

REPARAÇÃO INTEGRAL: UM DOGMA A SER ABANDONADO PELO DIREITO ADMINISTRATIVO

FULL RESTITUTION: A DOGMA TO BE ABANDONED BY ADMINISTRATIVE LAW

João Manoel Galdi¹



RESUMO: Este artigo pretende analisar a ideia da reparação integral, mostrando que se trata de paradigma do Direito muito pouco refletido. A noção de ressarcimento, no âmbito administrativo, embora guarde proximidade com o Direito Penal e com o Direito Administrativo sancionador, tem uma lógica própria, demandando estudo dogmático específico.

PALAVRAS-CHAVE: Reparação integral. Ontologia. Direito Administrativo. Superação.

ABSTRACT: This article aims to analyze the idea of full restitution, showing that it is a paradigm of Law that demands more attention. The notion of compensation, in the administrative sphere, although it is close to Criminal Law and Administrative Sanctioning Law, has its own logic, requiring specific dogmatic study.

KEYWORDS: Full restitution. Ontology. Administrative Law. Overruling.

SUMÁRIO: 1. Entre o Direito Administrativo e o Penal: A noção de ressarcimento ao erário como um estranho. 2. O mito da reparação integral na Constituição Federal. 3. O Direito Civil e a reparação integral: da origem à flexibilização. 4. A reparação integral no Direito Administrativo: subsistemas de improbidade e anticorrupção. 5. Conclusão. Referências.

SUMMARY: 1. Between Administrative and Criminal Law: The notion of full restitution as a different thing. 2. The myth of full restitution in the Federal Constitution. 3. Civil Law and full restitution: from its origin to its flexibility. 4. Full restitution in Administrative Law: subsystems of improbity and anti-corruption. 5. Conclusion. References.

1. Entre o Direito Administrativo e o Penal: a noção de ressarcimento ao erário como um estranho

A lei anticorrupção trouxe para o Direito Administrativo a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica envolvida em atos de corrupção. Não se trata da primeira iniciativa de punição. Na verdade, dentre outras, a lei de improbidade, Lei nº 8.429/92, já era

¹ Mestrando em Direito Público na UERJ. Pós-graduado em Direito Constitucional pela ABDCONST. Professor na ESAP PGE e em cursos preparatórios. Procurador do Estado e Advogado.

usada como instrumento de aplicação de sanções àqueles que praticassem, por exemplo, condutas ilegais em contratações públicas. A atuação da Lei nº 12.846/2013 se dá no plano do chamado Direito Administrativo sancionador, embora ambos os normativos guardem correspondência ou proximidade com o Direito Penal.

Os manuais de Direito Civil² costumam traçar distinções entre o ilícito civil e o ilícito penal. Enquanto a sanção civil objetiva a reparação do dano moral ou patrimonial causados ao lesado, o ilícito penal tem por foco a repressão enquanto mecanismo de busca do reequilíbrio, punindo o agente transgressor. Como *tertium genus* surge o ilícito administrativo, caracterizado pela infração a deveres estabelecidos pelas leis administrativas.

Há muito se diz, portanto, da separação de instâncias entre o Direito Penal, Civil e Administrativo³. Não se pretende com este trabalho discorrer a respeito do acerto ou não da incomunicabilidade de instâncias⁴, porém, é importante notar que o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador caminham com alguma proximidade, havendo crescente administrativização sancionatória de condutas punidas pelo Direito Penal.

Existem sanções administrativas em diversas áreas da vida, como nos serviços públicos, contratos, servidores públicos, poder de polícia, uso de bens públicos, cartéis e na regulação. Há verdadeira expansão do poder sancionatório da administração, como reflexo de sua potestade, diante da necessidade de se assegurar o cumprimento de princípios como o da moralidade e da eficiência, esculpidos no caput do Art. 37 da Constituição Federal. Essa expansão do Direito Administrativo o conduz à sobreposição com as condutas penais.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol1. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 548-549: “Assinala-se, porém, uma diversificação que se reflete no tratamento deste, quer em função da natureza do bem jurídico ofendido, quer em razão dos efeitos do ato. Para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido. O delito criminal violação da lei penal, pode às vezes confundir-se com o ilícito civil, como no caso do furto, a uma só vez contravenção da norma de interesse social e atentado ao direito subjetivo de outrem; mas pode dele distanciar-se, de sorte a haver ilícito civil estranho à órbita de ação criminal (exemplo, o inadimplemento de uma obrigação pecuniária), ou ilícito criminal que não penetra a noção de delito civil, como é o caso da tentativa de morte. Para o direito criminal o ilícito ou delito motiva a segregação do agente, ou diminuição patrimonial, ou simplesmente a privação de uma faculdade; para o direito civil cria o dever de reparação com o fito de recompor o bem jurídico ofendido. Mesmo no caso de um ilícito ser reprimido simultaneamente no civil e no criminal, há diferenciação, pois enquanto este tem em vista a pessoa do agente para impor-lhe sanção, aquele se preocupa com o resultado e cogita da recomposição patrimonial da vítima. Enquanto o direito penal vê no ilícito a razão de punir o agente, o direito civil nele enxerga o fundamento da reparação do dano. Por isto mesmo a responsabilidade civil é independente da criminal, ainda que haja a superposição das duas áreas”.

