

Aspectos da responsabilidade civil dos administradores de empresas públicas

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Advogado em São Paulo. fcscaff@cscscaff.com.br

INTRODUÇÃO

Foi com grande satisfação que recebi o convite para apresentar texto que comporá obra coletiva dedicada ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf.

O homenageado foi quem, com generosidade e pela primeira vez, franqueou-me na Faculdade de Direito do Largo São Francisco a oportunidade de iniciar experiências no magistério de modo regular, quando tive o privilégio de acompanhá-lo por todo um semestre e com ele dividir a incumbência de ministrar as aulas. Isso ocorreu no início da década de 1990 e eu era recém-formado.

A matéria que me coube lecionar naquele período era - lembro-me bem - Responsabilidade Civil.

Sendo assim, pareceu-me indicado tratar de assunto inserido naquele tema e que permanece ainda polêmico em nossa doutrina e tribunais.

Trata-se da responsabilização civil de dirigentes de empresas públicas, situação que tem se tornado corriqueira em nosso país.

Com efeito, foi especialmente após o advento da lei que trata da substância e do procedimento da dita Ação Civil Pública - a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 - e, posteriormente, das normas que reformularam, no direito positivo, o regramento da Probidade Administrativa, que demandas judiciais em quantidade crescente foram propostas por iniciativa do Ministério Público, em cumprimento ao dever funcional de zelar pelo interesse coletivo, especialmente na proteção ao erário quanto aos danos causados por ações ou omissões culposas e dolosas daqueles que lidam com os recursos e bens públicos.

Fonte evidente de eventuais malversações desses bens encontra-se na celebração de contratos que, por não atentarem às disposições previstas na norma legal quanto ao fornecimento de bens ou serviços ao poder público, possam gerar prejuízos relevantes ao erário.

Assim, a questão que inspira este artigo é especialmente a seguinte: identificadas as irregularidades praticadas pelos agentes públicos, quais as formas de se reparar tais desvios?

I- OS PROCEDIMENTOS QUE ANTECEDEM A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS

Não há dúvida acerca da natureza contratual das avenças ajustadas entre os particulares e o poder público, em suas diferentes esferas – Federal, Estadual ou Municipal - ou ainda as autarquias, fundações, sociedades de economia mista, ou seja, toda sorte de empresas públicas.

Uma das peculiaridades, contudo, exigidas pela nossa legislação para que a contratação possa ser feita de modo regular é que o interessado, pessoa física ou jurídica de direito privado que pretenda celebrar contrato com o ente público, participe de um procedimento que constate a idoneidade daquele contratante, de sua proposta e do atendimento ao interesse geral que qualifica esses negócios jurídicos.

Boa parte dessas normas está contida na Lei n. 8.429/92 que atualmente rege as consequências derivadas da prática de atos de improbidade administrativa.

Antes dela, vigiam as regras previstas pela Lei federal n. 3.502/58, também denominada Lei Bilac Pinto e que regulava "o sequestro e o perdimento de bens de servidor público da administração direta e indireta, nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função"¹.

Note-se que a Lei Bilac Pinto pressupunha, então, que as alegações de improbidade administrativa deveriam ser fundadas na arguição do suposto enriquecimento ilícito dos agentes públicos, tal como elemento imprescindível para eventual condenação.

Nesse sentido, Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, atentando para a questão da irretroatividade da lei, destacavam que atos que atualmente são considerados reveladores de improbidade administrativa pela lei vigente, caso tivessem sido praticados sob o regramento da lei anterior, exigiam a efetiva comprovação de enriquecimento sem causa dos agentes e, cumulativamente, da ocorrência de danos ao erário. Sem a presença desses requisitos, tais atos, mesmo que irregulares, estariam em regra despidos de sanções de natureza civil².

1 Conf. Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Pazzio Júnior, Improbidade Administrativa. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 30.

2 Op. cit., p. 34.

Com efeito, sobre a irretroatividade da Lei n. 8.429/92 para atos pretéritos, já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo, tal como consta da seguinte ementa do julgado: Ação Civil Pública - Contrato - Anulação - Prévia licitação - Inexistência - Elaboração de Estudo de Impacto Ambiental - Fato anterior à vigência da Lei n. 8.429/92 - O Ministério Público só tem ação regressiva contra atos dos administradores pela prática de atos de improbidade após o advento da Lei n. 8.429/92 para promover ação civil em face dos ex-diretores da DERSA (ap. cível 139.662-5/8).

A nova lei então surgiu e, a partir dela, outras hipóteses de qualificação de atos praticados pelos agentes públicos como ímprobos foram criadas.

Nesse novo cenário, contudo, o problema se coloca: bastaria haver a inocorrência de licitação para que a improbidade administrativa do agente público fosse constatada?

