
DESNECESSIDADE DO PREJUÍZO AO ERÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA HIPÓTESE DO INCISO VIII, DO ART. 10, DA LEI Nº 8.429/92

Unnecessariness of Damage To The Public Funds to Set Administrative Improbability in the Hypothesis of the Item VIII, Article 10, of Law Nº 8429/92.

Umberto Machado de Oliveira*

RESUMO: O artigo tem por objetivo demonstrar que na hipótese do inciso VIII, do art. 10, da Lei nº 8.429/92, não há necessidade de ocorrência de prejuízo ao erário para se configurar improbidade administrativa, tendo em vista o que dispõe o parágrafo único do art. 12, e o inciso I do art. 21, da Lei nº 8429/92.

ABSTRACT: The article aims to demonstrate that in the case of item VIII of art. 10, of Law nº 8.429/92, there is no need of the occurrence of damage to the national coffers to set administrative improbity, in view of the disposal of the single paragraph of art. 12, and the item I, art. 21, of Law nº 8429/92.

PALAVRAS-CHAVE: improbidade – prejuízo – erário – desnecessidade – licitação

KEYWORDS: improbity, damage, coffers, bidding

INTRODUÇÃO

O combate à improbidade administrativa certamente é, dentre as relevantes funções que o Ministério Público desempenha, uma das mais árduas e obstaculizadas. Não bastassem as dificuldades encontradas na formação do conjunto probatório necessário para o ingresso em juízo, o Poder Judiciário, às vezes apoiado em doutrina adrede produzida para dar suporte a absolvições em casos de infração à Lei nº 8.429/92, com frequência acolhe interpretações da defesa no sentido de restringir a subsunção dos fatos às hipóteses definidas como improbidade.

O presente artigo objetiva firmar um entendimento no sentido de que a conduta descrita no inciso VIII, do art. 10¹, da Lei de Combate à Improbidade Administrativa, não exige o efetivo prejuízo ao erário para sua configuração.

* Promotor de Justiça em Goiânia – Mestre em Direito pela UFG – Especialista em Direito Constitucional, Processual Civil e Civil - Professor Assistente da UFG/FD.Contato: umberto.machado@cultura.com.br

¹ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.⁹

1 A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE AS HIPÓTESES DO ART. 10, BEM ASSIM DA DOCTRINA

É certo que o Superior Tribunal de Justiça, assim como juízes e tribunais espalhados pelo Brasil, inclusive a doutrina, são unânimes em dizer que, nas hipóteses do art. 10, há necessidade de configuração do prejuízo ao erário para que haja subsunção aos seus incisos. A decisão mais recente é da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, por unanimidade, proveu o Recurso Especial nº 842.428-ES (2006/0068856-1, publicada no Diário de Justiça da União de 21.05.2007, p. 560), com relatoria da Ministra Eliana Calmon. Após entender que “não infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal” e firmar que “os tipos da Lei de Improbidade estão divididos em três categorias: a) art. 9º (atos que importam em enriquecimento ilícito); b) art.10 (atos que causam prejuízo ao erário) e c) art. 11 (atos que atentam contra os princípios da administração)”, assentou que:

(...) 4. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio caput, são também punidos à título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário. 5. Recurso especial provido Acórdão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

No referido Recurso Especial 842.428-ES, a situação fática consistiu na reintegração ilegal aos quadros de servidor temporário de prefeitura municipal admitido em 1984, o qual havia sido exonerado do cargo em 1990 quando estava em licença para tratamento de doença grave, com o pagamento integral de verbas supostamente devidas no interregno entre a sua exoneração e a readmissão por decreto em 1992, sob a justificativa que o mesmo encontrava-se em precário estado de saúde durante o período em que esteve sem trabalhar. O prefeito praticou o ato de “reintegração” apoiado em parecer jurídico da Procuradoria Geral do Município favorável ao pleito. O Ministério Público ajuizou ação com apoio no art. 10 e 11, I.