³ CRETELLA JÚNIOR, J. Repercussão da sentença penal na esfera administrativa. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66647/69257>. Acesso em: 04.02.2024.

⁴ Sobre essas relações v. MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

Alice Voronoff passa a falar em “*movimentos de requalificação de certas condutas, transferidas pelo legislador de uma seara a outra, bem como os de ‘dupla tipificação’*”⁵, o que conduziria à necessidade de se diferenciar o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador não apenas quanto à sua origem e fins, mas também sob a “*ótica do discurso que os justifica*”⁶.

A aproximação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador não quer significar a perda da ontologia de cada um, sua descaracterização completa, mas impõe ao estudioso o dever de definir as principais características de cada uma das esferas. Nesse sentido, especialmente com base nos levantamentos da professora Alice Voronoff⁷, procuramos apontar as principais distinções, a fim de demonstrar as peculiaridades próprias da área administrativa e que geram repercussões para o ressarcimento ao erário.

É nítida a existência de uma diferença de magnitude entre as esferas administrativa e penal. A primeira possui potencial aflitivo consideravelmente menor do que a segunda. Apesar de o Direito Administrativo marcar a potestade estatal, sua resposta sancionatória é mais leve. A fim de garantir seus fins, o Direito Penal vale-se de uma resposta mais intensa, destacando-se a privação da liberdade.

Analisando diversos penalistas e administrativistas, Alice Voronoff⁸ traz panorama bem completo sobre as distinções entre o Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal. Da literatura, repara que uma primeira posição não enxerga a existência de diferenças ontológicas entre sanções penais e administrativas. Haveria um espaço para o Estado decidir, no âmbito de sua discricionariedade político-legislativa, entre tipificar ilícitos de uma ou de outra espécie, ou até de ambas. Assim, a distinção seria meramente formal de escolha do regime jurídico pelo legislador.

A se admitir essa hipótese, de fato, haveria a “transposição de garantias típicas da seara criminal à administrativa, ainda que com nuances”⁹. Assim, princípios como da legalidade e da irretroatividade deveriam ser aplicados com ainda mais cautela, uma vez que a essência do Direito Administrativo sancionador seria a mesma do Direito Penal.

Em seu Direito Administrativo Sancionador, Alice Voronoff aponta que é comum¹⁰ aos diversos administrativistas:

⁵ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador No Brasil. 1.ed.*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.96.

⁶ Idem.

⁷ Idem.

⁸ Idem, p. 57 e ss.

⁹ Idem.

¹⁰ Conclusão semelhante chega RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de*

“i) partir-se da sanção administrativa como uma resposta (necessária e quase automática) aplicável ao particular pelo cometimento de um ilícito administrativo, com aptidão para lhe gerar um efeito gravoso; ii) defender-se que tanto a sanção administrativa como a penal decorrem de um *ius puniendi* estatal único e por isso são ontologicamente iguais; iii) afirmar-se que, em razão da inexistência de diferença ontológica, o que diferencia os dois tipos de sanção é o elemento formal, i.e., o regime jurídico atribuído pelo legislador em cada caso; iv) concluir-se que, por tudo isso, cabe ao Estado, no exercício de sua discricionariedade político-legislativa, decidir por qual caminho trilhar, com ampla dose de liberdade”¹¹.

