrator. Assalto à mão armada. Policial militar atingido por disparos. Lesões corporais. Sentença de improcedência ao reconhecer a ausência de nexo causal pelo decurso de dez dias após a fuga. Impossibilidade. Falta do serviço de segurança pública. Seqüelas decorrentes da paralisia de parte da face e da lesão na coluna. Dever de indenizar.

Nexo causal: No caso concreto, não há falar-se em ausência de nexos de causalidade, uma vez que a falha na custódia do infrator foi o motivo determinante da fuga e esta, somada à ausência de recaptura, foi *conditio sine qua non* da ocorrência do evento danoso.

Ainda que não totalmente adequada, a teoria da *conditio sine qua non* pode ser utilizada em conjunto com outras teorias, como um primeiro passo para excluir liminarmente causas que não produziram o resultado.

A **teoria da causa próxima** adota um critério meramente temporal para fixar a causa que produziu o resultado. De acordo com essa teoria, somente a última condição permite que as anteriores produzam o efeito final, portanto é a que deve ser escolhida para fins de responsabilização. Contudo, essa teoria também merece críticas, porque nem sempre a última ação da cadeia de eventos é a que contém maior grau de lesividade. Registra Cruz que é muito difícil estabelecer com precisão a distância temporal entre o ilícito e o fato danoso, acrescentando:

A Teoria da Causa Próxima reduz, portanto, a responsabilidade do agente à mera questão cronológica, conduzindo o julgador muitas vezes a soluções injustas, o que não pode ser admitido pela ciência jurídica. Mesmo no Direito anglo-saxão, onde nasceu, esta teoria está sendo abandonada.¹⁷²

Também conhecida como teoria da condição mais eficaz ou mais ativa, a **teoria da causa eficiente** refuta a idéia de que todas as condições têm o mesmo valor. Busca-se a causa de maior grau de eficiência no resultado:

Entre os antecedentes causais, os defensores dessa teoria destacavam: (i) a causa que produz o resultado; (ii) a condição que não produz o resultado,

¹⁷⁰ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 148.

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70010630549. Relator: Artur Arnildo Ludwig. 06/04/2006. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em 28/06/2009

¹⁷² CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 57.

mas de alguma forma remove o obstáculo para atuação da causa; e, (iii) a ocasião que favorece a operatividade da causa eficiente.¹⁷³

Por sua vez, a **teoria da causa preponderante** afirma que causa é a condição que rompe o equilíbrio entre os fatores favoráveis e adversos à produção do dano. Explica Cruz:

A atividade humana está sempre interferindo na atuação de forças, ora reforçando as condições (positivas) que se endereçam à produção do evento, ora, ao contrário, enfraquecendo aquelas condições (negativas) que dificultam a sua realização. Desse modo, qualquer alteração no mundo naturalístico, por mais insignificante que seja, pode implicar o rompimento do equilíbrio entre as forças modificadoras, em vantagem destas últimas. Por esta teoria, então, causa é a conduta que consegue dar prevalência às condições positivas sobre as negativas e, assim, romper o equilíbrio anteriormente estabelecido, imprimindo direção decisiva para o resultado.¹⁷⁴

A fragilidade dessas teorias está em aplicá-las ao caso concreto, pela dificuldade de identificar, entre todas as condições, aquela que é a causa eficiente.¹⁷⁵ Por isso são teorias ultrapassadas.

Elaborada por Johannes von Kries, fisiologista alemão, a **teoria da causalidade adequada** consiste em aferir a probabilidade de determinada causa produzir o resultado:

De acordo com esta teoria, quanto maior é a probabilidade com que determinada causa se apresente para gerar um dano, tanto mais adequada é em relação a esse dano. Assim, diante de uma pluralidade de concausas, indaga-se qual delas, em tese, poderia ser considerada apta a produzir o resultado (“domínio do saber ontológico”). Respondida esta primeira pergunta, questiona-se se essa causa, capaz de causar o dano, é também hábil segundo as leis naturais (“domínio do saber gnomológico”).

Não basta, então, que um fato seja condição de um evento; é preciso que se trate de uma condição tal que, normal ou regularmente, provoque o mesmo resultado. Este é o chamado “juízo de probabilidade”, realizado em abstrato – e não em concreto, considerando os fatos como efetivamente ocorrerem-, cujo objetivo é responder se a ação ou omissão do sujeito era, por si só, capaz de provocar normalmente o dano.¹⁷⁶

Salienta-se que a verificação de adequabilidade não parte da conduta do caso concreto, mas, de forma abstrata. Esse processo de avaliação da probabilidade

¹⁷³ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 58.

¹⁷⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 60.

¹⁷⁵ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 60.

¹⁷⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 65.

de ocorrência do resultado, ou seja, de examinar se a conduta é idônea para produzi-lo, é descrito em detalhe por Paulo José da Costa Júnior:

Determina-se a idoneidade da conduta (humana e concreta) ex post, ou seja, depois que os fatores causais tenham operado, mas por meio de um juízo ex ante. Não se efetua, pois um diagnóstico (sempre póstumo), mas um prognóstico com retrocesso temporal. [...] Esta análise ex post é empreendida pelo magistrado, que deverá colocar-se na posição do agente, no momento da conduta levada a efeito, aquilatando daquilo que se deveria esperar seguindo os ditames da experiência, bem como de tudo aquilo que poderia conhecer o homem médio, o homem prudente ou o homem agente por razões particulares.

Em resumo: o julgador, retrocedendo no tempo até o momento da conduta, colocando-se no lugar do agente, analisa os fatos, já verificados, como se ainda se devessem verificar (nachtägliche Prognose). Emite, então, um juízo, que é corolário de um silogismo, cuja premissa maior é constituída pelo conhecimento das leis da natureza (conhecimento nomológico), e cuja premissa menor é integrada pelas condições particulares em que se encontrava o agente (conhecimento ontológico). e este juízo é o futuro do passado.¹⁷⁷

Segundo Mulholland, a teoria está associada ao *curso normal dos eventos* a uma *idéia de regularidade*.¹⁷⁸ A análise deve ser baseada em uma pluralidade de casos. Apresenta a autora a seguinte situação:

Em exemplo utilizado pela doutrina, uma pessoa, tendo que tomar um avião, o perde em decorrência do atraso do táxi previamente contratado através de companhia de transporte. Ao chegar ao aeroporto, depois de verificar que seu vôo já havia partido, toma um segundo vôo que, após a decolagem, vem a sofrer acidente matando todos a bordo. Pela teoria da causalidade adequada, deve-se analisar este caso através de uma perspectiva em abstrato. A pergunta que deve ser feita é: numa situação abstratamente considerada, o atraso no táxi seria causa adequada da morte de uma pessoa? Se sim, aí teremos o responsável que deverá indenizar pelos danos gerados. Se não, não há que se falar em responsabilidade do taxista, afastada pela pesquisa abstrata da causa. Isto porque o atraso do táxi não é causa adequada para o dano ocorrido, qual seja, a morte de seu cliente pela queda do avião. A perda do vôo seria um efeito adequado do atraso do taxista, mas não a morte pelo acidente aéreo.¹⁷⁹

A principal crítica que se dirige à teoria é quanto ao seu método de trabalho: "*Por que examinar o que já aconteceu como se ainda não houvesse realizado, se na verdade já se verificou?*"¹⁸⁰. Essa opção torna-a excessivamente filosófica e dependente do arbítrio do julgador:

¹⁷⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo Causal**. 3.ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 115)

¹⁷⁸ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 151.

¹⁷⁹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 151.

¹⁸⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 78

No entendimento de Antônio Menezes Cordeiro, a fórmula de adequação, se bem se atentar, é pouco explicativa, pois "em abstracto, são viáveis as mais diversas causas, tudo dependendo dos dados que se acrescentem", o que esclarece com o seguinte exemplo: o agente A atinge a vítima B, no peito com um tiro; B morre: há relação de causalidade, uma vez que o disparo no peito é causa adequada de morte. Mas se, em vez disso, A apenas deixasse cair os óculos no chão e B, em consequência do susto morresse: não haveria causalidade, por falta de adequação; contudo, se A, herdeiro de B e conhecedor de sua insuficiência cardíaca, "agravada por grande sensibilidade ao inesperado", deixa cair os óculos de propósito, na tentativa de matar B que, de fato, morre, já haverá responsabilidade. "E adequação? Se a resposta for positiva, veremos que a fórmula da 'adequação' já não é bitola de coisa nenhuma: trata-se, apenas, dum espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético, até que a ciência do Direito seja capaz de explicar o fenómeno".¹⁸¹

Outro defeito atribuído à causalidade adequada é "*ampliar exageradamente o campo da irresponsabilidade penal*", efeito que pode ser trasladado à responsabilidade civil.¹⁸²

De qualquer modo a teoria foi amplamente adotada, inclusive no Brasil, sendo sustentada por parte significativa da doutrina e pelos tribunais.

A insatisfação com as limitações da causalidade adequada levou os doutrinadores a desenvolverem a **teoria do escopo da norma jurídica violada**, que, segundo:

[...] se funda no pressuposto de que não é possível individualizar um critério único e válido para se aferir o nexos causal em todas as hipóteses de responsabilidade civil. Propõe-se, então, que o julgador se volte para função da norma violada, para verificar se o evento danoso recai em seu âmbito de proteção. Por outras palavras, quando o ilícito consiste na violação da regra imposta com o escopo de evitar a criação de um risco irrazoável, a responsabilidade estende-se somente aos eventos danosos que sejam resultado do risco em consideração do qual a conduta é vedada. Para explicar a teoria, Marco Capecchi formula o seguinte exemplo: um automóvel estacionado em local proibido, reservado para deficientes, é abalroado. Neste caso, nenhuma responsabilidade deve ser imputada ao motorista só porque estava parado em lugar proibido, [...] "porque a norma não pretendia prevenir os sinistros, mas somente facilitar os portadores de deficiência".¹⁸³

Mulholland apresenta uma descrição do método utilizado na aplicação da teoria do escopo da norma jurídica violada:

Significa dizer que, numa dada hipótese de dano, a causa deste será identificada como aquela sem a qual o dano não teria se verificado (causa

¹⁸¹ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexos Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 78

¹⁸² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexos Causal**. 3.ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 119

¹⁸³ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexos Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.87

sine qua non), numa análise naturalística e material de causalidade. Identificadas as potenciais causas do dano, deverão ser analisadas as condutas agora do ponto de vista jurídico. Isto é, dever-se encontrar a resposta para a pergunta: alguma das condutas no rol de causas *sine qua non* é proibida por determinada norma? Ou em outras palavras a conduta que levou potencialmente ao dano ingressa no âmbito do escopo da norma violada? Se a resposta for afirmativa, aí se encontra a causa do dano, naturalística e juridicamente determinada. Investiga-se assim a intenção do legislador, ou melhor, a razão de ser da norma violada, e, com base nesta razão de ser, estabelece-se o fundamento da responsabilidade civil.¹⁸⁴

Hart oferece um exemplo bastante ilustrativo em que apesar de ocorrer dano e violação a direito, não se verifica a responsabilidade civil, quando se aplica a teoria do escopo da norma jurídica violada:

[...] uma companhia de ônibus admite um número maior de pessoas do que aquele recomendado para a segurança do veículo e de seus passageiros, quando um ladrão, beneficiando-se da lotação do ônibus, furta um de seus passageiros. Pela aplicação da teoria ora examinada, não haverá responsabilidade civil da empresa transportadora pelos danos causados a seu passageiro, na medida em que a norma que estabelece o limite de passageiros de um determinado veículo (norma esta violada) não visa impedir a atuação de assaltantes, mas simplesmente garantir a incolumidade física de seus passageiros. Daí porque só estar abrangida como causa de responsabilidade civil da transportadora as hipóteses danosas que dizem respeito à criação de um risco referente à segurança dos passageiros, diretamente referenciada à sua incolumidade.¹⁸⁵

Gisela Sampaio da Cruz alerta, que apesar da pouca atenção dada à teoria no Brasil, em vários países a doutrina e a jurisprudência a tem acolhido, pois tem-se prestado a resolver com facilidade problemas como a responsabilidade de administradores, as matérias referentes às omissões, às normas de proteção e aos deveres de tráfego.¹⁸⁶ No entanto ela também é passível de críticas:

A crítica retumbante que se faz a esta corrente teórica é de que em não raras vezes é extremamente dificultosa a identificação de uma norma específica estatuída para a proteção daquela situação determinada. A investigação do escopo de proteção da norma ficaria, assim, empobrecida e utilizar-se-ia o dever geral de *neminem ledere* como norma geral de proteção de danos (além dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social).¹⁸⁷

A teoria da ação humana procura distinguir os conceitos de *ação* e de *causalidade*. Assim, a causalidade natural (física) é irrelevante, pois somente aquela

¹⁸⁴ MULHOLLAND, 2009, p. 174.

¹⁸⁵ HART, Herbert *apud* MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 176

¹⁸⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 93

¹⁸⁷ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 178

oriunda da vontade do sujeito é relevante para o direito. Portanto não se investiga, quando a ação produz o resultado, mas quando um sujeito é o autor desse, voltando-se mais a reprovabilidade da conduta humana, razão pela qual não se aplica satisfatoriamente no Direito Civil.¹⁸⁸

A **teoria do dano direto e imediato** também é conhecida como teoria da interrupção do nexa causal. Entre diversas subteorias nela incluída a mais sólida é a escola da necessariedade da causa. Salienta-se que a expressão *direto e imediato* decorre diretamente de texto legal: "*Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual*". De acordo com Mulholland:

Pela subteoria da necessariedade da causa, por "direto e imediato" entende-se, portanto, que o dano deve ser um efeito necessário da conduta, isto é, que o evento foi de tal maneira que a sua consequência teria o efeito necessário que se verificou. As expressões "direto" e "imediato" devem ser consideradas conjuntamente, significando a idéia de necessariedade.¹⁸⁹

Sobre essa teoria Sampaio da Cruz registra:

Assim, embora muitos sejam os fatores que contribuem para produção do dano; nem por isso se deve chamar de causa todos eles, mas tão-só os que se ligam ao dano em relação de necessariedade, a romper o equilíbrio existente entre as outras condições. A Teoria do Dano Direto e Imediato distingue, então, entre o conjunto de antecedentes causais, a causa das demais condições. Se várias condições concorrem para o evento danoso, nem todas vão ensejar o dever de indenizar, mas apenas aquela levada à categoria de causa necessária do dano.¹⁹⁰

Agostinho Alvim (1980, p. 356) tece as seguintes considerações sobre a teoria:

Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente.

Ela é causa necessária desse dano, porque a ela ele se filia necessariamente; é causa exclusiva, porque opera por si, dispensadas outras causas.

Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.

¹⁸⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexa Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 96

¹⁸⁹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 169.

