

COMENTÁRIOS AO ENUNCIADO N. 23

Rita Tourinho

Enunciado n. 23: A responsabilidade solidária de que trata o art. 73 da Lei n. 14.133/2021 configura-se apenas quando comprovado que ambos atuaram com dolo, fraude ou erro grosseiro.

A realização de contratação direta irregular pode gerar a responsabilização dos envolvidos. O art. 73 da Lei n. 14.133/2021 reporta-se à responsabilidade solidária do contratado e agente público causador do dano ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a simples contratação irregular não faz surgir o dano ao erário. Embora se possa perquirir a aplicação de outras penalidades, não havendo comprovação do dano efetivo, não há que se falar em ressarcimento.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que, no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), antes das alterações trazidas pela Lei n. 14.230/2021, admitia-se o dano presumido na hipótese do art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992, que tratava, dentre outras coisas, da dispensa indevida do processo licitatório. Nesse sentido, os Tribunais Superiores manifestavam-se reiteradamente, embalados pelo Superior Tribunal de Justiça,¹ ao estabelecer que independe de prova

¹ “[...] é remansoso o entendimento desta Corte no sentido de que, nos casos de dispensa/inexigibilidade de licitação, o dano ao erário é presumido” (AREsp 1461963/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 25.9.2019). No mesmo sentido: REsp 1.431.610/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26.2.2019; REsp 1.507.099/

fatos notórios e aqueles deduzidos das regras de experiência como, por exemplo, o prejuízo presumido decorrente de fracionamento indevido do objeto licitado para permitir a dispensa de licitação, a caracterizar a improbidade por prejuízo ao erário. No entanto, com a redação trazida à Lei de Improbidade Administrativa pela Lei n. 14.230/2021, houve normativa contrária a tal entendimento, passando a exigir, no referido inciso VIII do art. 10, a “perda patrimonial efetiva”.

O ônus de provar o dano efetivo ao patrimônio estatal, na hipótese do art. 73 da Lei n. 14.144/2021, é da Administração Pública. A Administração contratante, que pretende obter o ressarcimento, deve apresentar prova do dano sofrido. No cálculo do valor deverão incidir correção monetária e juros de mora, devidos a partir da data da verificação do prejuízo.

Acrescente-se que, conforme salientado, a inoccorrência de efetivo dano ao erário não significa que não haverá a aplicação de outro tipo de sanção aos envolvidos em fraudes voltadas a realizar contratação direta indevida. Assim, seria o caso de conluio entre o agente público e o terceiro para frustrar a realização de processo licitatório, com a consequente contratação direta indevida. Tal conduta encontra enquadramento no art. 155, XII, da Lei n. 14.133/2021, com a possibilidade de incidência da sanção constante do art. 156, IV.

Além disso, é importante individualizar as condutas daqueles que participaram do ilícito. Também não há participação presumida, exigindo-se que se individualize a conduta danosa tanto dos particulares quanto dos agentes públicos envolvidos.

Em se tratando do agente público, será responsável aquele que praticou o ato ilegal e causador do dano. Assim, se a irregularidade decorre de uma ação, o seu praticante é o agente que pode ser responsabilizado. Nesse contexto, caso o dano decorra de um sobrepreço, responsável será o agente que procedeu à pesquisa do mercado. Já se houver uma omissão, a responsabilidade potencial cairá sobre quem tiver o encargo específico de evitar o que tenha gerado dano. Se, por exemplo, o sobrepreço decorreu de um erro no Termo de Referência, consubstanciado em uma omissão, o agente responsável será aquele competente para elaboração de tal instrumento.

Por outro lado, o agente público e/ou o contratado somente responderão na medida de sua culpabilidade. Nessa perspectiva, o art.

73 da Lei n. 14.133/2021 exige, para a responsabilização, que os envolvidos tenham agido com dolo, erro grosseiro ou fraude.

Neste ponto, o art. 73 segue a lógica do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a redação dada pela Lei n. 13.655/2018, que estabelece a responsabilização pessoal do agente público, por suas decisões ou opiniões técnicas, em caso de dolo ou erro grosseiro.

Age com dolo o “*homem médio*” que atua visando que seu ato contrarie o direito, ou que quer contrariar o direito e atua para isso.² Majoritariamente, tem-se o dolo como um componente subjetivo implícito da conduta, pertencente ao fato típico, formado por dois elementos: o volitivo, isto é, a vontade de praticar a conduta descrita na norma, representado pelos verbos querer e aceitar; e o intelectual, traduzido na consciência da conduta e do resultado.³

Quanto ao erro grosseiro, constante do art. 28 da LINDB, foi delimitado pelo Decreto n. 9.830/2019, no art. 12, §1º, aproximando-o do erro inexcusável, da culpa grave.

No que se reporta à fraude, também estabelecida no art. 73, da Lei n. 14.133/2021, é apenas uma forma específica de dolo. É a conduta praticada com o uso do engano, falsificação ou manipulação.

Verificado o dano e a culpabilidade dos agentes envolvidos, deve-se constatar a presença do nexo causal.

O nexo causal significa que ninguém pode responder por algo que não fez. Em síntese, é preciso que o dano tenha sido causado pela conduta do agente, eivada de dolo, erro grosseiro ou fraude.

A teoria do nexo causal apresenta dificuldades em situação de concausas, quando a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil. Pode ocorrer situações de concausas simultâneas, quando há um só dano ocasionado por mais de uma causa. Seria a hipótese trazida no presente enunciado, que traz o dano atribuído a várias pessoas, que responderão solidariamente.

Nessa ordem de ideias, a responsabilização do agente público e do contratado pelo dano efetivo causado ao erário, em razão da contratação direta indevida, será solidária, desde que todos tenham atuado com dolo, erro grosseiro ou fraude.

² MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: parte geral. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. t. II. p. 249.

³ CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Direito Penal para Magistratura e Ministério Público do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 12.