Por sua vez, a ideia de que os conceitos seriam essencialmente diferentes tem sua origem na doutrina alemã de James Goldschmidt. Esse autor entende que a distinção não é apenas de caráter formal do regime jurídico escolhido. Nelson Hungria¹², citando o pensamento de Goldschmidt, aponta que o doutrinador entendia que os ilícitos penais provocariam um dano a um bem jurídico concreto, ao passo que os ilícitos administrativos representariam mera omissão ao dever de obediência às normas administrativas. A relevância desses, por via de consequência, estaria limitada aos interesses administrativos, que não constituiriam bens jurídicos.

Já o próprio Nelson Hungria¹³ defendia que os ilícitos administrativos e penais, embora não se diferenciasssem ontologicamente, teriam graus de repressão distintos¹⁴. Haveria um conceito único de ato ilícito, de modo que critérios de conveniência e oportunidade ditariam a estratégia punitiva escolhida pelo aparato estatal. No seu entender, a diferença possível de ser reconhecida é apenas de quantidade ou de grau, e não de qualidade. Ela reside “*na maior ou*

São Paulo. São Paulo, n. 71, jan./jun. 2010, p. 123, ao apontar que, embora com vozes minoritárias na doutrina, a maior parte da literatura aponta não existir diferenças ontológicas entre as sanções penais e administrativas: “Alinha-se Cretella Júnior, com o expresso apoio da doutrina de Edmir Netto de Araújo, entre os autores que entendem haver diferenças ontológicas entre o ilícito penal e o ilícito administrativo puro. Observa Cretella que nos ilícitos administrativos puros, que se exaurem na própria esfera administrativa, a diferença entre as duas figuras é de substância, na medida que não se confundem os campos do direito administrativo e do direito penal. Apenas se o ilícito avançar sobre a esfera penal, fugindo do âmbito do Executivo, passaria a existir mera diferença de grau entre as espécies, constituindo o ilícito administrativo um minus em relação ao ilícito penal. Na visão do autor, as duas figuras estariam em órbitas jurídicas diversas. No ilícito penal administrativo, no entanto, haveria uma mesma figura, apreciada sob dois prismas diferentes. Nessa hipótese, existiria apenas uma variação quantitativa. Também Romeu Felipe Bacellar Filho e Hely Lopes Meirelles vêem diferenças de substância entre as figuras. Daí porque, na lição de Hely Lopes Meirelles, não se poder falar em bis in idem na conjugação de sanções penais e administrativas pelo mesmo ato. Bacellar Filho vê fundamento constitucional para a distinção apregoada, na medida que “não haveria sentido na previsão constitucional de linhas gerais de um regime administrativo sancionatório, se este não contasse com fundamentos diversos do direito penal”, como seria exemplo o artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal, que prevê sanção administrativa sem prejuízo de outras sanções judiciais cabíveis. Os autores que defendem a ideia da inexistência de diferenças substanciais são, no entanto, a maioria”.

¹¹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador No Brasil*. 1.ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 76-77.

¹² HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista De Direito Administrativo*, vol. I, n.1, 1945, pp. 24-26.

¹³ Idem, p.24.

¹⁴ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 71, jan./jun. 2010, p. 122.

*menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um minus em relação ao ilícito penal*¹⁵.

Outros pontos podem ser levantados. O Direito Penal é reservado aos comportamentos mais graves e perniciosos, capazes de afetar os bens jurídicos mais caros e sensíveis à coletividade.

De acordo com o que conclui Alice Voronoff¹⁶, a partir de levantamento bibliográfico, pode-se falar que os criminalistas enxergam distinções mais fortes entre os dois ramos do direito, relacionados ao grau e à percepção do Direito Penal como *ultima ratio*, ao passo que os administrativistas as veem mais fracas, uma vez que estariam fundamentadas sobretudo no regime jurídico formal escolhido discricionariamente pelo legislador.

A autora vai além¹⁷. Busca apontar o que define esse regime jurídico administrativo para além da competência atribuída à Administração Pública para impor a sanção. Lembra que a sanção administrativa é aplicada segundo um *modus operandi* próprio conduzido por um corpo orgânico específico. Sua aplicação poderia levar a efeitos diversos (de reparação, de restrição de direitos sem privação de liberdade, de afetação patrimonial, de esclarecimento público) dissociados ou apenas lateralmente característicos do Direito Penal.