¹⁹⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexa Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 102

Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução.¹⁹¹

Convém destacar que a causa direta e imediata não se aproxima do resultado pelo critério temporal, mas, sim, pelo lógico. Respondendo às críticas feitas à teoria, também é importante elucidar que pode haver mais de uma causa necessária, que gera a obrigação de indenizar, como no caso das causas concorrentes e das complementares.¹⁹²

Existe uma grande confusão no direito pátrio sobre a teoria que foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro:

A grande crítica que se faz no Brasil em relação à determinação do nexo de causal é dirigida aos magistrados que, em última instância, são aos que incumbem a difícil tarefa de identificar o nexo causal e justificar a imputação dos danos e a sua limitação. A completa falta de critérios jurídicos e a actinia para a definição e pesquisa do nexo causal gerou confusão terminológica e uma miscelânea de decisões que ora adotam como justificativa a teoria da causalidade adequada, ora adotam a teoria do dano direto e imediato, ou até mesmo a teoria da equivalência das condições. Mas mesmo assim, ainda existem aqueles que utilizam uma das três determinações, com o fundamento teórico de outra teoria.¹⁹³

Há doutrinadores que sustentam que a teoria adotada no Brasil foi a causalidade adequada¹⁹⁴. Por sua vez, Sampaio da Cruz fez detalhada análise sobre o tema:

De fato, no Brasil, a verificação do nexo de causalidade é feita de forma intuitiva e atécnica, ora sob influência de uma escola, ora de outra. É por isso que, como observa Gustavo Tepedino, se torna indispensável, para se entender como a causalidade é aferida pela jurisprudência, ter em vista não as designações das teorias, tratadas de modo eclético pelas Cortes, senão a motivação que inspira as decisões, permeadas, ao ver deste autor, "predominantemente pela teoria da causalidade necessária".¹⁹⁵

Cruz cita a seguinte decisão¹⁹⁶ do Supremo Tribunal Federal que demonstraria a opção pela teoria do dano direto e imediato:

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda

¹⁹¹ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 356

¹⁹² CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 104

¹⁹³ MULHOLLAND, 209, p. 189

¹⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68

¹⁹⁵ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 122

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 130.764-1/PR. 12/05/2002. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em < <http://www.stf.jus.br> > Acesso em 28/06/2009

Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹⁹⁷

Pôde-se verificar que o tema relativo ao nexo de causalidade é complexo e pode levar a soluções jurídicas diversas. Especificamente com relação aos danos causados ao erário, será proposta a adoção da teoria do escopo da norma violada como a que mais se coaduna à Administração Pública.

1.3 Excludentes da Responsabilidade Civil

Deve-se ainda fazer o registro sobre as excludentes da responsabilidade civil. Trata-se das hipóteses que exoneram o suposto responsável da obrigação de indenizar. De acordo com Noronha, as excludentes ou eximentes da responsabilidade podem ser classificadas em quatro grupos: aquelas ligadas aos nexos de imputação ou de causalidade; as fundadas em dispositivos legais específicos; a prescrição; e as cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade.¹⁹⁸ Aqui far-se-á rápida menção aos dois primeiros grupos.

¹⁹⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 123

¹⁹⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 519

Os casos mais comuns de exoneração da responsabilidade são os referentes à exclusão do nexo de causalidade. São o caso fortuito, a força maior, o fato de terceiro e o fato do próprio lesado.

Fato de terceiro é a conduta antijurídica praticada por outra pessoa que não seja quem está sendo responsabilizado, citando-se como exemplo a colisão de veículos com "engavetamento". Se os condutores dos veículos intermediários conseguem frear, evitando inicialmente a colisão, mas são empurrados pelo último veículo da fila, vindo a colidir, poderão ter excluída a responsabilidade, porque houve um fato de terceiro que deu efetiva causa ao dano.¹⁹⁹ O fato exclusivo do lesado ocorre quando a própria vítima é a causadora do dano.²⁰⁰ Na verdade, essas situações ocorrem quando o suposto responsável apenas aparentemente deu causa ao dano.

Caso fortuito e força maior são conceitos em que a doutrina não chegou a um consenso. Para Cavaliere Filho ambos se caracterizam "*por acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação*", mas o caso fortuito é o evento imprevisível, portanto inevitável.²⁰¹ Na força maior o fato, ainda que previsível, é inevitável por ser superior às forças do agente; são os fatos da natureza (enchentes, tempestades).

As excludentes do nexo de imputação (ou da ilicitude) são os conhecidos atos justificados, aqueles que causam danos "*em circunstâncias em que seria inexigível outra conduta*".²⁰² O art. 188 do Código Civil estabelece três hipóteses: exercício regular de um direito (por exemplo, cobrar uma dívida ou abrir loja reduzindo a clientela do concorrente); legítima defesa; e estado de necessidade (quando o dano é causado a fim de remover perigo iminente).²⁰³

Ressalta-se que o estado de necessidade e a legítima defesa não excluem a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros (arts. 929 e 930 do Código Civil).

¹⁹⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 624.

²⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 89

²⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 91

²⁰² NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 521

²⁰³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 43

De acordo com Cavalieri Filho, "*São as hipóteses de indenização por ato lícito, que têm por fundamento a equidade*".²⁰⁴

Noronha acrescenta ao rol de excludentes as excepcionais situações em que não basta a culpa para a responsabilização; exige-se o dolo ou a culpa grave. Cita como exemplos: a denúncia infundada de crime; atos praticados por juízes no exercício da sua função; e o transporte por simples cortesia (*carona*).²⁰⁵

²⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 43.

²⁰⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 521.

2 DANO AO ERÁRIO: ALGUMAS HIPÓTESES SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO TCU

O Tribunal de Contas da União é o órgão constitucionalmente incumbido de julgar as constas daqueles que causam dano ao erário. Assim, a sua jurisprudência é copiosa no tratamento desses casos e será utilizada como fundamento deste trabalho.

Antes de iniciar a análise das principais hipóteses de prejuízo aos cofres públicos, é necessário revisar o regime jurídico administrativo e alguns dos princípios que o compõe.

2.1 O Regime Jurídico Administrativo

O estudo, sob a perspectiva jurídica, dos atos que envolvem a Administração Pública torna-se mais fácil e preciso quando examinados a partir de princípios gerais. Assim, ao se examinar determinado instituto pertinente ao Direito Administrativo, *"não há necessidade de enumerar e explicar pormenorizadamente o complexo de total de regras que lhe são pertinentes"*, pois, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, ele receberá de início *"o conjunto de princípios genéricos, convindo apenas agregar-lhes as peculiaridades"*.²⁰⁶

Propõe então Mello, no estudo do Direito Administrativo, a adoção da categoria jurídica básica do regime jurídico administrativo, que consiste em *"um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam a sua compreensão sob uma perspectiva unitária"*.²⁰⁷ O que compõe esse sistema, isto é, o conteúdo do regime jurídico administrativo, são os princípios genéricos. Segundo Zimmer Júnior, o regime jurídico administrativo é *"o conjunto ordenado de princípios e de regras que regulam a atuação administrativa"*.²⁰⁸

²⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 44

²⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 44.

²⁰⁸ ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 24.

Esses princípios concernentes ao Direito Administrativo encerram restrições e prerrogativas para a Administração Pública. Nesse sentido, sustenta Di Pietro que "*O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre os particulares constitui o regime jurídico administrativo*".²⁰⁹

Esse binômio restrições-prerrogativas caracteriza, de forma muito feliz, o campo da atuação administrativa no âmbito público, conforme registra Di Pietro:

Assim, o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a **proteção aos direitos individuais** frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de **necessidade de satisfação dos interesses coletivos**, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos.

Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições e prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração, necessária à consecução de seus fins, são-lhes outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**.²¹⁰

Verifica-se, assim, que o par restrições-prerrogativas converge para o que Mello considera as "*pedras de toque*" do regime jurídico administrativo, que "*se delinea em função da consagração de dois princípios*":

- a) a supremacia do interesse público sobre o privado;
- b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.²¹¹

A supremacia do interesse público sobre o privado externaliza-se pela posição privilegiada e superior que se encontra a Administração na relação com os particulares.²¹² É privilegiada porque a ordem jurídica lhe atribui benefícios especiais, tais como, prazos judiciais dilatados, prazos prescricionais especiais. É posição superior, considerando a imagem de verticalidade da relação, porque a atuação estatal demanda, necessariamente autoridade:

²⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 62.

²¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61

²¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45

²¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.59.

Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de *constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral* daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de *modificar, também unilateralmente*, relações já estabelecidas.²¹³

A indisponibilidade dos interesses públicos implica que ninguém, nem mesmo a administração, pode dispor livremente sobre eles, cabendo-lhe somente "o *dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente*".²¹⁴ Observa-se, desse modo, que a tutela dos interesses públicos é regida pelo critério da legalidade. Nesse sentido, Di Pietro considera que os princípios fundamentais do direito público são a legalidade e a supremacia do interesse público.²¹⁵

2.1.1 Princípios básicos da administração pública

Não é objetivo deste trabalho esmiuçar os princípios que regem a Administração Pública, mas a análise de alguns deles é relevante, senão pela sua própria importância, pela necessidade de contextualizar a aplicação dos institutos da responsabilidade civil por dano causado ao erário.

Convém destacar que cada doutrinador apresenta um elenco diferenciado de princípios. De qualquer forma, uma rápida verificação na doutrina consultada indica um rol bastante longo de princípios: legalidade; moralidade; impessoalidade; publicidade; eficiência; supremacia do interesse público; indisponibilidade dos interesses públicos; finalidade; razoabilidade; proporcionalidade; motivação; devido processo legal; controle judicial dos atos administrativos; responsabilidade do estado por atos administrativos; segurança jurídica; presunção de legitimidade; especialidade; controle ou tutela; autotutela; hierarquia; obrigatoriedade de

²¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.59.

²¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 64.

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 63.

desempenho da administração; continuidade do serviço público; isonomia dos administrados em face da Administração.²¹⁶

Inicialmente salienta-se que alguns dos princípios estão expressamente citados na Constituição Federal (art. 37): legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Há outros que, embora sejam implícitos, devem receber o *status* de constitucionais, seja por constarem em outros dispositivos do Constituição, ou por decorrerem logicamente dos princípios expressos ou do sistema constitucional como um todo.²¹⁷

O princípio da **legalidade** "*significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar*"²¹⁸, sob pena ser inválido o ato praticado. Insculpido no texto constitucional (art. 5º, II e art. 84, IV), informa que o Estado também se submete à lei, consistindo em uma garantia individual.²¹⁹ É novamente Meirelles que ensina:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. enquanto a na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.²²⁰

É importante destacar que a expressão *legalidade* tem uma acepção mais abrangente do que lei em sentido estrito. A Administração também se sujeita às normas infralegais que ela própria edita:

Em suma, a lei, ou, mais precisamente, o sistema legal, é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa. A expressão "legalidade" deve, pois, ser entendida como "conformidade à lei e, sucessivamente, às subseqüentes normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discricão", adquirindo então um sentido mais extenso. Ou seja, é o desdobramento de um dos aspectos do princípio da legalidade o respeito, quando da prática de atos individuais, aos atos genéricos que a Administração, com base na lei, haja produzido para regular seus comportamentos ulteriores.²²¹

²¹⁶ MEIRELLES, 1997. p. 82-88; MELLO, 2005, p. 58-113; DI PIETRO, 2009, p. 63-97; ZIMMER JÚNIOR, p. 144-150.

²¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 84

²¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 82

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009., p. 63

²²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.82

²²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 65.

O princípio da **impessoalidade**, de acordo com Zimmer Júnior, corresponde, em um dos seus aspectos, ao princípio da igualdade ou isonomia.²²² Implica a "*idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis*".²²³ Há quem considere que o princípio guarda identidade com princípio da finalidade²²⁴, ou que "*significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário*".²²⁵ Contudo, a acepção que parece mais útil, ao menos no que toca ao objeto que se examina, é a de isonomia, no sentido de que, *se todos são iguais perante a lei*, nos termos do art. 5º da Constituição Federal, também devem ser diante da Administração.²²⁶

O princípio da **finalidade** estipula que "*não se admite outro objetivo para o ato administrativo que o interesse público*".²²⁷ Assim, é bastante evidente e até intuitivo que o ato que não for dirigido a atender interesses gerais (Lei 9.784/99, art. 2º) viola o princípio. Contudo, um ato pode contemplar um interesse público, mas ser contrário à finalidade específica da lei que o suporta, conforme registra Mello:

Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também a finalidade *específica* abrigada na lei a que esta dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da *finalidade legal*, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que "o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato. É que a lei, ao habilitar uma dada conduta, o faz em vista de um certo escopo. Não lhe é indiferente que se use, para perseguir dado objetivo, uma ou outra competência, que se estriba em uma ou outra atribuição conferida pela lei [...]"²²⁸

²²² ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 112.

²²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 102

²²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 85.

²²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 615

²²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 102

²²⁷ ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 118

²²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 96.

Portanto, o princípio da finalidade exige que o ato administrativo não só se vincule ao interesse público como observe a própria finalidade da lei que o autoriza.

O princípio da **eficiência** guarda estrita relação com o conceito de *dever de boa administração* oriundo do direito italiano.²²⁹ Ganhou estatura constitucional com a Emenda Constitucional nº 19/1998, que promoveu ampla reforma na Administração Pública. Assinala Di Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.²³⁰

O **princípio da publicidade** está relacionado a um dever de transparência.²³¹ Ele é muito mais amplo do que a simples necessidade de divulgar alguns atos administrativos, de acordo com o ensinamento de Meirelles:

A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais.²³²

A **moralidade administrativa**, segundo Maurice Hariou, é o "*conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração*".²³³ Antonio José Brandão oferece a noção de que a moralidade administrativa "*é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário*".²³⁴ Salienta Di Pietro a grande abrangência da moralidade administrativa:

²²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 90.

²³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009., p. 82.

²³¹ MELLO, 1995, p. 102

²³² Meirelles, 1995, p. 87

²³³ HARIOU, Maurice *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009., p. 76

²³⁴ BRANDÃO, Antonio José *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009., p. 76.

Mesmo os comportamentos ofensivos à moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa (cf. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, 1974:11).

Além disso, o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São frequentes, em matéria de licitação, os conluíus entre os licitantes, a caracterizar ofensa ao referido princípio.

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.²³⁵

Sem pretender esgotar a matéria, mencionaram-se aqui alguns princípios que regem a Administração Pública, aqueles que têm maior relevância para este trabalho.

2.2 Dano ao Erário e Julgamento de Contas pelo TCU

Antes de tratar especificamente das situações típicas em que ocorre dano ao erário, segundo a jurisprudência do TCU, convém conhecer um pouco mais sobre esse órgão.

Inerente à própria concepção de Estado de Direito é a ideia de controle. Se a Administração está subordinada à lei, devem-se prover meios de garantir essa obediência. De acordo com José Afonso da Silva:

*A função de fiscalização engloba esses meios que se preordenam no sentido de impor à Administração o respeito à lei, quando sua conduta contrasta com esse dever, ao qual se adiciona o *dever de boa administração*, que fica também sob vigilância dos sistemas de controle.*²³⁶

Para Meirelles, "*controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro*".²³⁷ Uma das classificações possíveis para controle é aquela feita a partir do poder que o exerce. Assim, tem-se o controle administrativo,

²³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009., p. 77

²³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 681

²³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 575.

no qual a própria Administração revê seus atos, segundo o poder de autotutela.²³⁸ Há ainda o controle judicial, decorrente do monopólio da função jurisdicional, visto que o texto constitucional garante que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*" (art. 5º, XXXV). E, por fim, o controle legislativo, que é político e financeiro.

A Constituição Federal estabeleceu no parágrafo único do art. 70 a obrigação de prestar contas pela gestão de recursos públicos. Note-se que o texto procurou dar a maior abrangência possível a essa obrigação, pouco importando a natureza ou a condição da pessoa e a forma que se vincula aos valores públicos:

Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Segundo Meirelles, "*a prestação de contas não se refere apenas aos dinheiros públicos, à gestão financeira, mas a todos os atos de governo e de administração*".²³⁹ Conclui o autor que:

O dever de prestar contas alcança não só administradores de entidades e órgãos públicos como, também, os de entes paraestatais e até os particulares que recebam subvenções estatais para aplicação determinada (CF, art. 70 e parágrafo único). A regra é universal: quem gere dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve contas ao órgão competente para a fiscalização. [...] ²⁴⁰

A Constituição atribuiu ao Tribunal de Contas da União uma série de competências relacionadas ao dever de prestar contas da utilização de recursos públicos. Salieta-se que o TCU é órgão independente, não integra a estrutura do Poder Legislativo, nem a esse se subordina. Odete Medauar esclarece a posição do Tribunal dentro da Administração Pública:

Parece-nos que a expressão "com o auxílio do Tribunal de Contas", do art. 71 da Constituição Federal, tem gerado certa confusão no tocante aos vínculos entre esse órgão e o Legislativo, para considerá-lo subordinado hierarquicamente a tal poder, dada sua condição de auxiliar. Muito comum é a menção do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarreta a idéia de subordinação. Confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. A Constituição Federal, em artigo algum, utiliza a expressão "órgão auxiliar"; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função,

²³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009., p. 727

²³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 93.

²⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 93.

portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização. Tendo em vista que a própria constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente.²⁴¹

O Tribunal de Contas da União extrai suas competências diretamente da Constituição Federal (art. 71). Resumidamente, elas são: I - apreciar as contas do Presidente da República; II - **julgar as contas** dos administradores da Administração Pública e as contas **daqueles que derem causarem prejuízo ao erário público**; III - apreciar atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias; IV - realizar auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais; VI - fiscalizar a aplicação de recursos de convênios; VII - prestar as informações ao Congresso Nacional sobre as fiscalizações realizadas; VIII - aplicar as sanções previstas em lei, em especial multas; IX - assinar prazo para adoção de providências necessárias ao cumprimento da lei; X - sustar a execução do ato impugnado; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Interessa aqui, a competência do inciso II, ou seja, o julgamento das "*contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público*". Note-se que, se o monopólio da função jurisdicional é do Poder Judiciário, deve-se esclarecer o conteúdo do verbo julgar.

Fixar a natureza do julgamento de contas pelo TCU é tarefa árdua e controvertida, segundo Zymler:

Em verdade, os que se posicionam extremadamente - equiparando as deliberações do TCU a sentenças judiciais ou entendendo-as como mero exame formal de contas - desconhecem o real escopo da moderna processualidade administrativa que, fazendo atuar o processo, inspirada pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, permite ao Tribunal de Contas da União estabelecer juízo de mérito sobre os atos dos agentes públicos responsáveis por bens e dinheiros públicos.

Para consecução desse mister, nada obsta que o TCU possa avaliar os elementos objetivos e subjetivos da atuação do agente, de sorte a julgar

²⁴¹ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública pelos Tribunais de Contas**. Revista de Informação Legislativa, nº 108. Brasília: Senado Federal, 1990. p. 124

suas contas, não mediante mera atestação de regularidade formal de um elenco de demonstrações contábeis, mas, sim, apreciando, em sua plenitude, sob o prisma da legalidade, legitimidade, economicidade (*caput* do art. 70, CF), o conjunto de atos administrativos praticados pelos responsáveis durante o exercício financeiro (Prestação ou Tomada de Contas) ou associados à determinada ocorrência (Tomada de Contas Especial).²⁴²

Augusto Sherman Cavalcanti ao analisar o processo de contas verifica nele a existência de três dimensões fundamentais: "*A primeira diz respeito ao julgamento da gestão do administrador responsável; a segunda, à punibilidade do gestor faltoso; e a terceira, à reparação do dano eventualmente causado ao erário*".²⁴³ De acordo com o autor:

A primeira dimensão – atinente ao julgamento da gestão do administrador responsável - parece-nos a mais importante entre as três, tendo em vista que realiza o princípio republicano de informar o povo – elemento pessoal do Estado – de como estão sendo utilizados - se bem ou mal - os recursos financeiros que, em sua maioria, foram-lhe subtraídos compulsoriamente mediante tributação.²⁴⁴

A segunda dimensão, que é dependente da primeira, corresponde à *punibilidade do gestor faltoso*. Ela se efetiva mediante a aplicação das sanções previstas em lei.

A terceira - que é a mais afeta ao presente estudo - é a *reparação do dano causado ao erário*. De acordo com Cavalcanti, ela "*exsurge do reconhecimento, no julgamento das contas, da ocorrência de dano ao erário e do nexo de causalidade entre o dano e os atos praticados pelo gestor*".²⁴⁵

Embora os danos causados ao erário possam ser observados nas tomadas e prestações de contas anuais, eles aparecem com mais frequência em processos específicos chamados tomadas de contas especiais. Sobre as contas anuais consigna Palma:

Anualmente, no encerramento do exercício financeiro, os administradores e/ou responsáveis dos órgãos da Administração Pública Federal, prestam contas dos seus atos ao TCU sob a denominação de Tomada de Contas (no âmbito da administração direta) e Prestação de Contas (para a administração indireta).

²⁴² ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 430.

²⁴³ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O Processo de Contas no TCU: O Caso de Gestor Falecido**. Revista do TCU, nº 81. Brasília: TCU, 1999. p.17

²⁴⁴ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O Processo de Contas no TCU: O Caso de Gestor Falecido**. Revista do TCU, nº 81. Brasília: TCU, 1999. p.17

²⁴⁵ CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O Processo de Contas no TCU: O Caso de Gestor Falecido**. Revista do TCU, nº 81. Brasília: TCU, 1999. p. 19.

Esta prestação de contas é tomada pelo órgão de controle interno da Administração, no caso do Poder Judiciário, e pela Controladoria Geral da União, no âmbito do Poder Executivo, sendo depois encaminhada ao TCU em prazos já estabelecidos em Instrução Normativa, que, por sua vez, se compromete a demonstrar aos órgãos de controle e, em última análise, à sociedade, os atos e resultados da gestão dos responsáveis pelo guarda e utilização do patrimônio público.²⁴⁶

Segundo a Instrução Normativa TCU nº 56/2007²⁴⁷, a tomada de contas especial destina-se a "*apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal e obtenção do respectivo ressarcimento*". Ela só deverá ser "*instaurada pela autoridade administrativa federal após esgotadas as providências administrativas internas sem obtenção do ressarcimento pretendido*". Ou seja, o gestor deve tentar obter o ressarcimento administrativamente, antes de encaminhar o processo ao Tribunal. A doutrina a define como "*um processo excepcional de natureza administrativa que visa apurar responsabilidade por omissão ou irregularidade no dever de prestar contas ou por dano causado ao erário*"²⁴⁸.

As contas julgadas irregulares, em decorrência de dano ao erário, produzem uma série de consequências para o responsável: será encaminhada a documentação pertinente ao Ministério Público da União para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis; será condenado ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos; poderá ser-lhe aplicada multa de até 100% do valor do débito; o acórdão condenatório é título executivo para fundamentar a ação de execução, a ser promovida pela Advocacia-Geral da União, ou pelos procuradores da entidade no caso de administração indireta; torna inelegível o responsável por cinco anos; poderá ser inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

²⁴⁶ PALMA, Maria Salete Fraga Silva. **Tomada de Contas Especial à Luz do Tribunal de Contas da União: Aspectos Gerais e Relevantes**. Aracaju: Universidade Tiradentes, 2008. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/783990.PDF>>. Acesso em: 25/06/2009. p. 66

²⁴⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Instrução Normativa nº 56/2007, de 05/12/2007. Dispõe sobre instauração e organização de processo de tomada de contas especial e dá outras providências. Disponível em < <http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

²⁴⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 36.

2.3 Algumas Hipóteses de Dano ao Erário

Inicia-se agora o exame de algumas situações que causam dano ao erário. Evidentemente, são infinitas as possibilidades e os meios de se lesarem os cofres públicos. Aqui vai-se tratar apenas daqueles casos mais comuns julgados pelo Tribunal de Contas da União, ou aqueles que eventualmente despertem maior interesse diante da teoria da responsabilidade civil.

São necessárias duas advertências iniciais. A primeira é que no âmbito da jurisdição do Tribunal de Contas da União somente são admitidos danos emergentes. Talvez porque a atividade estatal típica não vise ao lucro, restringindo a busca por ressarcimento de lucros cessantes. Mesmo no caso de empresas estatais que desempenham atividades econômicas o dano negativo não é admitido conforme trecho do voto do seguinte acórdão do TCU²⁴⁹:

Verifico nos autos que foi incluído como débito a ser imputado ao Sr. [...] valores relativos a lucros cessantes (aplicação financeira por ele efetuada em outra instituição), bem assim outras irregularidades do gênero, tal qual a aplicação de recursos de clientes em seu próprio nome, com o auferimento de taxas mais elevadas, somente oferecidas aos empregados da CEF. Não se vislumbra nessas hipóteses, contudo, qualquer desembolso efetivo de recursos, por parte da CEF, que possa ser tido como prejuízo. Consoante afirmado pela própria CEF, em atendimento à diligência por mim determinada, não houve ressarcimento [por parte da CEF] a clientes, tendo em vista que não foram lesados. Explique-se: as importâncias de terceiros indevidamente utilizadas pelo Sr. [...] foram por ele ressarcidas aos respectivos titulares, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mercado.

2. Não há, portanto, que se falar em prejuízo causado à Instituição. As operações praticadas pelo ex-empregado da CEF, conquanto sejam ilegítimas, não causaram dano ao erário, como defende a SECEX-RS. Verifique-se, aliás, que sequer é correto afirmar que se tais operações fossem realizadas na CEF (e não em outra instituição financeira) esta teria lucro: poderia tê-lo, ou não, dependendo da utilização que fosse dar aos recursos captados, bem como de inúmeras variáveis de mercado (nesse sentido, diga-se, poderia até mesmo vir a ter prejuízo, e não lucro!). A simples captação de recursos no mercado não é sinônimo da realização de lucro: se assim fosse, não existiriam instituições financeiras em situações falimentares. Não é adequado, portanto, supor, "in casu", a existência de um lucro não realizado (que a SECEX-RS mencionou como prejuízo).

²⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 124/98 - Segunda Câmara. 16/04/1998. Relator: Min. Adhemar Paladini Ghisi. Disponível em < <http://www.tcu.gov.br> > Acesso em 28/06/2009.

A segunda é que somente os danos causados ao erário com a participação de agente público submetem-se à apreciação do TCU, conforme a Súmula 187²⁵⁰. Embora a Constituição Federal (art. 71, II) atribua àquela Corte a competência para julgar as contas "*daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público*", sem explicitar se o autor do prejuízo deve ou não possuir vínculo com a Administração Pública, a jurisprudência do TCU é uniforme em exigir a participação de agente, como por exemplo a decisão do TCU abaixo:

2.O contrato que deu origem à dívida tem natureza eminente privada, pois foi celebrado pela CONAB com a citada empresa, tendo por objeto o depósito de bens fungíveis. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de não ser cabível Tomada de Contas Especial para apurar débito decorrente de simples descumprimento contratual, máxime nas hipóteses de ajuste de caráter privado.

3.Somente em duas situações é viável este tipo de processo: quando há irregularidade na própria celebração do ajuste ou se restar comprovado que houve participação de agente público para a ocorrência do resultado. No caso concreto, verifico que não estão presentes nenhum dos requisitos que poderiam excepcionar o entendimento já pacífico desta Corte a respeito do tema. Não houve imperfeição na celebração do ajuste e não se comprovou a participação de empregado da CONAB no desvio da mercadoria. Ao contrário, percebe-se que a Entidade adotou as providências cabíveis para reaver os bens desaparecidos, propondo, inclusive, ação judicial na Justiça Federal de Goiás em desfavor da empresa.²⁵¹

De acordo com Zymler, é o §2º do art. 16 da Lei 8.443/92 que implica a solidariedade de "*terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado*". Segundo o autor:

Assim, sendo, quando do exame da participação do terceiro em relação a débito apurado no feito, há de se investigar se as circunstâncias fáticas do caso examinado revelam a presença concomitante de culpa em sentido amplo desse terceiro agente público. Há de se demonstrar, pois, que o agente público operou com dolo ou culpa, em sentido estrito, e que houve dolo ou culpa, em sentido estrito, do representante da pessoa jurídica

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 187. Sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, nas instâncias, próprias e distintas, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, dispensa-se, a juízo do Tribunal de Contas, a tomada de contas especial, quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial, causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com servidor da Administração Direta ou Indireta e de Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, de qualquer outra entidade que gerencie recursos públicos, independentemente de sua natureza jurídica ou do nível quantitativo de participação no capital social. 09/11/1982. Disponível em < <http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

²⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 1331/2002 - Plenário. 09/10/2002. Relator: Min. Benjamin Zymler. Disponível em < <http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

investigada. Não se pode, pois, condenar particular a devolver valores ao Erário, por mera inobservância de cláusula de contrato celebrado com a Administração Pública.

No que concerne, portanto, a esses agentes, exige-se mais do que mera demonstração de culpa em senso estrito, mas também da ocorrência de atos que revelem ajuste antijurídico que vise à obtenção de vantagem indevida, com a participação de agente público. Deve-se esclarecer, contudo, que a identificação desse elemento volitivo, na maioria das vezes, resulta da verificação de ocorrências que permitem presumir o referido conluio: pagamentos por serviços não executados e recebimento de obra ou de bens em montante claramente inferior ao que fora pactuado.²⁵²

Não se pretende afrontar entendimento tão firme do TCU, mas algumas ressalvas poderiam ser propostas quanto a essa orientação.

Com relação ao §2º do art. 16 da Lei 8.443/92, parece que não é esse o dispositivo de onde se originam todos os casos de solidariedade fixadas pelo Tribunal. A indisponibilidade do interesse público e a legalidade não podem afastar a aplicação da regra geral da solidariedade estabelecida no art. 942 do Código Civil:

Não cabe o entendimento adotado pelos responsáveis, visto que a matéria está regulada pelo § 2º do artigo 16 da Lei Orgânica do TCU, versando que, ao julgar as contas irregulares por dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, o Tribunal fixará a responsabilidade solidária.

Ademais, quando se trata de responsabilidade civil extracontratual, a solidariedade passiva dos responsáveis pela reparação dos prejuízos causados a outrem decorre da combinação dos artigos 186, 927 e 942, todos do novo Código Civil, in verbis:

'Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.'

'Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.'

'Art.942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.'

Vale mencionar, ainda, trecho do Acórdão 10/2002 - Segunda Câmara - TCU, desta Corte de Contas, sobre a responsabilidade solidária dos responsáveis:

'Não se aplicam ao instituto da responsabilidade civil os requisitos de co-autoria ou participação próprios do direito penal. Não há necessidade de que haja liame subjetivo entre os agentes, ou seja, a solidariedade surge mesmo que não haja nenhuma aderência de vontades.'²⁵³

Por outro lado, a Súmula TCU nº 187 foi editada em 1982, na vigência da Constituição de 1967, que não explicitava a jurisdição da Corte de Contas sobre

²⁵² ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 343

²⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 605/2006 - Plenário. 26/04/2006. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Disponível em < <http://www.tcu.gov.br> > Acesso em 28/06/2009

pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas e a sua competência para julgar "*as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público*": Abaixo transcrevem-se as competências do TCU estabelecidas na Constituição de 1967:

Art. 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

§ 1º - O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

§ 2º - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, em sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República prestar anualmente. Não sendo estas enviadas dentro do prazo, o fato será comunicado ao Congresso Nacional, para os fins de direito, devendo o Tribunal, em qualquer caso, apresentar minucioso relatório do exercício financeiro encerrado.

§ 3º - A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a quem caberá realizar as inspeções que considerar necessárias.

§ 4º - O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamentos das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções referidas no parágrafo anterior.

§ 5º - As normas de fiscalização financeira e orçamentária estabelecidas nesta seção aplicam-se às autarquias.

Portanto, é plausível que a ampliação da jurisdição e competência do TCU na Constituição de 1988 seja um fator de mitigação do conteúdo da Súmula TCU 187.