Em seu voto, a Ministra Relatora consignou que, “sem ser tolerante com os desvios administrativos, quando no trato com a coisa pública”, a avaliação da ocorrência do ato de improbidade não poderia abstrair o universo fático da sociedade, sob o prisma local e temporal. Anotou que a sociedade brasileira tenta sair das “viciadas práticas oligárquicas e individualistas”, e que, em face da escassez de uma educação historicamente apurada, na avaliação do que é moral ou imoral, do que é ético ou não ético, nosso país “construiu frouxos valores sociais: o que é meu, é meu; o que é público é de ninguém”. Registrou que somente na última década depois de promulgada a nova ordem constitucional, após grassar soberano o descaso com a coisa pública, é que surgiu um aparato institucional voltado para o controle e a fiscalização dos atos da administração. Citou como instrumentos maiores nesse controle a Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação por Ato de Improbidade, a Lei de Responsabilidade Fiscal, “a posição constitucional angariada pelo Ministério Público e, sobretudo, a força democrática da mídia, que, entre erros e acertos, pecados e virtudes, tem exercido relevantíssimo papel na construção da nova sociedade brasileira”.

Isso tudo, continuou a Ministra Relatora, vinha a propósito da “necessidade de alguma tolerância com certos comportamentos, como o uso privado de viatura oficial, o recebimento de diárias em desacordo com as normas do Tribunal de Contas, etc”, sem se chegar a

radicalismos de colocar o servidor público como indigno ou ímprobo se o seu proceder foi de leveza extrema. Apoiada nas lições de José Afonso da Silva, aduziu que não se deveria punir o ato apenas imoral, senão quando ele causar prejuízo ao erário, pois na configuração do ato de improbidade, seria de importância capital que se abstraísse a questão do moralismo, para situar os fatos no seu devido contexto legal. Concluiu seu voto apoiada nos ensinamentos de Mauro Roberto Gomes de Mattos, para fincar que, no caso apreciado, a Corte de segundo grau não se preocupou em demonstrar, na fundamentação do decisório, o elemento subjetivo ou a má-fé dos recorrentes, nem a demonstração do prejuízo que o ato acoidado de ilegal teria causado ao erário, descaracterizando-se, por isso mesmo, a tipicidade de conduta.

A doutrina (SARMENTO, 2002, p. 92) também sinaliza no mesmo sentido, conforme se infere dos ensinamentos de George Sarmento:

As condutas descritas nos treze incisos do art. 10 da Lei nº 8.429/92 possuem algumas características comuns. Todas traduzem ilegalidade ou desvio de finalidade do ato administrativo, implicando prejuízos ao patrimônio público. A repercussão patrimonial do ato ilegal ou imoral praticado pelo agente público é a principal característica dessa espécie de improbidade administrativa.

Na mesma linha são os ensinamentos dos consagrados Emerson Garcia e Rogério Pacheco (GARCIA; PACHECO, 2006, p. 277/279), quando discorrem sobre a desnecessidade da efetiva ocorrência de dano. Iniciam observando que, na dicção do art. 21, I, da Lei nº 8.429/92, a aplicação das sanções previstas no art. 12 independe “da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público”, e assim não sendo o dano o substrato legitimador da sanção, constata-se que é elemento prescindível à configuração da improbidade. Este dispositivo seria, assim, plenamente dispensável em face do que dispõe os incisos I e III do art. 12, ao se referirem a “ressarcimento integral do dano, quando houver”, o que não deixaria dúvidas quanto à dispensabilidade deste. No entanto, observam que o art. 21, I, citado, “deve ser interpretado em harmonia com os demais preceitos da Lei de Improbidade, em especial o art. 10, já que para a subsunção de determinada conduta às figuras previstas neste dispositivo é imprescindível a ocorrência de dano ao patrimônio público, o que, por evidente, não poderia ser dispensado por aquele”.

Não obstante o posicionamento da mais alta Corte acima noticiado e a opinião da doutrina transcrita, ousamos discordar para entender que, à luz da sistemática da Lei nº 8.429/92 e da própria deficiência de sua técnica redacional, somadas à imperiosidade do combate à corrupção, em todas as suas modalidades, a hipótese constante dos inciso VIII, do art. 10, prescinde do efetivo dano ao erário.

2 POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DA HIPÓTESE DE IMPROBIDADE DESCRITA NO INCISO VIII, DO ART. 10, DA LEI DE IMPROBIDADE MESMO QUE NÃO HAJA EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO

Temos que não é, em absoluto, necessário o prejuízo ao erário para que se configure a improbidade administrativa descrita no inciso VIII do art. 10. As condutas ímprobas que requerem a lesão ao erário são descritas no caput do art. 10, quais sejam qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da administração direta, indireta

ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (c/c o art. 1º).