Em síntese, em sua tese de doutoramento¹⁸, ao contrário do pensamento jurídico amplamente dominante, defende que não é o regime jurídico que define a natureza administrativa da sanção, mas são as características específicas e os fins peculiares associados ao Direito Administrativo sancionador. Haveria necessidade de ser reconhecer, em primeiro lugar, o caráter instrumental-funcional da resposta estatal tipificada para, em seguida, preencher-se o conteúdo de seu regime jurídico. O Direito Administrativo, como regra, busca uma conformação futura para evitar resultados contrários a objetivos de interesse público. Opera, mormente, por uma lógica prospectiva. A sanção administrativa só se justifica se tiver aptidão para produzir esses resultados finalisticamente esperados.

Por sua vez, o Direito Penal opera por uma lógica retributiva. Tem como finalidade essencial castigar aquele responsável pela lesão a bem jurídico. Atua, portanto, por uma lógica muito mais retrospectiva. Em consequência justamente de seu maior rigor punitivo¹⁹, com

¹⁵ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador No Brasil. 1.ed.*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.71.

¹⁶ Idem, p. 70.

¹⁷ Idem, p. 80.

¹⁸ Idem.

¹⁹ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 71, jan./jun. 2010, p. 133.

maior potencial aflitivo, confere maior destaque para os direitos do acusado, salvaguardando as garantias individuais.

Os modelos retributivos dão margem a dificuldades, especialmente associadas à definição do *quantum* de punição. Alice Voronoff²⁰ aponta a dificuldade em como definir a magnitude da punição a partir do desvalor ético-social da conduta. Qual a pena justa em cada caso? Em modelos retributivos, portanto, abre-se um dever de justificação muito maior na fixação da punição.

Como já apontado, há ínsito ao Direito Penal uma percepção de maior gravosidade ético-social, exigindo maiores controles da atuação estatal. Os princípios da segurança jurídica e democrático se expressam com vigor destacado. Já no direito administrativo sancionador, as infrações e sanções devem ser vistas como técnicas de regulação voltadas a promover a adequação da conduta dos particulares. Diante desse cenário, é possível perceber que o direito administrativo sancionador goza de uma fluidez maior no que tange à imposição de sanções quando comparado com o Direito Penal. O padrão de legalidade precisa ser mais flexível²¹.

Mais uma vez muito pertinentes as lições de Voronoff²² que aponta que, no silêncio da legislação, cabe ao administrador definir critérios adequados para quantificar corretamente a punição a ser aplicada, não havendo óbice a que ele se inspire no material teórico já mais desenvolvido pelo Direito Penal. Isso, porém, não deve ser confundido com o discurso de mera extensão automática de princípios e garantias. Assim, a utilização de parâmetros do Direito Penal é mera funcionalidade acessória, não significando que se deva ter o mesmo grau de precisão e rigidez ao tratar do Direito Administrativo sancionador.

Em sentido semelhante, Cretella Júnior²³ aponta que o ilícito penal está submetido de forma mais rigorosa ao princípio da legalidade, ao passo que a autoridade administrativa desfruta de maior flexibilidade na avaliação do ilícito. Ou seja, concorda com a ideia de que os parâmetros de legalidade são arrefecidos.

Citando Alejandro Nieto, Dora Maria de Oliveira Ramos²⁴ afirma que o autor espanhol não tem dúvidas de que os princípios de Direito Penal não são aplicáveis ao Direito

²⁰ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador No Brasil. 1.ed.*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.95.

²¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de; BRANO, Thaís Ramos Estrella; COSTA, Vitor do Nascimento. Transposição de institutos do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador. *Quaestio Iuris*, v.13, n.02, Rio de Janeiro, 2020, p.748.

²² VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador No Brasil. 1.ed.*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 116-117.

²³ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.46.

²⁴ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 71, jan./jun. 2010, p. 131.

Administrativo sancionador de maneira automática, mas sim com “matizes”, de forma a adaptá-los a outra realidade. Dessa forma, os preceitos invocáveis - legalidade, reserva de lei, tipicidade, culpabilidade e *non bis in idem* – têm um alcance diferenciado quando transplantados para o Direito Administrativo. A importação das regras penais se faz no limite necessário para preservação de valores essenciais, existindo mesmo princípios que apenas ao Direito Penal são aplicáveis.

A maior flexibilidade do Direito Administrativo sancionador fica por conta de um passado histórico muito associado ao poder de polícia da Administração, cujo uma das principais características é a discricionariedade das autoridades competentes. “*Dai decorre, em boa medida, a flexibilidade de uma legalidade permeada por competências discricionárias, sempre voltadas à direção do interesse público*”²⁵.