A resposta deve ser negativa. Na verdade, a própria lei estabelece exceções ao princípio da concorrência pública, por vezes dispensando-a - como no caso da contratação de obras emergenciais - e outras vezes considerando-a inexigível, como ocorre no caso da contratação de serviços técnicos especializados com singularidade do objeto. É o que consta das hipóteses indicadas pelos arts. 24 e 25 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 e que trata das normas para licitação e celebração de contratos pela Administração Pública.

Essa possibilidade já era reconhecida pela lei anterior. Por exemplo, serviços de engenharia, consistentes em projetos básicos e executivos, eram tidos como especializados por definição da própria lei, de acordo com o que dispunha o art. 12, I do Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986³.

Essa legislação federal mereceu, posteriormente, reiteração no âmbito do Estado de São Paulo, ou seja, pela Lei n. 6.544, de 22 de novembro de 1989 que repetia, em seu conteúdo, basicamente os mesmos termos.

Uma vez que se constate, pois, a natureza especializada dos serviços que se mostravam necessários à execução das obras planejadas, torna-se, por tal razão, inexigível a realização de licitação.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles qualificava tais serviços técnicos profissionais especializados como aqueles que são prestados por quem possua mais do que a usual habilitação técnica e profissional, tendo qualificações diferenciadas e manifestas para o desempenho daquelas atividades, fruto da experiência, de estudos aprofundados e de pesquisa científica desenvolvida.

A justificativa para esse modo de contratação estaria na chamada inviabilidade de competição, decorrente da impossibilidade lógica de a Administração pretender a melhor satisfação do contrato pelo menor preço ou que renomados especialistas se sujeitassem a disputar a preferência por seus trabalhos⁴.

Considerando-se, pois, a oportunidade e conveniência da contratação de uma empresa que se mostre idônea e notoriamente especializada para a realização de serviços de alta complexidade e importância, não podem deixar os administradores de uma empresa pública de buscar, justamente, que sejam tais serviços prestados por empresa outra que não aquela se efetivamente se mostre a mais capaz e habilitada a fornecer as garantias pretendidas.

A justificativa para tal exceção da lei consiste no fato de que, fossem os serviços realizados por empresa menos apta, o risco de extensos e permanentes danos a uma enorme coletividade de pessoas, bem como ao meio ambiente de uma vasta região, seriam perigosamente aumentados.

Sobre esse tema, o Tribunal de Justiça de São Paulo também já se manifestou, extraíndo-se dos votos vencedores as seguintes afirmações: “LICITAÇÃO - Dispensa do procedimento - Cabimento, em se tratando de profissionais com notória especialização - Declarações de voto vencedor e vencido. Tratando-se de contratação de obra pública, com profissionais de notória especialização, é dispensável a licitação. Dispensável o processo licitatório, não tem qualquer aplicação a regra do concurso, que constitui modalidade de licitação. Ap. 141.728-1/5 (reexame) - 8ª C.- j. 5-6-91- Rel. Des. Franklin Nogueira. (...) No caso dos autos, a prova está a indicar que os serviços contratados eram mesmo de especialização diferenciada. A própria natureza técnica dos projetos, destinados a servir até mesmo de atração turística, pela sua arquitetura, estava a exigir a contratação de empresa com notória especialização. A prova dos autos indica, também aquela 'fama consagrada do profissional', a justificar a dispensa da licitação. A empresa contratada, dado seu elevado valor profissional na especialidade, certamente não se sujeitaria a disputar, administrativamente, a preferência por seus serviços”.

Ademais, a notória especialização e a singularidade dos serviços prestados não pressupõem, necessariamente, que seja a empresa afinal contratada detentora exclusiva dos conhecimentos técnicos requeridos para a satisfação das necessidades da Administração.

3 "Art. 12. Para os fins deste Decreto-lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; (...)."

4 Conf. Licitação e Contrato Administrativo. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991,p.111.

De fato, adotou a nossa legislação a ideia da singularidade subjetiva dos serviços prestados. Sobre esse ponto, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz esclarecem que a dita singularidade subjetiva se encontra inserida no conceito de notória especialização, de modo que não poderia haver alguém apto a prestar serviço de natureza especializada sem que se considerasse, aí, a própria ideia da singularidade⁵.

Assim, o fato de eventualmente existirem outras empresas que possam prestar os serviços buscados não é por si só razão para que não se caracterize a especificidade dos serviços necessários e a notoriedade da empresa contratada, requisitos suficientes para que se reconhecesse a inexigibilidade da licitação.

Quanto a esse tema, Lúcia Valle Figueiredo afirmava que a notória especialização, justificadora da inexigibilidade de se promover a licitação, decorre da própria constatação legal de ser logicamente impraticável licitar quando alguém, em virtude de qualidades notáveis, não possui competidores à altura. É o que se entenderia pelo conceito de singularidade subjetiva⁶.