Contudo, o Tribunal, mesmo quando reconhece a amplitude do novo texto constitucional, afasta a sua jurisdição pela falta de identidade entre o dano causado sem a participação de agente público e finalidade do controle externo, conforme o seguinte acórdão do TCU²⁵⁴:

Com efeito, o processo de Tomada de Contas Especial está limitado por sua natureza intrínseca de voltar-se para a atividade administrativa do Estado. A limitação é de ordem ontológica da Tomada de Contas Especial e do próprio Tribunal de Contas da União. Assim, não obstante a amplitude do comando constitucional, a jurisdição do TCU e a conseqüente competência para instaurar TCE não abrange todo o universo de possibilidades de dano ao Erário. Há de existir uma vinculação entre o causador do dano e a Administração Pública, para justificar a intervenção do Tribunal de Contas

²⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2111/2003 - Primeira Câmara. 16/09/2003. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Disponível em < <http://www.tcu.gov.br> > Acesso em 28/06/2009

da União. A exceção ocorre quando o particular pratica a irregularidade em conluio com o servidor público. Nessa hipótese, a condição especial do servidor público e a necessidade de adequada apuração dos fatos determinam a extensão da competência do Tribunal de Contas a todos os envolvidos.

Essa construção está muito bem estruturada, mas questiona-se: a razão de ser primordial do controle externo, dos tribunais de contas, é tutelar as condutas dos agentes públicos ou a zelar pelos bens e recursos públicos? O controle dos atos desses agentes não seria mero reflexo do controle sobre recursos públicos? Não parece que a conduta do agente público já tem instâncias próprias de controle e sanção, tais como, o poder disciplinar da própria Administração, as ações penais e as ações de improbidade administrativa?

Parece que a jurisdição do TCU está erigida no objeto (o uso, a guarda, a administração, o extravio de dinheiros, bens e valores públicos) e não no sujeito (ou na forma de sua vinculação com a Administração Pública).

Outra perspectiva para o problema é que incide a jurisdição do TCU sobre os contratos administrativos, independentemente da existência de irregularidade com a participação de agente público. Ao realizar a fiscalização financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos órgãos e entidades públicas, invariavelmente, a Corte de Contas examina contratos. Mesmo que não se verifique irregularidade alguma incidiu a jurisdição, exerceu-se a competência.

Imagine-se situação hipotética em que equipe de auditoria do TCU verifica que houve inexecução em determinado contrato. A empreiteira contratada, em decorrência de dificuldades financeiras, utilizou materiais e mão-de-obra de qualidade inferior, levando a vícios construtivos que só puderam ser verificados meses após a liquidação da despesa. Constata que a licitante fraudou demonstrações contábeis para demonstrar capacidade econômica que não possuía. Suponha-se que a fraude foi bem elaborada e que o gestor probo e diligente não poderia ter identificado a má-fé da contratada.

Na situação acima, o Tribunal pode declarar a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (Lei 8.443/92, art. 46). Cabe-lhe ainda determinar ao órgão que anule o contrato (art. 45). Todavia, não pode condenar a empresa a ressarcir o dano causado, porque a sua jurisdição não abrange essa hipótese de dano ao erário. Parece um contra-senso que o TCU possa aplicar sanções tão graves como a

anulação do contrato e a impossibilidade de contratar com a Administração por cinco anos, mas não possa condená-la a devolver o que recebeu indevidamente. Assim, pelo menos por uma uniformidade de critério, a jurisdição deveria incluir a possibilidade de julgar irregulares as contas de empresas que lesam o erário sem participação de agente público, aliás, como autorizam o art. 71, II da Constituição Federal e o art. 1º, I da Lei 8.443/92.

Acrescente-se à explícita competência constitucional a indisponibilidade do interesse público e resta concluir que não podem ser excluídos da apreciação do TCU os danos causados ao erário sem a participação de agente público.

As preocupações de ordem prática, como o eventual crescimento no número de processos no âmbito do TCU, podem ser tratadas sem que se decline a competência. Se for necessário, podem-se estabelecer filtros baseados na materialidade do dano com fundamento no princípio da eficiência (CF, art. 37), o que aliás já existe, conforme a Instrução Normativa TCU nº 56/2007:

Art. 5º A tomada de contas especial somente deve ser instaurada e encaminhada ao Tribunal quando o valor do dano, atualizado monetariamente, for igual ou superior à quantia fixada pelo Tribunal para esse efeito. [...]

Art. 11. Para os fins do disposto no art. 5º fica estabelecido o valor de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais).²⁵⁵

Considerando que a tomada de contas especial é medida de exceção, podem ser estabelecidos prazos mais dilatados para seu encaminhamento ao TCU, levando-se em consideração o valor do débito ou aspectos qualitativos relacionados à sua origem, enquanto se processa a cobrança por vias administrativas e/ou judiciais. Salienta-se que os convênios, que dão origem a maior parcela de tomadas de contas especiais, são títulos executivos extrajudiciais (Código de Processo Civil, art. 585, II), prescindindo do acórdão do TCU para que seja promovida a execução.

De qualquer forma, apesar dos eventuais questionamentos que se possam fazer, o entendimento a respeito da matéria é uniforme no TCU, passando-se a analisar as hipóteses de dano ao erário.

A competência do Tribunal de Contas da União, para julgar contas nos casos de dano ao erário, decorre diretamente da Constituição Federal (art. 70, II) e

²⁵⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Instrução Normativa nº 56/2007, de 05/12/2007. Dispõe sobre instauração e organização de processo de tomada de contas especial e dá outras providências. Disponível em < <http://www.tcu.gov.br> > Acesso em 28/06/2009.

de sua Lei Orgânica (art. 2º, II). São as situações de "*perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público*".

Em seu art. 8ª, a Lei 8.443/92 indica outras hipóteses de dano causado ao erário:

Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

Assim, foram explicitadas mais as seguintes hipóteses: o desfalque; o desvio; a não comprovação da aplicação de recursos de convênios e a omissão do dever de prestar contas.

O rol não é exaustivo, considerando a alusão a outra irregularidade (art. 2º, II) e a prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de resulte dano ao erário (art. 8º). Assim, verifica-se que o requisito da ilicitude foi fixado em termos diferentes do art. 186 do Código Civil ("violar direito"). De qualquer forma as expressões têm o mesmo conteúdo pois atos irregulares, ilegais, ilegítimos ou antieconômicos configuram violação a direito.

Pode-se destacar entre as "outras irregularidades", que configuram situações corriqueiras de dano ao erário, a inexecução contratual, o superfaturamento e o pagamento indevido de vantagem pecuniária a servidor.

Assim, pretende-se examinar neste trabalho as seguintes situações causadoras de dano ao erário: o desfalque; o desvio; a perda ou extravio; a inexecução contratual; o superfaturamento; a omissão do dever de prestar contas; a não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União por meio de convênios; o pagamento indevido de vantagem pecuniária a servidor.

2.3.1 Desfalque e desvio

As expressões desfalque e desvio têm um conteúdo bastante parecido. No entanto, parece que é possível traçar alguns traços distintivos.

De Plácido e Silva qualifica desfalque com várias acepções, tais como, redução no preço de alguma coisa, falta de bens em um acervo, alcance ou desvio de valores que se tem sob guarda, concluindo que: "*Desfalque, deste modo, é a designação genérica para todo o desvio ou apropriação de valores entregues em confiança à guarda ou administração de outrem*".²⁵⁶

Para o vocábulo "desvio", o dicionarista atribui o sentido de indica o "**uso indevido ou destino diferente** dado à coisa, pertencente a outrem". Esclarece De Plácido e Silva que o "*desvio, segundo os elementos que o possam compor, toma nomes apropriados: desfalque, abuso de confiança, apropriação indébita, peculato [...]*".²⁵⁷

Em princípio, parece que desvio seria o gênero, da qual o desfalque é uma espécie. O desvio é a utilização de bens e valores em finalidade distinta da desejada por seu proprietário. O desfalque implicaria a apropriação desses bens e valores, a sua utilização em benefício próprio. Ninguém refutaria a afirmação de que quem se apropria indevidamente de algo está destinando-o a um fim diferente do almejado pelo legítimo proprietário. Quem elucida a matéria é Fernandes:

O desvio de dinheiro, bem ou valores públicos é figura jurídica diversa da apropriação. No primeiro caso, o agente não passa a ter o domínio ou a disposição do bem ou valor, mas tão-somente, no exercício da administração dos mesmos, decide empregá-los em fim diverso do inicialmente previsto, seja pela lei, orçamentária ou não, seja pelo instrumento de contrato, convênio ou outro ato jurídico formal.²⁵⁸

Vê-se que quando se fala em desvio está implícito o conceito de finalidade. O tema será retomado ao se examinar os danos originados em convênios.

O desfalque, a apropriação, é conduta dolosa. Logo, no aspecto teórico, da responsabilidade civil, a situação não oferece maiores desafios. Todos os pressupostos são de fácil caracterização: o dano foi causado por uma ação não só voluntária, como intencional, e que não só é antijurídica no âmbito civil, como é crime (peculato). Mesmo a inimizabilidade reconhecida no juízo criminal não afasta a responsabilidade civil²⁵⁹, conforme já decidiu ou TCU²⁶⁰:

²⁵⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 259

²⁵⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 259

²⁵⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 120.

²⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 548

Tomada de Contas Especial. Caixa Econômica Federal. Abertura e movimentação fraudulentas de contas- correntes por ex-gerente-geral da agência. Citação. Inimputabilidade da responsável, atestada por laudo psiquiátrico, reconhecido no juízo criminal. Absolvição em ação penal, que julgava os mesmos fatos, em face da ausência de imputabilidade. Autoria e materialidade do fato comprovadas. Possibilidade de responsabilização no juízo cível e na esfera administrativa. A responsabilidade civil, consistente no dever de reparar o dano, é absolutamente independente da criminal, somente podendo ser obstada quando o juízo penal nega a autoria, ou a existência do fato, conforme prescreve o art. 1.525 do Código Civil, circunstância não ocorrente no presente caso. Irregularidade das contas. Autorização para cobrança executiva do débito. Determinação para inclusão do nome da responsável no Cadin.

Se, no entanto, no plano teórico, a responsabilização por desfalque é simples, na prática pode-se evidenciar bastante difícil colher provas da autoria.

2.3.2 Perda ou extravio

Trata-se agora da perda ou extravio. De acordo com Silva, no aspecto técnico-contábil-jurídico, **perda** "*exprime a privação de alguma coisa, seja por seu extravio, destruição, apreensão ou por falta de produção, de que decorre, materialmente, um prejuízo ou uma diminuição de valor no patrimônio da pessoa*"²⁶¹. Assim o extravio é uma das espécies do gênero perda.

O problema do extravio é que não se consegue identificar o autor da conduta. O bem ou valor está sob a responsabilidade do agente público, mas não há elementos que possam indicar quem os subtrai. Poderia ser o próprio detentor, agindo dissimuladamente, mas não há provas. Se houvesse, seria o caso de desfalque.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o simples fato de o servidor público deter a guarda do bem é insuficiente para que venha a ser responsabilizado pelo seu extravio, conforme a seguinte decisão do TCU²⁶²:

A jurisprudência do Tribunal é pacífica no sentido da não responsabilização do agente que detém a guarda do bem desaparecido, quando, tendo sido

²⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 163/2002 - Primeira Câmara. 19/03/2002. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

²⁶¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 601.

²⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 152/2000 - Primeira Câmara. 30/05/2000. Relator: Min. Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

adotadas as providências administrativas pertinentes, estas concluem pela não identificação do responsável pelo desaparecimento. Vide Decisões nº 539/92 – Plenário, Ata nº 52/92; 161/93 – 1ª Câmara, Ata nº 23/93; Acórdão nº 303/94 – 2ª Câmara, Ata nº 24/94.

Em outra assentada, ao apresentar o Acórdão nº 12/97 – 1ª Câmara, Ata nº 02/97, o eminente Ministro-Relator José Antônio Barreto de Macedo entendeu que 'O Termo de Responsabilidade somente obrigará o respectivo signatário a responder subsidiariamente pelo desvio do bem sob sua guarda caso se comprove que sua conduta contribuiu para o desaparecimento do mesmo'.

O exame da situação passa então a ser realizado sob a perspectiva da omissão. É necessário identificar se o responsável pela guarda do bem ou valor, ou outro agente público, incidiu em omissão culposa, se descumpriu algum dever jurídico. A questão a ser respondida é se houve negligência ou imprudência. Citam-se abaixo dois acórdãos que tratam exatamente da mesma situação - o extravio de vales-transporte - com desfechos opostos, visto que somente em um deles verificou-se negligência. Veja-se o primeiro caso²⁶³:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. EXTRAVIO DE VALES-TRANSPORTES. CONTAS IRREGULARES.

Julgam-se irregulares as contas e em débito o responsável, com aplicação de multa, em decorrência do extravio de vales-transportes adquiridos com recursos federais. [...]

6. Com efeito, percebo que a atuação de tais responsáveis, enquanto agentes subordinados de vales-transportes, ocorria de forma negligente, possibilitando o extravio de vales-transportes. [...]

11. Ora, não se pode conceber que o gestor incumbido de autorizar, controlar e comprovar a aplicação dos recursos na aquisição de vales-transportes não tenha adotado providências necessárias à fiel adequação do processo aos ditames normativos. Diversas foram as irregularidades constatadas no trâmite dos vales-transportes, sem que o Sr. [...] adotasse qualquer medida tendente a saná-las.

Mas em outra oportunidade, assim decidiu o Tribunal²⁶⁴:

Ementa

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. EXTRAVIO DE VALES-TRANSPORTE. DANO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA POR PARTE DOS RESPONSÁVEIS. NÃO-COMPROVAÇÃO DA QUEBRA DO DEVER FUNCIONAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A GESTÃO E O ATO INQUINADO. CONTAS ILIQUIDÁVEIS. TRANCAMENTO.

²⁶³ BRASIL. Tribunal de Contas da União Acórdão 1585/2006 - Segunda Câmara. 20/06/2006. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

²⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2407/2006 - Primeira Câmara. 29/08/2006. Relator: Min. Guilherme Palmeira. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

Julgam-se iliquidáveis as contas, ordenando-se seu trancamento, quando não comprovado o dolo ou a culpa dos responsáveis no extravio de vales-transporte, muito menos a quebra do dever-funcional de bem zelar e guardar os interesses do Erário e o nexos de causalidade entre a gestão e o ato inquinado como ilegítimo ou antieconômico. [...]

Voto

Contudo, só se pode exigir o pleno cumprimento do dever funcional se a Administração oferecer aos seus agentes condições mínimas de trabalho. Ocorre, no entanto, conforme ficou sobejamente demonstrado, nem sequer dispunham os responsáveis de local apropriado para guarda dos vales-transporte, sendo que, por um bom tempo, foram armazenados em um armário de metal sem a segurança necessária.

Entretanto, não basta que se configure a negligência; é necessário que se possa estabelecer o nexos de causalidade entre a conduta negligente e o dano. Existem alguns casos bastante ilustrativos apreciados pelo TCU, que envolvem situações em que o extravio ocorreu por meio de assalto, tendo-se identificado também conduta negligente de servidores públicos. A seguir, apresentam-se três casos elucidativos.

O primeiro caso trata de servidor designado para sacar valores de agência bancária e transportá-los a sua unidade, sendo assaltado (Caso 1). Consta que o fato ocorreu em um período em que o serviço de transporte de valores por carros-forte foi interrompido. Teria havido negligência do servidor, porque não solicitou escolta para o trabalho, existindo orientação verbal para esse procedimento, mas não havia norma que impusesse essa obrigação, sendo comum realizar o transporte desses valores sem escolta, considerando a proximidade da agência.