Rafael Munhoz de Mello vai além²⁶. O autor aponta que do *ius puniendi* único estatal se extrai um espaço de discricionariedade amplo, em que o legislador poderia optar pela tipificação de ilícitos e de sanções penais ou administrativos. Independentemente disso, qualquer que fosse a escolha, deveriam ser respeitados os direitos e garantias constitucionais. Sua premissa é arrefecida ao tratar do que classifica como sanções ressarcitórias, as quais, diferentemente das retributivas, visariam reparar um dano. O regime de garantias se aplicaria apenas às medidas retributivas, e não às de ressarcimento. Isto é, as medidas de ressarcimento, de fato, gozariam de premissas de imposição menos rígidas.

Aqui é importante fazer-se um alerta. Fábio Medina Osório²⁷ diferencia a sanção administrativa de outras figuras. Para o autor, a sanção administrativa não se confundiria com: (a) as medidas de polícia, adotadas pela Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos, em prol da coletividade e do próprio Estado; (b) com as medidas rescisórias; (c) com as medidas ressarcitórias; (d) com as medidas preventivas; e (e) com as medidas de responsabilidade na gestão. Quanto às medidas de ressarcimento ao erário, aponta o autor que a finalidade seria reparar danos e não punir ou repreender. Não estaria presente, portanto, o necessário efeito aflitivo das sanções. Por conseguinte, tais medidas

²⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 242.

²⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.76.

²⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 108 e ss.

sujeitar-se-iam a princípios próprios e específicos, mais próximos do Direito Civil do que do Direito Administrativo sancionador²⁸.

Nesse mesmo sentido, aponta Daniel Ferreira²⁹- no verbete de infrações e sanções administrativas da Enciclopédia Jurídica da PUCSP: “*Para o dano a resposta é a indenização, para o ilícito, a sanção. Dito de outro modo: ‘Sendo assim, forçoso concluir que a sanção administrativa tem finalidade desestimuladora; a indenização apenas objetiva restaurar o status quo ante’*”. Aponta que o dever de restaurar o patrimônio lesionado decorre de previsão genérica, prevista no Código Civil, mormente os Arts 927, 186 e 187. “*Ou seja, a causa da indenização (o dano) é distinta da causa da sanção (a infração)*”.

Assim, nos parece que há uma escalada de precisão. Se o Direito Penal deve ser absolutamente preciso, a fim de que garanta que a privação de direitos fundamentais seja no estrito limite da necessidade, o Direito Administrativo é menos preciso, abrindo maior espaço para discricionariedade. Já a reparação do dano, que está no meio do caminho entre o Direito Administrativo e o Direito Civil, deve gozar de um mandamento de precisão ainda menos rigoroso, embora deva-se medir pela extensão do dano, na forma do Art. 944 do Código Civil.

José Suay Rincón concorda com essa posição, salientando que as medidas ressarcitórias possuem princípios próprios:

“La sanción administrativa está, en cambio, para penalizar la conducta del autor de la infracción, no para resarcir los daños que ésta hubiera causado. Con independencia de que el importe final refleje la suma de la cuantía resultante de la indemnización más la resultante de la sanción, ambas responsabilidades son distintas, y los principios generale

Además, el criterio resulta incongruente con la propia Proposición, ya que el artículo 22 se cuida mucho de dejar bien claro que una cosa es la responsabilidad civil, emergente de la comisión de un ilícito administrativo y que se resuelve en una indemnización por la cuantía a que ascienden los beneficios obtenidos ilegalmente (más los daños y perjuicios y la obligación de restituir y reponer, a cargo del infractor, las cosas a su primitivo estado), una cosa es, decíamos, la responsabilidad civil y otra la responsabilidad penal, aunque ambas surjan de la comisión de la misma infracción administrativa”³⁰.

²⁸ Idem, p. 117.

²⁹ FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbeta/107/edicao-2/infracoes-e-sancoes-administrativas>. Acesso em 07.02.2024.

³⁰ RYNCÓN, José Suay. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. *Revista de Administración Pública*, n.109, janeiro-abril 1986, p. 202.