Ao final do caput, está a expressão notadamente, e são especificadas outras condutas para as quais, em especial a descrita no inciso VIII, o requisito de lesão ao erário para configuração da improbidade administrativa deve ser objeto de uma mais acurada reflexão. Vejamos o teor do inciso VIII, do art. 10: “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa (...) e notadamente; (...) VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”.

Imagine-se a hipótese de inserção, em um edital de licitação, de cláusulas e requisitos com caráter nitidamente limitativo da possibilidade de concorrência com o fito exclusivo de afunilar a disputa para que um único fornecedor participe do certame. Ainda que o preço constante da proposta desse fornecedor não esteja superfaturado e portanto ausente o prejuízo ao erário, houve improbidade administrativa pois ter-se-ia frustrado a licitude do processo licitatório. Entender-se o contrário é negar vigência ao inciso VIII² do art. 10, da Lei nº 8.429/92, pois a frustração da licitude, fato grave que tem existência por si só, estará sendo condicionada indevidamente à existência de prejuízo efetivo ao erário. Se a ocorrência de lesão ao erário fosse requisito indispensável nessa hipótese, não haveria sentido a descrição da conduta, pois ela estaria abarcada no caput.

O disposto no art. 23, I, da Lei de Improbidade dá respaldo a essa interpretação, sem sombra de dúvidas, pois nele está expresso que “a aplicação das sanções previstas nesta lei independe ... da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público”.

Ademais, é de se considerar que a conduta descrita no inciso VIII, do art. 10, da Lei de Combate à Improbidade, guarda similitude com a descrita no art. 4º, inciso III, letras “a” a “c”, da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29.06.65):

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

(...)

III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

- a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;
- b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;
- c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.

² Essa hipótese específica de improbidade administrativa não pode ficar restrita a interpretação de que teria havido ali uma simples violação do art. 11, I ou II, da Lei nº 8.429/92, pois isso implica em desconsiderar a previsão legal nela contida. Ademais, devem ser consideradas as regras previstas na Lei nº 8.666/93 para se concluir pela frustração do processo licitatório. Vejamos o que diz a Lei nº 8.666/93: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.”

Sabe-se que para essas condutas é considerada a lesividade presumida que elas contêm, como já registrava saudosa doutrina (MEIRELLES, 1983, p. 85) há muito:

O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode se efetivar quanto legalmente presumida, visto que a Lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias, para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular)

Certo é que, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Recurso Especial nº 621.415/MG (2003/0211229-2, DJ de 30.05.2006, p. 134), decidiu em sentido contrário à lesividade presumida, com relatoria da eminente Ministra Eliana Calmon:

ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – CONFIGURAÇÃO. 1. Esta Corte, em precedente da Primeira Seção, considerou ser indispensável a prova de existência de dano ao patrimônio público para que se tenha configurado o fato de improbidade, inadmitindo o dano presumido. Ressalvado entendimento da relatora. 2. Após divergências, também firmou a Corte que é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça “Prosseguindo-se no julgamento, após a retificação de voto da Sra. Ministra-Relatora e do voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, a Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.” Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira (voto-vista) e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Cuidava-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais em face de acórdão que havia entendido que a Lei de Combate à Improbidade Administrativa deve ser aplicada à administração “desonesta, mal intencionada e aproveitadora e não a administração desorganizada e desleixada de chefes despreparados e despedidos de senso de direção”, e assim irregularidades formais não poderiam ser confundidas com ilegalidades lesivas ao erário. Sustentou o recorrente que ao autor da ação civil pública incumbia provar que o réu, prefeito municipal, utilizou recursos públicos para atender despesas não comprovadas, já que seria dele o ônus de provar a regularidade do gasto, por ser o ordenador das despesas e estar subordinado ao princípio da legalidade. Portanto, se não justificada a emissão e o pagamento das notas de empenho, deveria arcar o réu com o ressarcimento. Asseverou também que se o Tribunal de Minas Gerais admitiu que o réu realizou despesas sem licitação, a consequência deveria ser a reforma da sentença, pois a simples violação da legalidade ensejaria a aplicação de penalidades, independentemente da comprovação de dano ao erário.