Também Celso Antonio Bandeira de Mello adotou posição semelhante sobre essa matéria, ao afirmar que, sendo relevante a singularidade do serviço ou obra necessário, mesmo que outros pudessem desempenhar a mesma função científica, técnica ou artística, os fatores de qualificação da pessoa contratada devem ser considerados fundamentais para a maior satisfação do interesse público⁷.

Essa posição já foi há tempos acolhida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, como demonstra a seguinte ementa de acórdão: LICITAÇÃO - Dispensa - Contratação de firma de serviço especializado - Viabilidade - Artigo 126, § 2º, d, do Decreto-lei Federal n. 200, de 1967 e artigo 24; inciso V, da Lei Estadual n. 89, de 1972 - Notória especialização que não se confunde com conhecimento exclusivo do técnico contratado - Recurso provido. Ap. Cível n. 77.699-1 – Campinas⁸.

Também no mesmo sentido: MUNICÍPIO - Contrato - Prestação de serviços - Licitação - Dispensa - Notória especialização do profissional contratado - Artigo 23, inciso II, c.c. o artigo 12 do Decreto-lei Federal n. 2.300, de 1986, e artigo 37, inciso XXI da Constituição da República - Contratação, ademais, solicitada pelo Departamento Jurídico da Prefeitura Municipal, através de petições motivadas - Ação popular improcedente - Recurso não provido. Ap. Cível n. 254.864-1 - Campos do Jordão⁹.

II- AS CONSEQUÊNCIAS DA DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DE CONTRATO ADMINISTRATIVO FINALIZADO

Determinado contrato administrativo poderá ser, de toda forma, celebrado de modo irregular.

Estaríamos, neste ponto, avaliando o plano da validade do negócio jurídico. Assim, o reconhecimento da invalidade, derivada da ausência dos requisitos legais para a constatação da plena higidez do contrato, poderia levar ao reconhecimento da sua anulabilidade ou nulidade, dependendo da extensão e importância do vício constatado.

Contudo, na hipótese de já terem sido prestados os serviços ou realizadas as obras, quais poderiam ser as consequências de uma posterior declaração judicial de invalidade do contrato?

Sem dúvida, aí existirão limites a serem observados. É o que decorre das trocas patrimoniais havidas e já consolidadas no plano da existência do negócio. Ou seja, ainda que venha declarada a nulidade de determinado contrato administrativo - isto é, uma vez reconhecido o grau máximo de vício daquele negócio, fundado, por exemplo, no descumprimento de determinada norma de ordem pública ou na ocorrência de simulação -, não haveria, por esse motivo apenas, possibilidade de fazer retomar as coisas integralmente ao seu status quo ante.

Isso quando a obra já tivesse sido realizada e não pudesse mais ser desfeita, ou porque o estudo contratado já foi completado e as informações obtidas e disponibilizadas.

Assim, mesmo com a eventual declaração judicial de nulidade de determinado contrato administrativo, remanescem as relações contratuais de fato, ou seja, como define Vincenzo Roppo, “un rapporto contrattuale può costituirsi fra due parti anche in assenza di loro (valide) manifestazioni di volontà contrattuale, semplicemente in forza del contatto sociale stabilitosi fra essi”¹⁰.

5 Conf. Dispensa de Licitação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 90.

6 Conf. Direitos dos Licitantes. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1980, p. 27

7 Conf. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 282.

8 RJTJESP 111/161.

9 LEX 184/144.

10 Il Contratto. Milão: Giuffrè, 2001, p. 40.

Ora, essas trocas patrimoniais existentes e que derivam de contrato anulável ou nulo não são necessariamente prejudiciais, do ponto de vista patrimonial ao erário. O dano efetivo deverá ser apurado e delimitado. Por outro lado, ainda que exista o dano, o desfazimento poderá agravá-lo.

Sendo assim, a afirmação de que o “nulo não produz efeitos” não é, em si, uma verdade absoluta. Melhor será dizer que o “nulo não produz efeitos iguais aos do ato válido”.

III- A NECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO

Nos tópicos anteriores, procuramos demonstrar que nem sempre a licitação se impõe previamente à celebração de contrato administrativo, existindo casos excepcionais em que, do modo previsto pela lei, não se deve ou mesmo não se pode licitar.

Contudo, mesmo que se trate de contratação evidentemente irregular - que tenha, por exemplo, decorrido de licitação que não deveria ser feita ou que tenha prescindido de licitação que se impunha -, tal fato não é, por si só, suficiente para que, a partir dele, seja possível impor ao agente público a responsabilização civil decorrente de tal vício.

Na verdade, nesse tema nosso sistema jurídico não acolhe a possibilidade de reparação de prejuízos hipotéticos, mas apenas daqueles efetivamente comprovados e delimitados.