Fábio Medina Osório cita³¹ Giampolino para dizer que o autor preconiza alguns princípios específicos desse ressarcimento: atenuação da legalidade habilitante, pois não há reserva de lei específica para o reconhecimento do ato produtor do dano; capacidade de agir do agente determinável de acordo com regras cíveis; a simples voluntariedade de ação aos efeitos de fundamentar o juízo de imputação; a regra civil da solidariedade; pleno e ilimitado concurso material entre os diversos danos; impossibilidade de se invocar o princípio do *non bis in idem*; concessão de uma ampla margem de discricionariedade tipicamente administrativa à autoridade competente.

O professor González-Varas Ibanez³² critica essa vinculação e a prática de se acumular no mesmo procedimento a imposição de uma sanção e a determinação de reparação de danos. Embora destaque a economia procedimental envolvida, isso não quer significar que os pressupostos jurídico materiais e principiológicos se estendem à reparação do dano.

Isso não quer significar que o *quantum* devido em reparação do dano pode ser desproporcional, sem quaisquer parâmetros. Ainda de acordo com o escólio de Fábio Medina Osório, o impacto das medidas ressarcitórias sobre direitos patrimoniais dos administrados pode ser enorme³³. Logo, far-se-ia necessária a observância de garantias extraídas da Constituição, com destaque para o devido processo legal.

Essas considerações doutrinárias refletem-se na jurisprudência. Consoante posição assumida pelo STJ, em acórdão proferido no REsp nº 622.234/SP, o ressarcimento de danos não é propriamente uma sanção. Essa separação é imprescindível na esfera sancionadora, porque “*na seara da improbidade administrativa, existem duas consequências de cunho pecuniário, que são a multa civil e o ressarcimento. A primeira vai cumprir o papel de verdadeiramente sancionar o agente ímprobo, enquanto o segundo vai cumprir a missão de caucionar o rombo*”.

Por vezes, ao se tratar do ressarcimento ao erário, incluem-se eventuais multas, como por exemplo, uma multa pelo inadimplemento da obrigação contratual, a multa do Art. 12 da Lei nº 8.429/92 e a do Art. 6º da Lei nº 12.846/2013. Nestes casos, a ideia de ressarcimento está alargada, de modo que se enquadra também nas restrições de segundo nível, próprias do

³¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 117.

³² GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: *La reparación de los daños causados a la Administración*. Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.

³³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 118.

Direito Administrativo, para além da abertura maior proporcionada pelo Direito Civil. Mais uma vez recorreremos às lições Daniel Ferreira:

“A Lei 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas) deve, portanto, ser interpretada e aplicada “inteligentemente”, no sentido de que uma multa porventura imposta a contratado com a deliberada intenção de fazer as vezes de reparação de dano (a qualquer título) *reclama prova deste* para sua validade-exigibilidade. Mais ainda, como a previsão da multa assume a feição de cláusula penal, também é preciso atender aos reclamos dos arts. 408 a 416 do CC, quando for o caso”³⁴.

O ressarcimento ao erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que penal ou das sanções administrativas. É apenas uma consequência imediata e necessária do ato combatido, o que, porém, não lhe exclui do cumprimento do paradigma da proporcionalidade.

O desafio posto, portanto, é construir-se uma dogmática do ressarcimento ao erário que considere esse seu caráter híbrido administrativo-civil, assegurando as garantias do sancionado, mas, ao mesmo tempo, percebendo suas peculiaridades e dificuldades práticas de imposição, definição e quantificação. Tudo com vistas a se construir um aspecto mais coerente à sua disciplina, tão pouco tratada, seja pelos administrativistas, seja pelos civilistas.

Dentro dessa nova dogmática, o ponto de inflexão que precisa ser superado diz respeito justamente ao chamado princípio da reparação integral.

2. O mito da reparação integral na Constituição Federal

A ideia de reparação integral é normalmente concebida enquanto um princípio constitucional relacionado ao retorno ao *status quo* anterior. No entanto, deve-se ter em mente que a Constituição não traz qualquer referência expressa ao referido princípio.

Carlos Edson do Rego Monteiro Filho³⁵ aponta que a perspectiva patrimonial da reparação integral parece fundamentar-se no direito de propriedade (Art. 5º, XXII da

³⁴ FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-2/infracoes-e-sancoes-administrativas>. Acesso em 07.02.2024.