A eminente Ministra Relatora, Eliana Calmon, em seu voto e na retificação de voto, fez, como registra a própria ementa acima, ressalva quanto ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido da necessidade do prejuízo ao erário para a configuração da improbidade administrativa. Ao responder a uma das teses por ela identificadas nas razões do recurso especial (“a) a simples violação ao princípio da

legalidade ensaja a aplicação de penalidades por ato de improbidade, independentemente da comprovação de dano ao erário?”), registrou que era importante frisar que não se exigia, para a configuração do ato de improbidade, a existência de dano ou prejuízo material. E pontuou que “desde a época em que surgiu no direito brasileiro a ação popular, tenta-se ligar a idéia de prejuízo ou dano à perda do erário, deixando à margem o imenso prejuízo que pode ser causado ao meio ambiente, às artes, à moralidade ou até mesmo ao patrimônio histórico e cultural da nação, nem sempre mensurável em dinheiro”. E entendeu que o equívocado raciocínio estaria hoje inteiramente superado porque na ação civil pública, acertadamente, a expressão atos lesivos, constante do art. 1º da Lei 4.717/65, (ação popular), foi substituída pela expressão danos patrimoniais e morais, o que deixaria clara a intenção político-legislativa de sancionar não somente os atos danosos aos cofres públicos, mas também as improbidades geradoras de danos imateriais, visto que tais atos atingem a moralidade, requisito que hoje está explicitado na Constituição Federal como princípio da administração pública”. Concluiu pela possibilidade de haver lesão presumida, “na medida em que a moralidade passou a ser, por princípio, dever do administrador e direito público subjetivo”. Contudo, anotou que, embora esse entendimento encontrava respaldo em julgados daquela Corte, hoje havia um consenso, diante da prevalência de julgados recente na Seção, quanto à necessidade imperiosa de prova da lesão, em relação ao qual guardava reserva.

Com a devida vênia, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça está na contramão da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, assinada por 95 (noventa e cinco) países, na conferência de Alto Nível convocada para esse fim, realizada entre 9 e 11 de dezembro de 2003, em Mérida, no México. Especificamente no seu artigo 30, que trata do processo, sentença e sanções dos atos de corrupção, item 3, está estabelecido:

Art. 30

Do Processo, sentença e sanções

(...)

3. Cada Estado Participante velará para que se exerçam quaisquer faculdades legais discricionárias de que disponham conforme sua legislação interna em relação ao indiciamento de pessoas pelos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção a fim de dar máxima eficácia às medidas adotadas para fazer cumprir a lei a respeito desses delitos, tendo devidamente em conta a necessidade de preveni-los.

A interpretação da Lei de Combate à Improbidade Administrativa deve ser, na perspectiva da referida Convenção Anticorrupção, no sentido de conferir-lhe a mais ampla aplicação. Ao contrário, houve uma restrição de sua aplicação com a inaceitação da tese da lesividade presumida, esta aceita em casos similares em se tratando de ação popular, como já se posicionou a doutrina e inclusive a nossa mais alta Corte ao julgar o Recurso Extraordinário nº 94.100/SC, com relatoria do Ministro Rafael Mayer, (DJ de 13.08.1982, p. 7588:

Recurso Extraordinário. Dissídio jurisprudencial (prova). Regimento Interno, art-322 e súmula 291. Na comprovação do dissídio jurisprudencial, para admissão do recurso extraordinário, é preciso que se mencionem as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ação popular. Ilegalidade e lesividade presumidas (art-4., V, c da Lei 4717). - Decisão que considerou demonstrado o duplo pressuposto para a ação popular, a ilegitimidade do ato e a sua lesividade ao patrimônio público, posto que legalmente presumidas, no caso do art-4.,v, c, da Lei específica, de modo a justificar a nulidade declarada. Recurso extraordinário não conhecido.

Não vale aqui o argumento de que as sanções da Lei de Improbidade importam em sérias conseqüências e portanto deve ser interpretada de forma a abrandar os seus efeitos, numa ótica teleológica.