O Tribunal entendeu que apesar de ter havido negligência do servidor não se poderia responsabilizá-lo pela ausência de nexos causal, pois, mesmo que houvesse escolta o assalto poderia ter ocorrido. Não houve menção expressa sobre a teoria de causalidade utilizada para fundamentar a decisão. Parece-nos, que foi a teoria do dano direto e imediato. Ao salientar "*que o assalto poderia ter ocorrido mesmo que medidas de segurança tivessem sido adotadas*", o relator informa que a falta de escolta não é uma causa que rompe o equilíbrio existente entre as outras condições. Abaixo transcrevem-se os trechos do parecer do Ministério Público junto ao TCU e do voto do relator do acórdão²⁶⁵:

²⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 143/2003 - Segunda Câmara. 13/02/2003. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

A referida importância foi subtraída por meio de assalto perpetrado contra o servidor civil [...], que havia sido designado verbalmente pelo detentor do suprimento de fundos para que realizasse o saque do numerário e o transportasse até a Comara. [...]

A referida culpa é examinada na acepção que lhe dá o direito civil, portanto devendo-se perscrutar o nexo de causalidade entre o dano e o fato imputável ao agente, abrangendo o dolo e a culpa stricto sensu (negligência, imprudência e imperícia). [...]

Refletindo sobre as idéias acima lançadas, somos forçados a admitir que não é de todo certo a existência de nexo de causalidade entre a conduta omissiva dos responsáveis e o roubo dos recursos do suprimento de fundos da Comara, uma vez que o assalto poderia ter ocorrido mesmo se medidas de segurança tivessem sido adotadas. Infelizmente, hoje em dia, no Brasil, não são raras as notícias sobre assaltos a carros fortes e bancos, apesar da presença de vigilância armada. Portanto, entendemos que o nexo de causalidade não está plenamente caracterizado no episódio ora comentado. [...]

Com efeito, as informações constantes dos autos apontam para a ocorrência de conduta culposa dos responsáveis, que se portaram de maneira negligente em relação à atividade de transporte de valores públicos, pois não adotaram medidas preventivas tendentes a inibir a subtração dos referidos valores. [...]

Assim, visto não ser possível o estabelecimento do nexo de causalidade entre a conduta omissiva dos responsáveis e o assalto ocorrido, entendemos ser possível acatar as alegações de defesa dos responsáveis, bem como julgar as presentes contas regulares, com ressalva. [...]

Voto

7. No caso sob exame, não obstante reconhecer que a cidade de Belém é uma grande metrópole, sujeita, portanto, às mazelas de toda e qualquer das grandes cidades brasileiras, está longe de apresentar os problemas de segurança de cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, dentre outras. Entendo, portanto, que o roubo não era esperado pelos responsáveis, como não seria esperado por qualquer administrador, especialmente se considerarmos que ocorreu numa região militar, o que demonstra a ousadia dos assaltantes. Nessa linha de raciocínio, coloco-me de acordo com o Ministério Público quando defende que o assalto poderia ter ocorrido mesmo que medidas de segurança tivessem sido adotadas.

O segundo caso é o do funcionário que, em razão de um suposto excesso de trabalho, abre *agência dos Correios às cinco horas da manhã, sem autorização superior, fora do horário do expediente, e sem reforço policial*, tendo ocorrido então o assalto (Caso 2). Não foi feita a programação para que o cofre abrisse somente às oito horas da manhã.

O Tribunal de Contas da União condenou o responsável por negligência, sem fazer alusão a nexo de causalidade. Tudo indica ter adotado a teoria da equivalência dos antecedentes causais, pois a fundamentação para a condenação concentra-se no fato de o servidor iniciar suas atividades às cinco horas da manhã, apenas tangenciando a questão da ausência de programação do horário de destravamento do cofre. Parece-nos que a norma que fixa o horário de

funcionamento da agência não tem como objetivo principal a segurança. Mais provável é que vise a contemplar as exigências de atendimento ao público, sendo a segurança um interesse apenas reflexo. Portanto poder-se-ia questionar se o requisito da antijuricidade especificamente relacionado ao dano está presente. Abaixo transcreve-se a deliberação que tratou do tema:

É dever do gestor tomar os cuidados necessários à proteção do patrimônio público que administra. Para tanto, ao menos deve seguir a linha de conduta disciplinada para o seu local de trabalho.

2. No presente caso, o gestor pôs a perigo os haveres guardados na agência dos Correios, ao abri-la fora do horário do expediente, ainda pela madrugada, sozinho, sem autorização nem amparo regulamentar, como se tratasse de um estabelecimento de sua propriedade.

3. Ainda que se pudesse admitir alguma sobrecarga de trabalho que demandasse maior dedicação da parte do gerente, não cabia a ele, a não ser por sua própria conta e risco, adentrar as instalações da agência na hora que bem entendesse, máxime sem adotar as precauções devidas, como o travamento do cofre.

4. Assim, fica-me a conclusão de que o comportamento impensado do gerente foi o que, de fato, deu margem ao assalto ocorrido, tendo sido acertada a caracterização de negligência como fundamento da sua condenação, nos termos do acórdão recorrido.

5. Assinalo, ademais, que a fortuidade do acontecimento, para efeito de eximção de culpa, poderia ser admitida se o assalto tivesse tido ocasião em condições normais, dentro dos padrões de funcionamento da agência. Contudo, essa não foi a situação.²⁶⁶

O terceiro e mais interessante caso também trata de assalto em que foram roubados R\$ 9.155,02 que estavam guardados em cofre (Caso 3). No entanto, havia norma da instituição, determinando que, diariamente, o numerário excedente a R\$ 500,00 fosse depositado em agência bancária. A chefe da agência alega ter sido forçada a abrir o cofre e admitiu que os depósitos não eram feitos todos os dias.

O voto do Ministro-Relator Benjamin Zymler sustentou que a conduta causadora de dano à instituição foi a omissão do dever de depositar os excedentes a R\$ 500,00, caracterizando negligência. Demonstra que, se a norma tivesse sido observada, a agente não poderia ser responsabilizada e o prejuízo da instituição teria sido limitado a R\$ 500,00. Condenou a responsável a ressarcir apenas a diferença entre o montante do roubo e o valor teto, isto é, R\$ 8.655,02. Não houve menção a nexos de causalidade. Parece-nos que adotou a teoria do escopo da

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1489/2007 - Primeira Câmara. 29/05/2007. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

norma jurídica violada, porque se concentra no exame da violação da norma, verificando se essa é a causa do dano. Note-se também que a aplicação, ainda que implícita, dessa teoria evidenciou de forma muito contundente a dupla função do nexo causal: a responsabilização e a fixação do valor do dano.

Neste trabalho, sustenta-se que a teoria do escopo da norma jurídica violada deveria ser o paradigma de aferição do nexo causal por danos causados à Administração Pública. A atividade estatal envolve uma infinidade procedimentos e formalidades regidos por uma miríade de leis e normas infralegais. Assim, é inevitável que, com certa frequência, ocorra o descumprimento de normativos, sem que se observe necessariamente prejuízo patrimonial para administração. No entanto, quando ocorre um dano, é preciso ter um critério para identificar quais os atos irregulares que efetivamente causaram o prejuízo. E a teoria do escopo da norma jurídica violada é especialmente talhada para a função. Abaixo transcrevem-se trechos do voto do relator no acórdão do TCU que aparentemente adotou a teoria²⁶⁷:

O fato de haver sido forçada a abrir o cofre da agência dos correios, por si só, não afasta sua responsabilidade de depositar em agência bancária os recursos que excedessem o valor de R\$ 500,00. [...]

Da mesma forma, o argumento de falta de segurança na agência não pode ser recepcionado, pois mais uma vez repiso o fato de a Responsável não possuir o hábito de depositar o valor que excedesse R\$ 500,00. Essa é a conduta que causou dano à ECT. [...]

Em que pese o desaparecimento do valor acima citado, entendo que deve ser imputado à Responsável o débito de R\$ 8.655,02 (oito mil, seiscentos e cinqüenta e cinco reais e dois centavos), uma vez que, conforme orientação da Empresa, esse é o valor que excede o limite de numerário permitido no caixa diário da agência, ou seja, se houvesse sido furtada quantia inferior a R\$ 500,00, não seria imputado, em princípio, débito à Sra. [...]

Vejam-se as consequências da aplicação da teoria do escopo da norma jurídica violada aos casos 1 e 2. No Caso 2 não haveria condenação em razão da abertura antecipada da agência, mas provavelmente indicaria a responsabilização pela omissão na programação do horário de abertura do cofre.

No Caso 1, se houvesse norma estabelecendo a necessidade de escolta para o transporte de valores, provavelmente a teoria do dano direto e imediato não levaria a responsabilização, mas a teoria do escopo da norma jurídica violada

²⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 121/2002 - Segunda Câmara. 21/03/2002. Relator: Min. Benjamin Zymler. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

implicaria em condenação, porque a eventual norma visaria à contenção de assaltos.

2.3.3 Inexecução contratual

Outra hipótese de dano ao erário decorre da inexecução contratual. A primeira observação a ser feita é que na inexecução contratual a culpa é, de regra, presumida, isto é, basta que o credor demonstre o inadimplemento²⁶⁸. Aliás a Lei 8.666/93 (art. 66) dispõe que o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes que respondem pela sua inexecução parcial ou total.

No entanto, para que a matéria possa ser apreciada pelo Tribunal de Contas da União, a Administração Pública deverá provar a ocorrência de culpa de algum agente público. Nesse sentido cita-se o seguinte acórdão²⁶⁹:

1. A inexecução contratual da qual decorre dano ao erário federal só interessa ao TCU quando estiver presente uma conduta dolosa ou culposa de algum agente público, havendo responsabilidade solidária da entidade privada e dos agentes públicos envolvidos.

Apontam-se a seguir algumas hipóteses de irregularidades que podem ser indicadas como causadoras de dano por inexecução.

A mais provável é a irregular liquidação da despesa. Os pagamentos efetuados pela Administração só podem ocorrer mediante a observância de etapas estipuladas em lei. Segundo o art. 62 da Lei 4.320/64, o pagamento deve ser ordenado após a sua regular liquidação, que é assim definida:

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

²⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 297

²⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2343/2006 - Plenário. 06/12/2006. Relator: Min. Benjamin Zymler. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

A nota de empenho, referida acima, destina-se a reservar recursos orçamentários para o posterior pagamento. Segundo Machado Jr. empenho é:

o ato de autoridade competente que determina a dedução do valor da despesa a ser executada da dotação consignada no orçamento para atender a essa despesa. É uma reserva que se faz, ou garantia que se dá ao fornecedor ou prestador de serviços, com base em autorização e dedução da dotação respectiva, de que o fornecimento ou o serviço contratado será pago, desde que observadas as cláusulas contratuais.²⁷⁰

A fase mais importante da liquidação da despesa é a confirmação do fornecimento do bem ou serviço, tanto nos aspectos quantitativos como qualitativos em confronto com as especificações contratadas. Segundo Machado Jr.:

Trata-se de verificar o direito do credor ao pagamento, isto é, verificar se o implemento de condição foi cumprido. Isto se faz com base em títulos e documentos. Muito bem, mas há um ponto central a considerar: é a verificação objetiva do cumprimento contratual. O documento é apenas o aspecto formal da processualística. A fase de liquidação deve comportar verificação in loco do cumprimento da obrigação por parte do contratante. Foi a obra, por exemplo, construída dentro das especificações contratadas? Foi o material entregue dentro das especificações estabelecidas no edital de concorrência ou de outra forma de licitação? Foi o serviço executado dentro das especificações? O móvel entregue corresponde ao pedido?²⁷¹

Portanto, o processo de liquidação da despesa obedece ao seguinte fluxo: a) a administração emite a nota empenho; b) o serviço é prestado; c) o fornecedor apresenta a fatura; d) o servidor, em melhores condições de avaliar a conformidade da prestação com o que foi contratado, **atesta** o cumprimento da obrigação; e) a Administração verifica os demais aspectos formais do documento fiscal; f) o ordenador de despesa autoriza o pagamento; g) o pagamento é efetuado.

Essa cadeia de atos tende a impedir que ocorra dano por inexecução contratual, pois dificulta o pagamento por fornecimento ou serviço não efetuados ou realizados de forma defeituosa. Além disso, há outras exigências legais que em tese impediriam a execução defeituosa, tais como as obrigações de: a Administração designar um representante para acompanhamento e fiscalização da execução; a

²⁷⁰ MACHADO JR., José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 comentada**. 26 ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1995. p. 117

²⁷¹ MACHADO JR., José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 comentada**. 26 ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1995. p. 123.

Administração rejeitar, no todo ou em parte, fornecimento de bens ou serviços em desacordo com o contrato; o contratado reparar os vícios de construção. Abaixo, apontam-se os respectivos dispositivos da Lei 8.666/93:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º. O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§2º. As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato.

Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados. [...]

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato.

Assim, o dano por inexecução contratual exige que haja falhas na liquidação da despesa. Para o dano emergente ocorrer deve haver uma das seguintes irregularidades no pagamento: suprimindo-se a fase de atesto; ou após fiscalização deficiente da execução realizada com vícios; ou com o atesto de fatura com serviços ainda não concluídos, caracterizando pagamento antecipado.

Outra causa possível para o dano, especialmente em obras, é a deficiência no projeto básico. A Lei 8.666/93 (art. 6º, IX) exige que a contratação de serviços seja precedida de projeto básico que é:

O conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução

Ary Braga Pacheco afirma que um projeto mal elaborado ou incompleto levará invariavelmente a problemas na execução:

Pode-se constatar, de forma cartesiana, a relação direta existente entre superfaturamento e projetos básicos de má qualidade, bem como entre paralisação de obras públicas e projetos básicos mal elaborados ou inexistentes.

Torna-se mister, de conseguinte, a proposição de algum tipo de responsabilização penal e civil para o gestor público, tanto da entidade interessada na obra, quanto do órgão aprovador dos projetos, que compactuar com a aprovação de projetos inadequados, inacabados,

incompletos ou viciados, sem os regulares estudos de viabilidade técnica, econômica, financeira e ambientais.²⁷²

E de fato o Tribunal de Contas da União considera irregularidade grave a contratação de serviços com projeto básico deficiente²⁷³:

1. É grave a irregularidade consistente na contratação de obra fundamentada em projeto básico impreciso e inadequado, podendo gerar desperdício de recursos públicos, ante o início da execução de serviços inicialmente previstos e posteriormente substituídos por outros.

Outra causa possível é a contratação de empresa sem a adequada qualificação técnica ou econômico-financeira para executar a obra. A licitação destina-se não só a buscar a proposta mais vantajosa, no sentido econômico, para a Administração, mas também contratar empresa que tenha condições de cumprir o objeto a contento²⁷⁴:

Se por um lado não se deve fazer exigências excessivas, de forma a comprometer a competitividade do certame, é obrigação da administração exigir das empresas a comprovação dos requisitos mínimos de capacidade técnica que demonstrem sua qualificação para executar o empreendimento a contento.

Daí a exigência, na fase de habilitação (Lei 8.666/93, art. 27) dos procedimentos licitatórios, de comprovação de qualificações técnica e econômico-financeira. Se a Administração não realiza a licitação ou negligencia a fase de qualificação, os gestores omissos, poderiam ser co-responsabilizados em caso de inexecução contratual.

Por outro lado, isso não significa que as exigências para qualificação técnica ou econômico-financeira devam se exageradas, sob risco de se caracterizar direcionamento da licitação ou tratamento não isonômico entre os possíveis interessados²⁷⁵:

A questão, embora regulada em lei e tratada na doutrina, é sobretudo de bom-senso, de razoabilidade e de proporcionalidade. Quaisquer exigências excessivas, quanto à habilitação técnica, podem ser interpretadas no sentido de que elas visam tão-somente a excluir a participação de outras empresas também capazes de executar a obra, o que violaria o princípio da competitividade e a isonomia entre os licitantes.