³⁵ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*, v. 7, n. 1, maio 2018, p. 3

Constituição). A indenização, sob a perspectiva da reparação integral, consistiria em um expediente pelo qual a vítima procuraria reaver o patrimônio que efetivamente perdeu ou deixou de lucrar, na exata medida da extensão do dano sofrido. Buscar-se-ia retornar as partes ao estado anterior ao desequilíbrio, caso não tivessem experimentado, ativa e passivamente, o dano.

Assim, quem enxerga esse princípio como tendo um fundamento na Constituição aponta o direito de propriedade como sua base. Via de regra, qualquer tentativa de reparação que não cobrisse a integralidade do dano sofrido traduziria, portanto, redução patrimonial indevida da vítima e, por consequência, violação a seu direito de propriedade.

Essa perspectiva mostra-se inconsistente, por exemplo, quando se vislumbra que a reparação integral alcança os danos extrapatrimoniais. Neste caso, não há propriedade a se preservar e, portanto, estaria ausente o fundamento do referido princípio. Se o princípio é considerado aplicável a este tipo de dano³⁶, porém a *ratio* que o fundamenta não, por mera percepção lógica, é possível perceber que o fundamento, conseqüentemente, parece não ser o referido.

O direito de propriedade deve ser entendido muito mais como um limite da reparação do que propriamente seu fundamento. A condenação à reparação não pode ser excessiva de modo a gerar uma expropriação indevida. A reparação concedida além da extensão do dano promoveria indevida violação ao direito de propriedade.

Na seara da defesa do patrimônio público, é comum entre os administrativistas a ideia de que a integral reparação do dano ao erário possuiria fundamento constitucional no Art. 37, §4º. O referido normativo assim dispõe: “*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”.

O que consta do texto, como não poderia deixar de ser, é a necessidade de ressarcimento ao erário. A qualificação como integral não está propriamente expressa, ao menos na Constituição, sendo depreendida, de maneira sistêmica, ao contemplar a legislação infraconstitucional.

Para além desse dispositivo, é verdade que os ambientalistas enxergam o princípio como esculpido no Art. 225, §3º da Constituição: “*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais*

³⁶ Discorrendo sobre sua aplicação na França e no Brasil v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da Reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp.266-270.

e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Confunde-se, na hipótese, o princípio do poluidor-pagador com a ideia de reparação integral³⁷, uma vez que a normativa constitucional apenas impõe ao causador do dano que arque com suas externalidades, ainda que decorrente de uma atividade eventualmente lícita.

Álvaro Luiz Valery Mirra aponta que:

“a reparação integral do dano ao meio ambiente deve compreender não apenas o prejuízo causado ao bem ou recurso ambiental atingido, como também, na lição de Helita Barreira Custódio, *toda a extensão dos danos produzidos em consequência do fato danoso*, o que inclui os efeitos ecológicos e ambientais da agressão inicial a um bem ambiental corpóreo que estiverem no mesmo encadeamento causal, como, por exemplo, a destruição de espécimes, *habitats*, e ecossistemas inter-relacionados com o meio afetado; os denominados danos interinos, vale dizer, as perdas de qualidade ambiental havidas no interregno entre a ocorrência do prejuízo e a efetiva recomposição do meio degradado; os danos futuros que se apresentarem como certos, os danos irreversíveis à qualidade ambiental e os danos morais coletivos resultantes da agressão a determinado bem ambiental”³⁸.

É certo, porém, que a reparação ambiental nunca é plena, sempre havendo um dano residual, independentemente das ações humanas. Assim, entender que o mandamento constitucional envolve a reparação integral significa dizer que a ordem constitucional jamais poderá ser completa. A Constituição não estabelece ressarcimento integral, mas simplesmente reparação, garantindo que aquele que polui tem o dever de reparar a sociedade na medida de suas possibilidades e conforme a extensão do dano. Se consagra, portanto, o poluidor-pagador.

A ideia de falar em um princípio da reparação integral já é *uma contradictio in terminis*. Enquanto princípio trata-se de um mandamento de otimização, que se busca atingir ao máximo. No entanto, a ideia de integral é binária, ou envolve o seu atingimento ou não é integral. Qualquer otimização do princípio que não envolva sua aplicação total afasta a ideia de integralidade. Em verdade, parece que, tradicionalmente, a figura foi construída enquanto princípio- e não regra- justamente porque se sabe que a integralidade muito raramente ou jamais poderá ser atingida. Trata-se de um princípio que, de antemão, já se sabe que não será obtido. A ideia de reparação integral deve ser mais bem pensada.