O legislador, atento às peculiaridades da administração pública brasileira, que conta com gestores públicos desqualificados tecnicamente, em especial nas prefeituras do interior, deixou ao alvedrio do juiz, no parágrafo único do art. 12, a aplicação das sanções previstas nos seus incisos: “Art 12. (...) Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”

“Dano” nesse caso não equivale a efetivo prejuízo ao erário, e sim mesmo o descrédito pespegado à administração pela conduta de direcionamento da licitação pelo ímprobo, no caso em exemplificação, que elimina do certame outros em igualdade de condições de transacionar com a administração. Portanto, se o administrador público frustra a licitude do certame com o estabelecimento de requisitos no edital com o nítido propósito de favorecer uma determinada empresa, na situação hipotética aventada, ele responderá pela hipótese do inciso VIII, do art. 10, ainda que o preço praticado pelo vencedor da licitação esteja em consonância com o mercado.³

Cabe ao magistrado, diante das provas produzidas na instrução, avaliar quais sanções, dentre as previstas no inciso II, do art. 12, devem ser aplicadas, sempre levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade entre a conduta praticada e a extensão da sanção a ser aplicada. Obviamente que, por exemplo, se a licitação que restou frustrada referia-se a um objeto de valor expressivo, não pode sofrer a mesma intensidade de sanções de uma outra com objeto de valor singelo.

CONCLUSÃO

É prescindível o efetivo prejuízo ao erário para configuração da hipótese de improbidade administrativa prevista no inciso VIII, do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa, tendo em vista uma interpretação sistemática com os seus artigos 23, I e parágrafo único do art. 12 e as diretrizes traçadas na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, especialmente seu artigo 30, item 3.

³ Sobre a possibilidade do dano moral em caso de improbidade administrativa e sobre a posição intermediária adotada por Wallace de Paiva Martins Junior quanto à necessidade de prejuízo ao erário, cabe anotar a posição de Brito dos Santos ao comentar o art. 10 da Lei de Combate à Improbidade Administrativa: “(...) Assim, o prejuízo ao erário deverá ser sempre concreto e material, embora existam na doutrina respeitáveis posições de HUGO NIGRO MAZZILLI e de WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, que vislumbram a existência de lesividade presumida, como, aliás, sustentava Hely Lopes Meirelles em relação ao art. 4º da Lei de Ação Popular. Por outro lado, em que pese o Superior Tribunal de Justiça já ter sumulado que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (Súmula 227), a Lei nº 8.429/92 também não previu o *dano moral* na seara da improbidade administrativa, para os fins de consumação do ato ímprobo previsto no seu art. 10, embora haja na doutrina quem vislumbre de aproveitamento do *dano moral* tão-somente como penalidade prevista no art. 12, inciso III, como veremos adiante. Se em vez do vocábulo “erário” o legislador tivesse optado pela expressão “patrimônio público”, seria possível uma interpretação mais abrangente para abrigar o *dano moral*, embora, como assevera HUGO NIGRO MAZZILLI, o conceito de “patrimônio público” possua tradição no direito pátrio, que é aquele que consta do art. 1º da Lei de Ação Popular. Contudo de *lege lata*, pela menos no que se refere à consumação da hipótese do art. 10, não vislumbramos outra interpretação para a palavra *erário* senão a restrita, até por estarmos em sede de direito sancionatório, onde se impõe o princípio da reserva legal, que deflui da combinação dos incisos XXXIX e § 2º do art. 5º da Constituição Federal. (BRITO DOS SANTOS, 2002, p. 26/27)

REFERÊNCIAS

- SANTOS, Carlos Frederico Brito. Improbidade Administrativa – reflexões sobre a Lei nº 8.429/92. Rio de Janeiro : Forense, 2002, 270 p.
- BUENO, Cássio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (Coor.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo : Malheiros, 2001. 394 p.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Medidas provisórias. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba : Max Limonad, 1999. 281 p.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Improbidade administrativa. 4. ed., atual. e ampl. São Paulo : Malheiros, 2000. 381 p.
- GARCIA, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2006. 987 p.
- LIMBERGER, Têmis. Atos da administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 221 p.
- NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. Medidas provisórias: controles legislativo e jurisdicional. Porto Alegre : Síntese, 2000. 248p.
- SANTOS, Carlos Frederico Brito. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro : Forense, 2002. 273 p.
- SARMENTO, George. Improbidade Administrativa. Porto Alegre : Síntese, 2002. 244p.

Artigo enviado em março de 2008 e aceito em junho de 2008