²⁷² PACHECO, Ary Braga. O Projeto Básico como elemento de responsabilidade na gestão pública. Revista do TCU, nº 35. Brasília: TCU, 2004. p. 73

²⁷³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1519/2006 - Plenário. 23/08/2006. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

²⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1774/2004 - Plenário. 10/11/2004. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

²⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 1046/2000 - Plenário. 06/12/2004. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

Nesse sentido, também é valiosa é a lição de Justen Filho:

Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica. Observe-se que a natureza do requisito é incompatível com disciplina precisa, minuciosa e exaustiva por parte da Lei. É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação de requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso a licitantes, tal como já exposto acima. A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto *similar*. Vale dizer, sequer se autoriza exigência de objeto *idêntico*. [...] ²⁷⁶

Enfim, essas são algumas causas que podem ser referidas como possíveis condutas de agentes públicos que podem concorrer para dano causado por inexecução contratual. Salienta-se que essas hipóteses podem ocorrer cumulativamente, devendo-se fazer uma criteriosa análise do nexos causal para identificar os responsáveis solidários à contratada.

2.3.4 Superfaturamento

Outra situação em que ocorre dano ao erário no âmbito de um contrato é o superfaturamento, que se caracteriza por um pagamento indevido, seja porque o preço do fornecimento é superior ao de mercado, seja porque ocorreu em quantidade inferior ao faturado. O caso especial do preço superior ao praticado pelo mercado é chamado sobrepreço, que somente irá gerar dano após o seu pagamento, quando se torna superfaturamento. Essa é a terminologia adotada pelo Tribunal de Contas da União ²⁷⁷:

3. No âmbito desta Corte de Contas, as terminologias sobrepreço e superfaturamento possuem sentidos inequívocos. Sobrepreço se refere à cotação de preço de material ou serviço com preço superior ao orçamento estimado pelo órgão ou entidade pública ou ao preço corrente de mercado, sem ocorrer pagamento de despesa. Superfaturamento constitui-se do pagamento a maior feito, em geral, por material adquirido ou serviço prestado em relação ao orçamento estimado pelo órgão ou entidade pública ou ao preço corrente de mercado.

²⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 1998. p. 313.

²⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1781/2003 - Plenário. 26/11/2003. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

4. Nessa perspectiva, o sobrepreço não implica débito; consiste apenas na potencialidade de ocorrência de dano, cuja materialização se dá pelo superfaturamento.

As obras e serviços somente podem ser licitados se existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários (Lei 8.666/93, art. 7º, §2º, II). Além disso, um dos procedimentos obrigatórios da licitação (art. 43) é a:

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis

Desse modo, dificilmente, haverá superfaturamento sem a negligência de algum agente público no exercício do dever acima. Nos casos de dispensa e inexigibilidade, exigem-se também justificativas quanto ao preço (Lei 8.666/93, art. 26, parágrafo único, inciso III) e a lei expressamente fixa a solidariedade dos agentes públicos responsáveis com o prestador de serviços no caso de superfaturamento (art. 25, §2º).

Uma questão a ser destacada é que a responsabilidade do prestador de serviços no superfaturamento não é contratual. Uma licitação que dá origem a uma contratação com sobrepreço é nula, não só porque faltou o confronto da proposta com os preços correntes no mercado, que é procedimento obrigatório, mas também porque viola um dos princípios fundamentais da licitação: buscar a proposta mais vantajosa para a Administração. E a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato (Lei 8.666/93, art. art. 49, §2º), portanto, já não se está mais a tratar de responsabilidade contratual. De qualquer forma, esta questão é pouco relevante na prática, porque o superfaturamento não pode ser presumido, deve ser provado, além de não se tratar de inexecução contratual. Além do mais, o Tribunal de Contas da União tem relativizado a nulidade contratual decorrente da nulidade da licitação, como, por exemplo, na deliberação abaixo²⁷⁸:

47. Com efeito, o desfazimento do ato inválido, qual seja, a licitação viciada, quando eivada de vício insanável, deve-se conformar à priorização do máximo interesse público, que é o norteador não apenas dos processos

²⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão Acórdão 2639/2007 - Plenário. 05/12/2007. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

licitatórios de contratação, mas de toda a ação pública estatal. Nessa linha, a visão tradicional sobre a nulidade dos atos eivados de vício insanável cede lugar ao princípio da proporcionalidade. Nesse caso, deve-se perquirir se a pronúncia da nulidade tenderá causar transtornos maiores à Administração e ao interesse público que a tolerância da manutenção de determinados contratos originados de licitações viciadas, escoimando-se deles, por óbvio, os vícios porventura encontrados que se mostrem lesivos ao patrimônio e interesse públicos, in casu, os sobrepreços apurados, cujo exame se dará em ocasião futura.

48. Por esse prisma, necessário reconhecer a inegável importância do empreendimento para o País. A anulação do contrato importaria na necessidade de realização de nova licitação, com paralisação das obras, elevação dos custos de mobilização e desmobilização, eventuais indenizações e, pior ainda, grande lapso temporal a que ficariam sujeitas em estado de inacabadas, considerando o tempo necessário para nova licitação, com todos os riscos aí envolvidos quanto a demandas judiciais e administrativas, recursos e novas impugnações, sem mencionar outros aspectos operacionais relativos a levantamentos dos custos de conclusão, adaptações em projetos, adequação de contratos secundários, como por exemplo, de gerenciamento de obras, além é claro dos custos de degradação do empreendimento inconcluso, sujeito a intempéries, bem como custo sócio-econômico relativo à perpetuação de deficiências de infraestrutura nacional em porto de localização estratégica para as exportações e divisas brasileiras.

De qualquer forma, no caso de obras públicas, o superfaturamento é uma das principais causas de dano ao erário, envolvendo em geral somas significativas.

2.3.5 Dano ao erário em convênios

Convênios são, sem sombra de dúvida, a principal fonte de tomadas de contas especiais. Antes de investigar as situações em que ocorrem danos no âmbito desses instrumentos, convém examinar o seu regime jurídico.

Um dos princípios fundamentais da Administração Pública Federal é a execução descentralizada de suas atividades. O convênio é o instrumento típico de descentralização para as unidades federadas ou organizações não-governamentais.

Dispõe o Decreto-lei nº 200/1967:

Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

- I - Planejamento.
- II - Coordenação.
- III - Descentralização.
- IV - Delegação de Competência.
- V - Contrôlo. [...]

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

O Decreto-lei nº 200/1967 não menciona expressamente a descentralização para entidade privadas, mas a Lei 1.493, de 13/12/1951, já previa a cooperação financeira entre União e instituições privadas, tanto para o seu custeio (subvenções ordinárias) como para projetos específicos (execução de obras, melhoramentos e adaptações, aquisições de imóveis, instalações e equipamentos).

A definição de convênio pode ser encontrada no Decreto 6.170/2007 (art. 1º, § 1º, I), segundo o qual é:

Acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

Assim, o convênio é o instrumento pelo qual a Administração Pública transfere recursos a outra unidade federada ou a entidade sem fins lucrativos, para execução de um objeto que contempla interesses recíprocos.

A doutrina contrapõe convênio a contrato, considerando que neste último os interesses são diversos e opostos. Nesse aspecto, cita-se Meirelles:

Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço ect.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.²⁷⁹

Em decorrência dessa convergência de interesses, os partícipes estão em uma situação de *igualdade jurídica*, podendo retirar-se da cooperação em qualquer

²⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 359.

momento.²⁸⁰ De fato, o art. 57 do Decreto 93.872/86 faculta aos convenientes essa possibilidade:

Art. 57. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os convenientes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, ou ajuste, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.

Outra característica importante do convênio é que os recursos, após transferidos, mesmo que a entidade privada, continuam sendo públicos:

[...] no contrato, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas;²⁸¹

Alerta Di Pietro para uma consequência importante da natureza do recurso financeiro conveniado: o gestor, ainda que vinculado a uma entidade privada, "*é visto como alguém que administra dinheiro público, estando sujeito ao controle financeiro e orçamentário previsto no art. 70, parágrafo único, da Constituição*".²⁸²

Ainda que a doutrina majoritária considere convênio e contrato como instrumentos distintos, devem-se fazer algumas ressalvas.

A primeira é que a Lei 8.666/93 (art. 2º, parágrafo único) considera **contrato** qualquer "*ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada*"²⁸³. Essa descrição inclui os convênios.

A segunda ressalva é que há uma modalidade especial de convênio, criada pelo Decreto 1.819/1986, em que as transferências são realizadas por meio de instituições financeiras oficiais federais. É o **contrato** de repasse, criado pelo Decreto nº 1.819/1996:

²⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 359

²⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 337

²⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 339.

²⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 361

Art. 1º As transferências de recursos da União, consignadas na lei orçamentária anual ou referentes a créditos adicionais para Estados, Distrito Federal ou Municípios, a qualquer título, inclusive sob a forma de subvenções, auxílios ou contribuições, serão realizadas mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, observadas as disposições legais pertinentes.

Art. 2º As transferências de que trata o artigo anterior poderão ser feitas por intermédio de instituições ou agências financeiras oficiais federais, que atuarão como mandatárias da União. [...]

Art. 3º A transferência dos recursos pelos mandatários será efetuada mediante contrato de repasse, do qual constarão os direitos e obrigações das partes, inclusive quanto à obrigatoriedade de prestação de contas perante o Ministério competente para a execução do programa ou projeto.

Com esses exemplos, pretende-se mostrar que, no direito positivo, convênio é contrato.

Também deve ser reconhecido que existem contratos que se caracterizam pela comunhão de interesses, como aqueles que originam associações e sociedades, os contratos sociais (Código Civil, art. 997). Nessa categoria, estariam também os convênios que, segundo Mello:

são **contratos** realizados entre a União, Estados e Municípios, sem que deles resulte criação de pessoas jurídicas - o que os faz distintos dos consórcios -, quer entre as sobreditas pessoas e entidades privadas [...] [grifo nosso].²⁸⁴

Mesmo o caractere que distingue fundamentalmente convênios e contratos - o interesse comum - parecer ter sido relativizado. É óbvio que a União e o município, partícipes de convênios, têm em comum o interesse público. Mas esse é o fim mediato, da mesma forma que duas empresas privadas ao contratarem entre si têm interesses imediatos opostos (uma a execução do objeto, a outra o preço), mas ambas visam, em última instância, à vantagem econômica.

O que se tem observado é que, via de regra, nos convênios os interesses imediatos não são necessariamente convergentes. A própria concepção legal de convênio no Decreto-lei 200/67 visa à descentralização de atividades da execução "**da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio**" (grifo nosso). Isto é, o interesse prevalente é o da União e a descentralização só será efetuada se essa entender que o conveniente tem condições adequadas para executar essas atividades.

²⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 626

Além disso, as ações governamentais federais são cada vez mais padronizadas, reduzindo-se a possibilidade de que os convenientes tenham sucesso na obtenção de recurso para projetos fora de parâmetros pré-definidos. Essa tendência, foi inclusive explicitada no Decreto 6.170/2007, conforme alguns dispositivos: a) a vedação de celebração de convênios com valores inferiores a R\$ 100.000,00 (art. 2º, I); b) a padronização dos objetos (art. 14), que só pode ser dispensada com a devida fundamentação (art. 66, §2º da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127/2008)²⁸⁵; c) a exigência de seleção de convenientes, quando entidades privadas, mediante chamamento público, segundo critérios objetivos, visando aferir a sua qualificação técnica e a sua capacidade operacional (art. 4º).

Por outro lado, as normas que regulam os convênios²⁸⁶ criam uma série de obrigações para os convenientes, explicitando ainda uma série de cláusulas obrigatórias e a forma de execução. Assim, não há liberdade de negociação das cláusulas, trata-se, como em todo contrato administrativo, de um contrato de adesão.²⁸⁷ Portanto, sobrepõem-se sempre os interesses da Administração Federal sobre os interesses do conveniente, mesmo que ele seja pessoa jurídica de direito público.

Por outro lado, observa-se um quantitativo não insignificante de convênios em que os recursos são aplicados em outra finalidade, ou em outro objeto, ou no mesmo objeto, mas com alterações substanciais. Isso evidencia que, não poucas vezes, a Administração Federal deseja a consecução do objeto, enquanto o conveniente quer apenas o recurso público. Nesses casos os interesses imediatos não se configuram como comuns, mas opostos.

Ante as considerações acima, parece bastante razoável afirmar que os convênios são uma espécie do gênero contrato. Suas características específicas são: a presença do interesse público comum entre os partícipes; a efetivação da

²⁸⁵ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127, de 29/05/2008. Estabelece normas para execução do disposto no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

²⁸⁶ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Instrução Normativa STN nº 1, de 15/01/1997. Disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências. Disponível em <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

²⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009., p. 267

despesa, por parte do concedente, antes da comprovação da execução do objeto; a consequente necessidade de prestar contas por parte do convenente; a natureza pública do recurso, mesmo após a conclusão do objeto pelo convenente particular.

O fluxo de um convênio é, grosso modo, o seguinte: a) a Administração Federal (concedente) tem uma ação a ser descentralizada, prevista na lei orçamentária; b) o convenente apresenta um plano de trabalho para execução de determinado objeto; c) a Administração transfere os recursos, que devem ser movimentados em uma conta bancária específica; d) o convenente executa o objeto, com os recursos transferidos; e) o convenente presta contas ao concedente; f) o concedente aprova a prestação de contas.

Preliminarmente, é muito importante destacar que, embora o instrumento de convênio seja celebrado entre pessoas jurídicas, a responsabilização, no caso de dano ao erário ocorrido em recursos de convênios, recai sobre a pessoa física que os geriu, conforme a deliberação abaixo²⁸⁸:

3. Destaco, também sua tentativa de descaracterizar sua responsabilidade pessoal pela prestação de contas da aplicação dos recursos recebidos e geridos, alegando que tal obrigação caberia a seu sucessor, uma vez que o convênio foi celebrado com o Município e não com a pessoa física do prefeito. [...]

7. Com relação à obrigação de reparar o dano à Fazenda Pública, ou de devolver os recursos públicos repassados mediante convênio, equivocou-se o responsável ao tentar estabelecer tal obrigação ao Município de Cutias do Araguari/AP. Em consonância com o ordenamento jurídico estabelecido pela nossa Carta Magna, o art. 90 do Decreto-Lei n° 200/67 c/c o art. 39 do Decreto n° 93.872/86 preceituam que responderão pelos prejuízos que causarem à Fazenda Pública o ordenador de despesa e o responsável pela guarda de dinheiro, valores e bens públicos.

Esse critério de responsabilização foi chancelado pelo Supremo Tribunal Federal: "*O dever de prestar contas, no caso, não é da entidade, mas da pessoa física responsável por bens e valores públicos, seja ele agente público ou não*".²⁸⁹ Contudo, existem hipóteses de responsabilização da pessoa jurídica.

Houve uma evolução na jurisprudência do TCU nessa matéria, em especial, no caso de municípios. Até a edição da Decisão Normativa TCU n° 57/2004, a responsabilização recaía exclusivamente sobre o prefeito signatário do convênio.

²⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1274/2005 - Primeira Câmara. 28/06/2005. Relator: Min. Valmir Campelo. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 21.644/DF. Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 28/06/2009

Hoje, embora na maioria dos casos essa seja a orientação, existe a possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica conveniente, desde que se demonstre que ela se beneficiou da utilização irregular dos recursos, conforme o art. 3º da Decisão Normativa TCU nº 57/2004²⁹⁰:

Art. 3º Caso comprovado que o ente federado se beneficiou pela aplicação irregular dos recursos federais transferidos, o Tribunal, ao proferir o julgamento de mérito, condenará diretamente o Estado, o Distrito Federal ou o Município, ou a entidade de sua administração, ao pagamento do débito, podendo, ainda, condenar solidariamente o agente público responsável pela irregularidade e/ou cominar-lhe multa.