Isso se faz, fundamentalmente, de modo a evitar o próprio enriquecimento sem causa do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello já se manifestou sobre o tema, esclarecendo que, no reconhecimento de vícios, duas situações devem ser distinguidas.

Uma delas ocorre quando o contrato celebrado de modo defeituoso ainda não se implementou, o que determina, então, que novos procedimentos de contratação devam ser iniciados, descartando-se aqueles realizados anteriormente.

Contudo, há casos em que a constatação do vício ocorre posteriormente à realização da obra ou do serviço. Nessa hipótese, desde que constatada a boa-fé do contratado e que não tenha ele concorrido para o defeito, a posterior declaração da irregularidade não poderia lhe causar um dano injusto, nem ser fonte do enriquecimento sem causa da Administração, razão pela qual os efeitos patrimoniais ocorridos deverão ser então confirmados¹¹. Assim sendo, na medida em que não se comprove que da irregularidade decorra dano efetivo ao erário, constituindo-se em verdadeira imposição legal o pagamento à empresa contratada pelos serviços que foram efetivamente realizados, é de concluir que a viabilidade de determinada ação civil pública prende-se, exatamente, à demonstração efetiva da ocorrência de uma verdadeira lesão aos interesses difusos ou coletivos.

Outra não é a interpretação que foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se verifica pela leitura da seguinte ementa: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ADITAMENTO IRREGULAR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO DA LESIVIDADE. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211.** O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública, visando o ressarcimento do erário de danos causados por aditamento a contrato administrativo. Contudo, para a condenação ao ressarcimento, não basta o ato impugnado ser ilegal, devendo ser ele lesivo ao patrimônio público. E que, se não há prejuízo, não se pode cogitar de ressarcimento. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo (Súmula n. 211/STJ). - Recursos especiais parcialmente conhecidos e providos¹². Outros julgados do Superior Tribunal de Justiça confirmam que tem se mantido esse mesmo posicionamento jurisprudencial, isto é, o de que em casos de irregularidade na celebração de contratos administrativos é indispensável a prova do dano para condenação de agentes públicos sob o fundamento da alegação de improbidade administrativa¹³.

Assim, prevalece ainda a posição doutrinária clássica, no sentido de que “não há responsabilidade civil sem dano”¹⁴.

11 Anulação de Ato Administrativo e Dever de Invalidar. Revista de Direito Administrativo, v. 202, Rio de Janeiro, out./dez. 1995, p. 72.

12 REsp. 431.423/SP.

13 É o que se verifica, por exemplo, nos julgados dos REsp. 1.169.153/SP, de 16-8-2011 e REsp. 728.341/SP. Em sentido contrário, admitindo a condenação sem prova do dano, REsp. 1.143.815/MT.

14 Conf. Antonio Junqueira de Azevedo. O Direito como sistema complexo e de 2ª ordem: sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de Prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In: Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

CONCLUSÕES

A celebração de contratos administrativos apresenta, sem dúvida, várias peculiaridades em relação àqueles ajustados entre pessoas de direito privado. A origem de todas elas pode ser encontrada na necessidade de proteção ao erário e de controle dos agentes que, circunstancialmente, têm o condão de decidir o conteúdo e a forma de tais contratos, lidando, pois, com interesses alheios e de largo espectro.

Na prática, muitas vezes é difícil segregar atos arbitrários daqueles de natureza discricionária, ou afastar por completo determinado grau de subjetivismo que caracteriza certas decisões dos administradores públicos.

Os desvios extremos, caracterizados pelo personalismo, corrupção, arbitrariedades ou malversação de recursos públicos geram soluções mais evidentes.

Grandes dilemas, contudo, surgem quando as situações irregulares sejam menos claras, ou quando os defeitos dos atos venham a ser descobertos apenas em momentos posteriores à própria finalização dos contratos.

Nesses casos, quer nos parecer que não se deverão criar novos sistemas de responsabilização civil que destoem daqueles já consolidados e afirmados no direito.

Sem a prova efetiva do dano - mesmo gerado por contrato celebrado de modo irregular - não se justifica logicamente o ônus de reparar. Pensar de modo diverso significaria permitir o enriquecimento sem causa da contraparte e, ai também, o cometimento de arbitrariedades em desfavor daquele que, sem ter causado prejuízo, tenha de assegurar, por exemplo, o montante integral dos custos previstos em um contrato administrativo que tenha sido cumprido total ou parcialmente, ainda que presente alguma irregularidade formal ou acessória.

Por outro lado, a responsabilidade civil não é a única forma de correção dos procedimentos dos agentes públicos. Multas administrativas, restrições de direitos, a imposição judicial de obrigações de fazer ou de não fazer judicialmente podem servir, de modo eficaz, à sanção de administradores que, no âmbito de suas funções, realizem erros inescusáveis na gestão do patrimônio público que lhes tenha sido confiado.