As decisões mais recentes têm-se orientado no sentido de afastar a solidariedade, responsabilizando-se somente o conveniente quando se beneficia da aplicação irregular. Verifica-se que o fundamento da responsabilização é o enriquecimento sem causa. Abaixo um acórdão que trata do tema²⁹¹:

1. A identificação de que os recursos foram utilizados em proveito do município dita a obrigatoriedade de a pessoa jurídica de direito público efetuar o recolhimento do correspondente numerário.
2. A boa-fé somente pode ser analisada em relação à conduta humana, não podendo ser avaliada em relação à pessoa jurídica

É interessante observar que esse critério de responsabilização sugere certa relutância em admitir que as pessoas jurídicas possam cometer atos ilícitos no âmbito da responsabilidade civil. No entanto, a doutrina é pacífica no sentido de que as pessoas jurídicas são sujeitos de responsabilidade civil subjetiva, conforme mostra Pontes de Miranda:

O direito comum assentou a responsabilidade delitual das pessoas jurídicas. Onde há personalidade há responsabilidade. Os princípios sobre fatos ilícitos e dever de indenizar, quer se trate de responsabilidade por culpa presumida ou não, quer de responsabilidade subjetiva ou transubjetiva, quer por fato ilícito absoluto *stricto sensu*, são invocáveis a respeito das pessoas físicas e das pessoas jurídicas, indistintamente.²⁹²

A necessidade de obter benefício, por outro lado, é totalmente irrelevante no âmbito da responsabilidade civil, conforme registra Varela: "*Em 1º lugar, note-se que*

²⁹⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão Normativa nº 57, de 05/05/2004. Regulamenta a hipótese de responsabilização direta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de transferência de recursos públicos federais. Disponível em < <http://www.tcu.gov.br> > Acesso em 28/06/2009.

²⁹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1658/2009 - Primeira Câmara. 14/04/2009. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

²⁹² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 93

*a obrigação de reparar o dano recai sobre o autor do facto, independentemente de qualquer enriquecimento que ele tenha obtido".*²⁹³

Afigura-se como uma solução que parece mais adequada a cumulação de responsabilidade contratual (negocial, oriunda do termo de convênio) com a responsabilidade subjetiva do gestor signatário do convênio. Assim são solidários o gestor e o conveniente. O primeiro tem culpa contra a legalidade, por descumprimento do art. 93 do Decreto-lei nº 200/67. A pessoa jurídica conveniente tem responsabilidade contratual, isto é, originada do termo de convênio, verificando-se, assim, a culpa presumida pela inexecução. A solidariedade é comportada porque nosso sistema adotou a unidade da culpa.²⁹⁴

Embora predomine na jurisprudência "*o entendimento de que ao ofendido assiste o direito de demandar qualquer dos responsáveis pelo dano, conjunta ou isoladamente, segundo sua conveniência*"²⁹⁵, essa regra não vale para a Administração Pública. Ante os princípios da indisponibilidade do interesse público e da impessoalidade, não se permite que a Administração escolha entre um ou outro causador do dano, como de praxe acontece na esfera privada, segundo a conveniência do autor.

Deve-se sempre buscar responsabilizar solidariamente quaisquer pessoas físicas (agentes públicos ou não) ou jurídicas (sejam contratadas ou convenientes), cujas condutas antijurídicas tenham dado causa ao dano. É claro que a escolha deve ser motivada e fundamentada em critérios técnico-jurídicos, daí a relevância da análise dos requisitos da responsabilidade, em especial, a antijuridicidade e o nexo causal. Aliás essa é a uma das tendências da responsabilidade civil, segundo Schreiber:

[...] A solidariedade passiva no dever de indenizar vinha, usualmente, limitada aos casos de cumplicidade na produção do dano e de responsabilidade por fato alheio, restando, a princípio, afastada a interpretação extensiva destas hipóteses, por força do antigo axioma segundo o qual a solidariedade não se presume. Por toda a parte, porém, a jurisprudência passou a romper esta restrição. É emblemática a construção da já mencionada teoria da causalidade alternativa, em que os potenciais causadores de um evento lesivo são, à falta de possibilidade de

²⁹³ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 542:

²⁹⁴ DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006., p. 153

²⁹⁵ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 51

identificação do causador específico, considerados todos solidariamente responsáveis perante a vítima.²⁹⁶

Feitas essas explicações iniciais sobre convênios, passa-se a examinar as hipóteses de dano ao erário ocorridas na gestão de convênios.

A **omissão no dever de prestar contas** é motivo de instauração de tomada de contas especial (Lei 8.443/92, art. 8º). Ela pode acontecer em processos de contas ordinárias (anuais), mas onde se verifica efetivamente é na prestação de contas de convênios. Após executado o objeto, o conveniente deve apresentar, no prazo de trinta dias, a prestação de contas ao concedente. Se não o fizer, é instaurada a tomada de contas especial, conforme determina a Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127/2008:

Art. 56. O órgão ou entidade que receber recursos na forma estabelecida nesta Portaria estará sujeito a prestar contas da sua boa e regular aplicação no prazo máximo de trinta dias contados do término da vigência do convênio ou contrato ou do último pagamento efetuado, quando este ocorrer em data anterior àquela do encerramento da vigência.²⁹⁷

Observe-se que se o conveniente não presta contas não há como verificar se o objeto foi executado, se o recurso foi aplicado. Ao contrário do processo tradicional de liquidação de despesa nos contratos, nos quais em geral o pagamento ocorre após a execução, nos convênios a Administração realiza a despesa antecipadamente. Portanto, o dano é presumido. É possível que o objeto tenha sido concluído, mas até que isso se comprove, há um dano. Se, após citado no processo de contas especial, o responsável, e mesmo seus sucessores, não apresentar defesa, será condenado em débito ainda que o objeto tenha sido executado em conformidade com as normas. A omissão de prestar contas é tão grave, que se sanada após a citação, pode afastar o débito, mas não a irregularidade das contas, de acordo com a deliberação abaixo²⁹⁸:

1. A omissão na prestação de contas dos recursos públicos federais, no devido tempo, constitui crime de responsabilidade do prefeito (Art. 1º do Del 201/67) e configura violação a princípio constitucional sensível, que autoriza

²⁹⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 218

²⁹⁷ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127, de 29/05/2008. Estabelece normas para execução do disposto no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

²⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1305/2006 - Plenário. 02/08/2006. Relator: Min. Benjamin Zymler. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

a União a intervir nos Estados, e os Estados a intervir nos Municípios (art. 34, VII, d; 35, II).

2. A dicção expressa do Regimento Interno do TCU é no sentido de que 'citado o responsável pela omissão..., a apresentação posterior não elidirá a irregularidade, podendo o débito ser afastado caso a documentação apresentada esteja de acordo com as normas legais e regulamentares e demonstre a boa e regular aplicação dos recursos' (art. 209, §3º).

3. A omissão, com a posterior prestação intempestiva das contas, pode elidir o débito, no caso de comprovada aplicação regular dos recursos, mas, nos termos do Regimento Interno, não sana a irregularidade inicial do gestor e determina o julgamento das contas pela irregularidade, com eventual aplicação de multa.

Contudo, não basta prestar contas, tempestivamente, para que o convênio possa ser considerado executado adequadamente e afastado o dano ao erário. É necessário que a prestação de contas esteja de acordo com as normas específicas, conforme dispõe o art. 93 do Decreto-lei nº 200/67: "*Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprêgo **na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes***" [grifo nosso].

No caso de convênios, não basta executar o objeto, é necessário mostrar que ele foi realizado com os recursos depositados na conta específica. Cada pagamento efetuado deve ser relacionado com um documento comprobatório de despesa identificando o convênio a que se refere. A inobservância dessas medidas levará a glosa de despesas. Não se trata de mera burocracia, mas de um eficiente instrumento de controle. A experiência demonstrou que uma entidade pode captar recursos públicos de mais de uma fonte (União e Estado, por exemplo) para realizar o mesmo objeto, utilizando um mesmo documento fiscal para comprovar a despesa nos dois convênios. Assim, o recurso de uma das fontes pode ser desviado.

Di Pietro registra a importância de se demonstrar os meios de execução, não só o resultado:

Já no caso do convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado ao objeto durante toda sua execução, razão pela qual o executor deverá mostrar que referido valor está sendo utilizado em consonância com os objetivos estipulados. Como não há comutatividade de valores, não basta demonstrar o resultado final obtido; é necessário demonstrar que todo o valor repassado foi utilizado na consecução daquele resultado.²⁹⁹

²⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 182.

Em outras palavras, é preciso demonstrar o nexo de causalidade "*entre os desembolsos dos recursos federais recebidos e os comprovantes de despesas apresentados*".³⁰⁰. Essa demonstração da aplicação dos recursos deve ser unívoca, ou seja, cada comprovante de despesa deve corresponder a um documento fiscal identificado com o número do convênio e pago mediante transferência da conta específica para conta bancária de titularidade do fornecedor do bem ou prestador do serviço³⁰¹. São inúmeras as deliberações do TCU neste sentido, reproduzindo-se abaixo trecho do voto de acórdão³⁰²:

9. Discordo da proposta do Sr. Secretário de apenas apenar o responsável com multa, julgando suas contas irregulares, diante da constatação de que o objeto da avença teria sido executado, pois, conforme já manifestei em outras ocasiões, a comprovação da boa e regular aplicação de recursos públicos depende do nexo de causalidade existente entre o montante disponibilizado ao responsável e a consecução do objeto do convênio, o que é demonstrado mediante extratos bancários, notas fiscais e recibos idôneos.

Assim, o gestor pode ter executado o objeto, mas se não conseguir comprovar, com documentos hábeis, que o fez com os recursos da conta bancária específica, será condenado a devolver os recursos. Para evitar a confusão com nexo de causalidade e nexo de imputação, seria aconselhável outra expressão para descrever essa ligação entre os recursos financeiros e as despesas realizadas. Propõe-se a terminologia "*nexo financeiro*" ou "*nexo de aplicação*", visto que se trata de demonstrar, analiticamente, o vínculo dos recursos financeiros (origens) com as despesas efetuadas (aplicações). Convém destacar que, entre as peças obrigatórias que compõe a prestação de contas (Instrução Normativa STN nº 1/97, art. 28, V e VII), estão o extrato bancário da conta específica e a relação de pagamentos efetuados, que tem como objetivo demonstrar o nexo financeiro.

Também nos convênios pode ocorrer a **inexecução do objeto**. É uma causa relativamente comum de dano ao erário. Note-se que a execução parcial,

³⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 410/1996 - Segunda Câmara. 07/11/1996. Relator: Min. Adhemar Paladini Ghisi. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

³⁰¹ Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127/2008 (Art. 50, § 2º, II)

³⁰² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 316/2004 - Primeira Câmara. 02/03/2004. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

também pode levar à condenação para a devolução integral dos recursos. Nesse sentido há várias deliberações do TCU, transcrevendo-se trecho de uma delas³⁰³:

Nos termos do Relatório de Vistoria elaborado [...], o ginásio poliesportivo objeto do Convênio [...] não foi concluído integralmente. Contudo, ainda que se tenha verificada a realização parcial do objeto, esta não alcançou a finalidade pública almejada, pois o que foi construído não se reverteu para uso da população destinada, estando, inclusive, com aspecto de abandono do local em que a obra foi parcialmente realizada [...].

Nesse sentido, não deve ser acolhido o argumento do Responsável de que seria injusto ser condenado a restituir o valor mencionado na citação, considerando, segundo o mesmo, que os serviços necessários à obra foram realizados, pois o que foi construído não se reverteu para o uso da população a que se destinava o objeto ajustado pelo convênio em análise."

Normalmente, a inexecução do objeto do convênio, em especial no caso de obras, está associada a inexecução contratual por parte da empresa contratada pelo convenente. Ocorre então a responsabilização solidária do gestor do convenente com a empresa contratada, exemplificando-se com o acórdão abaixo³⁰⁴:

1. Verificada a execução parcial do objeto do convênio, julgam-se irregulares as contas e em débito o responsável, solidariamente com a empresa contratada, aplicando-se multa ao gestor.

Essa situação é muito comum no caso de obras, existindo várias deliberações do TCU no mesmo sentido.

2.3.6 Desvio de finalidade

O desvio de finalidade caracteriza-se tanto no ato administrativo que não atende ao interesse público, como nos casos em que, mesmo o atendendo, não observa a finalidade da lei que o autoriza. Essa situação foi examinada quando se tratou do princípio da finalidade.

A ausência de interesse público se verifica quando o objeto é fielmente executado, mas não propicia benefícios para a comunidade. Um exemplo típico é a construção de poço ou açude em propriedade particular. Essa prática atenta não só

³⁰³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1658/2009 - Primeira Câmara. 14/04/2009. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

³⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2299/2009 - Primeira Câmara. 12/05/2009. Relator: Min. Augusto Nardes. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

contra o princípio da finalidade como o da moralidade. A seguir cita-se trechos e acórdão do TCU que trata do tema³⁰⁵:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DESVIO DE RECURSOS FEDERAIS. CONTAS IRREGULARES.

Julgam-se irregulares as contas e em débito o responsável, com aplicação de multa, em face do desvio de recursos federais, consistente na construção de açude que não atende ao interesse público.

Sumário

Tomada de Contas Especial. Convênio. Edificação de açude público. Realização da obra em propriedade particular. Execução parcial da avença. Citação. Não-comprovação do regular emprego dos recursos públicos federais nos fins previamente colimados pelo convênio. Desmembramento e doação da área do açude ao Município. Construção sem garantia da destinação pública, uma vez que, mesmo com o desmembramento e a doação, o terreno no qual foi edificada a obra é confrontado por terras particulares e não está acessível às comunidades locais, conforme laudos de vistoria do órgão concedente e do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará. Irregularidade das Contas. Débito. Multa. Autorização para cobrança judicial. Remessa de cópia dos autos ao Ministério Público da União e ao Juízo de Direito da Comarca de Baturité. [...]

Mesmo que o ex-gestor comprove a utilização de recursos federais transferidos à conta do aludido convênio, conforme demonstram os documentos e extratos enfeixados pelo responsável, ainda assim, é insuficiente para elidir a mácula que recai sobre a presente prestação de contas, porquanto a construção do açude Serra Verde não atende ao interesse público no caso concreto.

Todas essas evidências apontam para a grave ocorrência de desvio de recursos federais, o que afasta a boa-fé do responsável. Portanto, com fulcro no art. 202, § 6º, do Regimento Interno, poderá o TCU julgar, desde logo, pela irregularidade das contas do ex-gestor e condená-lo ao ressarcimento do valor integral transferido pela União, devidamente atualizado e acrescido dos consectários legais.

A outra hipótese é o desvio de finalidade específico. Também é irregularidade grave que causa dano ao erário. Ele ocorre quando os recursos são aplicados em área de atuação governamental diferente da estabelecida:

Quando na execução das ações do gestor, além de não obedecer ao objeto pactuado, modificar a destinação das áreas para as quais os recursos haviam sido transferidos, tem-se caracterizado o desvio de finalidade. Essa prática caracteriza-se como irregularidade grave, uma vez que os propósitos maiores do Governo Federal quando do repasse daqueles recursos específicos. Os recursos repassados mediante convênios devem ser vistos como componentes de políticas de governo previamente estabelecidas, que buscam solucionar problemas em áreas antes definidas como prioritárias. Exemplificando, se os recursos são destinados à construção de salas de aula, sua aplicação, pelo conveniente, em ações de infra-estrutura urbana, embora possa até ser importante para determinado município, remaneja verba com destino certo, representando, em última instância, transposição

³⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1800/2005 - Segunda Câmara. 20/09/2005. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

de crédito sem prévia autorização legislativa, o que vai contra expresso dispositivo constitucional.³⁰⁶

De fato, existem regras constitucionais que estabelecem um complexo processo orçamentário envolvendo os poderes executivo e legislativo. O gestor que aplica os recursos conveniados em finalidade diversa da estabelecida esvazia e despreza essas competências constitucionais. A própria Constituição veda (art. 167, VI)

a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.

Portanto, a inobservância da vinculação do gasto público à ação orçamentária é duplamente antijurídica: não só contraria a norma constitucional (art. 167, VI) como a própria lei do orçamento.

O desvio de finalidade, na jurisprudência do TCU, provoca a inversão do critério de responsabilização por danos no âmbito de convênios. Quando os recursos são aplicados em finalidade diversa, mas em proveito da municipalidade, a responsabilidade pela devolução recai sobre a pessoa jurídica. O gestor poderá ter contas irregulares e ser multado, mas não responderá pelo dano. Esse entendimento está em diversos acórdãos, como neste³⁰⁷:

O entendimento jurisprudencial desta Corte é firme no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público interno, no caso os Municípios, podem responder pelos débitos originados da aplicação de recursos federais com desvio de finalidade, quando esses recursos reverteram-se de alguma forma em proveito da comunidade. Esse entendimento, destaco, está baseado na Constituição Federal, em seu art. 70, parágrafo único, o qual prevê que tanto as pessoas físicas como as jurídicas, inclusive as de direito público, devem prestar conta ao TCU; e no seu art. 71, o qual estabelece que cabe a esta Corte fiscalizar os recursos federais repassados aos municípios.

Deve-se diferenciar por fim o desvio de finalidade do desvio de objeto. De acordo com Aguiar, o desvio de objeto se caracteriza pela execução de objeto diverso do estabelecido no convênio, mas dentro da mesma área de atuação governamental:

O desvio de objeto se encontra caracterizado quando o convenente executa ações outras que não aquelas previstas no termo de convênio, respeitando,

³⁰⁶ AGUIAR, Ubiratan Diniz de et al. **Convênios e tomadas de contas especiais**: manual prático. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 47

³⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 651/2004 - Segunda Câmara. 29/04/2004. Relator: Min. Benjamin Zymler. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009

contudo, a área para a qual os recursos se destinavam. Assim, por exemplo, ao invés de construir uma nova escola (previsto no termo de convênio), o gestor realiza a reforma de uma outra, já existente. Ainda no campo dos exemplos, ao invés de o gestor asfaltar a rua indicada no convênio, asfalta outra.³⁰⁸

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o desvio de objeto não implica dano ao erário, conforme o acórdão abaixo³⁰⁹:

6. Em regra, nos casos em que se configura desvio de objeto em benefício da comunidade, o Tribunal vem consolidando seu entendimento no sentido de considerar tal prática como falha formal, afastar a ocorrência de débito e, em consequência, julgar as contas dos responsáveis regulares com ressalvas (v.g. Acórdão 360/2009-2ª Câmara).

Deixando o âmbito dos convênios, mas ainda tratando de desvio de finalidade, o TCU reprova gastos que não se coadunem com os objetivos institucionais das entidades públicas. Tais gastos poderão vir a ser glosados, implicando o ressarcimento dos valores despendidos. Abaixo, cita-se deliberação que trata do tema³¹⁰.

3. É irregular a realização de despesas não vinculadas à atividade fim do órgão/entidade com solenidades, festividades, eventos comemorativos e quaisquer congêneres, e a conseqüente impossibilidade de se realizar despesas desta natureza à conta dos cofres públicos em virtude da falta de amparo legal

Dessa forma, resta claro que o desvio de finalidade dará sempre causa a dano e a ressarcimento.

2.3.7 Pagamento indevido

Por fim, a última causa de dano ao erário que será tratada é o pagamento indevido a servidor. O tema é bastante controverso na jurisprudência do TCU. A primeira distinção a ser feita é entre o pagamento indevido em decorrência de erro operacional e os oriundos de errônea interpretação a lei. No primeiro a devolução é

³⁰⁸ AGUIAR, Ubiratan Diniz de et al. **Convênios e tomadas de contas especiais: manual prático**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 46.

³⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1061/2009 - Segunda Câmara. 17/03/2009. Relator: Min. André Luís de Carvalho. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

³¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 473/2009 - Plenário. 18/03/2009. Relator: Min. Raimundo Carreiro. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

sempre exigida, pois decorre de uma falha de processamento. No segundo, a solução para a matéria inicia na Súmula TCU nº 106:

O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.

Contudo, a opção pela irressarcibilidade não se apresentou satisfatória, traçando-se novas diretrizes no acórdão abaixo³¹¹:

Em diversas situações se observa a cumplicidade dos gestores e dos órgãos jurídicos, no sentido de conceder vantagens indevidas aos servidores, as quais também os beneficiam, na expectativa de que, se o pagamento for posteriormente impugnado pelo TCU, não terão de devolver os valores, pois poderão amparar-se na tese de que houve boa-fé e errônea interpretação da lei.

Assim, com as devidas vênias, essa orientação merece ser aprimorada. [...]

Assim, cabe ao julgador, em cada caso, aferir a responsabilidade pelo indébito e o cabimento de sua reposição, em face de suas circunstâncias peculiares.

Não há dúvida de que existem situações em que é justificável e legítimo isentar o servidor da obrigação de restituir, especialmente se ele recebeu de boa-fé, sem ter influenciado ou interferido na sua concessão, e se a vantagem indevida foi concedida em razão de interpretação razoável, embora errônea, de lei que à época era de aplicação controversa.

Portanto, trata-se apenas de ampliar os requisitos exigidos para a dispensa de reposição, a fim de proteger o erário e, ao mesmo tempo, preservar as situações em que essa medida é legítima.

A par da boa-fé e da errônea interpretação da lei, entendo que também é preciso a demonstração da existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato impugnado, bem como que esse ato comportou interpretação razoável da lei, ainda que equivocada.

Somente quando estiverem presentes todas essas condições será possível dispensar a reposição ao erário. [...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/92, em conhecer da consulta para respondê-la nos seguintes termos:

9.1. a reposição ao erário somente pode ser dispensada quando verificadas cumulativamente as seguintes condições:

9.1.1 presença de boa-fé do servidor;

9.1.2 ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada;

9.1.3 existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; e

9.1.4 interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração;

³¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1909/2003 - Plenário. 10/12/2003. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

9.2. a reposição ao erário é obrigatória, nos termos preconizados no Enunciado 235 da Súmula deste Tribunal e na forma dos arts. 46 e 47 da Lei 8.112/90, quando não estiverem atendidas todas as condições estipuladas no subitem 9.1 ou, ainda, quando os pagamentos forem decorrentes de erro operacional da Administração;

Essa deliberação pronunciada em decorrência de consulta formulada pelo Tribunal estabeleceu critérios objetivos para a matéria. Posteriormente foi aprovada a Súmula TCU nº 249 que manteve, em linhas gerais os mesmos requisitos, enfatizando-se o caráter alimentar das parcelas salariais:

É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

Portanto no caso de pagamentos indevidos a investigação da responsabilidade deve ser feita caso a caso, aferindo-se os parâmetros acima fixados.

2.4 Imprescritibilidade do Dano ao Erário

Não se poderia deixar de examinar neste trabalho a questão da prescrição do dano causado ao erário. Dispõe a Constituição Federal no § 5º de seu art. 37 que "*A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*". Ao ressaltar as ações de ressarcimento o legislador constitucional impôs aos danos causados ao erário a imprescritibilidade:

Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.³¹²

³¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.619

Para Nassar a imprescritibilidade ofende outros princípios constitucionais. Entende que "*não é defensável anular-se os princípios basilares do Estado de Direito, quais sejam, o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas*".³¹³ Assim a imprescritibilidade contraria os princípios da segurança jurídica (implícito) e o devido processo legal. Segundo Nassar,

o entendimento de que as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis, sem limites temporais, ainda que em defesa do princípio da indisponibilidade do patrimônio público, está a merecer maior sustentação por parte da doutrina e da jurisprudência.³¹⁴

Apesar da irresignação da doutrina contra o exposto texto constitucional, até o momento, vingou no Supremo Tribunal Federal a tese da imprescritibilidade³¹⁵:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

Com respaldo na decisão do STF, o Tribunal de Contas da União passou a considerar imprescritíveis os danos causados ao erário:³¹⁶

São imprescritíveis as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário (CF, art. 37, § 3º; MS 26210/DF, DJ 10/10/2008 e Acórdãos TCU nº 510/2005 e 2709/2008 - Plenário).

Observa-se, assim, que o legislador constituinte elevou o dano ao erário a uma categoria especial de ilícito. A dívida nunca prescreve, perseguindo o autor por toda a sua vida e, eventualmente, seus sucessores. É de importância extrema, portanto, que o operador do direito, ao tratar do dano ao erário, aja de forma absolutamente técnica na identificação dos responsáveis. Dessa forma, cumpre-se a vontade da Constituição com a valorização da busca da reparação do dano, sem jamais atribuir ônus tão grave a quem não foi efetivamente causador do prejuízo.

³¹³ NASSAR, Elody. **Prescrição na Administração Pública**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 351

³¹⁴ NASSAR, Elody. **Prescrição na Administração Pública**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 351.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. 04/09/2008. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 28/06/2009

³¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2539/2009 - Primeira Câmara. 19/05/2009. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em 28/06/2009.

CONCLUSÃO

Por sua complexidade, por sua constante e rápida evolução e por sua relevância social, justifica-se eleger a responsabilidade civil como tema de monografia jurídica. Quando se alia a esses fatores o montante vultoso de recursos públicos mal utilizados, gerando anualmente prejuízos aos cofres públicos, torna-se quase indispensável examiná-la nos casos de dano a erário.

No entanto, surpreendentemente, é esparsa a literatura relacionada à responsabilidade civil por prejuízo causado aos cofres públicos. Existem algumas poucas obras e monografias, mas estão mais voltadas a aspectos procedimentais das tomadas de contas especiais do que propriamente à responsabilidade civil. Essa foi uma das maiores dificuldades encontradas no decorrer do trabalho. Procurou-se contornar o problema por meio da abundante jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Verificou-se que uma das hipóteses iniciais confirmou-se, visto que os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil (dano, ação/omissão, nexo causal), embora extremamente importantes, não são mais suficientes para tratar da responsabilidade civil. Vários fatores sustentam essa afirmação. Apontam-se, inicialmente, o desenvolvimento da culpa presumida e a evolução da responsabilidade objetiva.

Por outro lado, já se encontram na jurisprudência casos de presunção do nexo de causalidade, demonstrando que um dos pilares da responsabilidade civil, inclusive objetiva e contratual, foi relativizado. Na responsabilidade objetiva, identifica-se, em suas hipóteses legais, a mitigação do fundamento no risco, observando-se que predomina a simples necessidade de reparação da vítima.

A segunda hipótese em parte também se confirma. A interferência dos princípios que regem a administração pública na aplicação dos critérios de responsabilização ocorre em uma série de situações. Se, nas relações entre particulares, cabe ao ofendido, segundo sua conveniência, escolher entre os responsáveis pelo dano aquele que vai acionar judicialmente, na Administração Pública o princípio da impessoalidade impede essa faculdade. Outro exemplo é a não aplicabilidade da exclusão da responsabilidade em decorrência da prescrição, visto que são imprescritíveis os danos causados ao erário. No entanto, cabe

registrar que, em linhas gerais, os institutos da responsabilidade civil aplicam-se de forma bastante satisfatória aos danos causados à Administração Pública.

Com relação ao nexo causal, verifica-se que a doutrina mais recente tem tratado o tema com maior profundidade, por meio de diversas teorias que fundamentam e dirigem a aplicação do instituto. O nexo de causalidade ganhou relevância devido à migração do sistema para responsabilidade objetiva. Além de se tornar um dos principais fatores de exclusão da responsabilidade, o nexo de causalidade também exerce papel importante na fixação do valor da indenização.

Três conclusões principais podem ser extraídas do presente trabalho: a adequação da teoria do escopo da norma jurídica violada como paradigma de investigação do nexo causal nos danos causados ao erário; a possibilidade de julgamento de contas nas situações de danos causados sem a participação de agentes públicos; e, nos casos de convênios, a necessária solidariedade entre o convenente (pessoa jurídica) e o seu dirigente (gestor) pelo dano causado.

A teoria do escopo da norma jurídica violada deveria ser adotada para aferição do nexo causal por danos causados à Administração Pública. A atividade pública envolve uma cadeia de procedimentos e formalidades normatizados que frequentemente são descumpridos, devendo-se identificar quais atos irregulares efetivamente causaram o prejuízo. Essa teoria parece bastante adequada ao problema proposto.

A possibilidade de julgamento de contas de responsáveis sem vínculo com a Administração Pública decorre da literalidade do texto constitucional. Ademais, a Constituição Federal, ao criar o Controle Externo e definir as competências do Tribunal de Contas da União, demonstra que objetiva tutelar muito mais o bom uso dos recursos públicos do que propriamente a conduta dos agentes públicos.

A terceira conclusão é que, nos convênios, deveria haver a cumulação de responsabilidade contratual (negocial, oriunda do termo de convênio) com a responsabilidade subjetiva do gestor signatário do convênio. São solidários o gestor e o convenente. O primeiro tem culpa contra a legalidade, por descumprimento de expressa disposição legal. A pessoa jurídica convenente tem responsabilidade contratual, isto é, originada do termo de convênio, verificando-se, assim, a culpa presumida pela inexecução.

Esse trabalho é uma tentativa de aproximar o regime tipicamente privado da responsabilidade civil ao regime público a que se submetem os atos da

Administração. Não se pretendeu esgotar o tema, até porque seria tarefa impossível, mas de tentar sistematizar as principais situações em que se verificam danos ao erário e examiná-las da perspectiva dos institutos típicos da responsabilidade civil e dos princípios que regem a administração pública.

Espera-se que essa pequena contribuição auxilie no incremento do debate e da produção acadêmica sobre um tema até agora pouco explorado.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ubiratan Diniz de et al. **Convênios e tomadas de contas especiais: manual prático**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria General de la Responsabilidad Civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1972.
- ALVES, José Carlos Moreira. **A Responsabilidade Extracontratual e seu Fundamento - Culpa e Nexo de Causalidade**. Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa. Rio de Janeiro: Forense Universtiária, 2001.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Relatório Anual de Atividades: 2008**. Brasília: TCU, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O Processo de Contas no TCU: O Caso de Gestor Falecido**. Revista do TCU, nº 81. Brasília: TCU, 1999.
- COSTA, Mário de Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo Causal**. 3.ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1999.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Tendências Atuais da Responsabilidade Civil: Marcos Teóricos para o Direito do Século XXI**. Revista Brasileira de Direito Comparado, nº 19. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 1998.
- LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**, Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privada, 1959.
- LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MACHADO JR., José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 comentada**. 26 ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1995.

- MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública pelos Tribunais de Contas**. Revista de Informação Legislativa, nº 108. Brasília: Senado Federal, outubro-dezembro/1990.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- NASASR, Elody. **Prescrição na Administração Pública**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- NERY JUNIOR, Nelson. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PALMA, Maria Salete Fraga Silva. **Tomada de Contas Especial à Luz do Tribunal de Contas da União: Aspectos Gerais e Relevantes**. Aracaju: Universidade Tiradentes, 2008. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/783990.PDF>>. Acesso em: 25/06/2009
- PACHECO, Ary Braga. **O Projeto Básico como elemento de responsabilidade na gestão pública**. Revista do TCU, nº 35. Brasília: TCU, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, v. 1**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros à Diluição dos Danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- STOCO, Rui. **Tratado De Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral, Vol. I**. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.
- ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.