Com essas considerações, a noção que está arraigada em nosso pensamento jurídico romano-germânico de que toda reparação deve ter caráter integral parece se dar muito mais pela

³⁷ STJ, 2ª turma, REsp nº 1.145.083, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 04.09.2012: “Também vigora no sistema jurídico brasileiro o *princípio da reparação integral* ou *in integrum* do dano ambiental, irmão siamês do *princípio do poluidor-pagador*, a estatuir a responsabilização por todos os efeitos (individuais, coletivos, intergeracionais, econômicos, ecológicos e morais) decorrentes de conduta lesiva”.

³⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano Ambiental*, 2ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, pp. 314-315.

tradição civilística do que propriamente pela Constituição. A Carta cidadã não trouxe mandamento expresso nesse sentido, sendo uma construção, em boa medida originária da doutrina, e que refletiu não só na jurisprudência, mas também na percepção do legislador infraconstitucional. É o que passamos a ver.

3. O Direito Civil e a reparação integral: da origem à flexibilização

A noção de reparação integral parece realmente ter ganhado força com os clássicos do Direito Civil. Se os maiores tratados de responsabilidade civil vêm da França, o Direito francês inscreveu a reparação integral num sistema fortemente marcado pela *faute*. A partir da norma do Art. 1.149 do *Code Civil*, que estabelece, na responsabilidade contratual, que a indenização pelos prejuízos derivados do inadimplemento abrangeria danos emergentes e lucros cessantes, os juristas franceses desenvolveram a primazia da extensão dos danos sofridos sobre o grau de culpa como elemento central para fixar a indenização.

A reparação integral consistiria na adoção de todas as medidas para que o lesado retornasse à situação em que se encontrava anteriormente, de modo que a indenização guarde equivalência com a totalidade do dano causado³⁹.

No caso brasileiro, essa relação de equivalência entre a reparação e o dano, embora ausente em disposição expressa da codificação anterior, já era defendida pela doutrina, ao analisar o Art. 1.059 do Código Civil de 1916, cujo conteúdo lembrava o da codificação francesa⁴⁰.

Por sua vez, o Código Civil brasileiro de 2002 insculpiu no Art. 944 a ideia de que “a indenização se mede pela extensão do dano”, atestando a prevalência do dano sobre a culpa. Por sua vez, há, no parágrafo único, uma cláusula geral de redução equitativa da indenização, possibilitando que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano,

³⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilística.com*, v. 7, n. 1, maio 2018, p. 6: “O princípio da reparação integral projeta-se no an debeatur (afeição da reparação) e no quantum debeatur (quantificação da reparação). Em outras palavras, o mandamento exige, de um lado, que todo dano seja reparado (an debeatur) e, de outro, que todo o dano seja reparado (quantum debeatur). Para além dessa projeção dúplice, identifica-se a atuação prática do princípio da reparação integral ora como limite à reparação, ora como objeto de limites impostos pela lei ou pela convenção das partes, na ponderação dos interesses incidentes na espécie. Vale dizer, se é correto afirmar-se que à vítima não é dado receber nada que desborde a extensão do respectivo dano, de outro ângulo, os valores sopesados na determinação da norma do caso concreto podem indicar que a reparação, sob determinadas circunstâncias, será apenas parcial ou, em hipóteses extremas, será inexistente”

⁴⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da Reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.50.

poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Da legislação extrai-se, portanto, que não é a intensidade da culpa do agente que definirá a fixação do valor da indenização, mas a extensão do prejuízo. Não haveria, como regra, necessidade de se perquirir o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do autor do dano para fixar o valor a ser reparado.

A verdade é que o código civil não utiliza expressamente a chamada “reparação integral”, mas sim estabelece um mecanismo de mensuração da reparação, qual seja, como regra, a extensão do dano. Olhando para a doutrina francesa, que falava nesse princípio ao analisar o Art. 1.149, houve sua importação pela literatura pátria

Ocorre que, na própria França, esse princípio guarda questionamentos. Geneviève Viney⁴¹, ao discorrer sobre a matéria em seu *Les obligations: la responsabilité: effets*, aponta que o princípio é vazio de sentido quando em questão danos que não podem ter seus conteúdos econômicos definidos, como é o caso dos danos extrapatrimoniais. Além disso, o princípio conduziria à desconsideração da culpa do ofensor, sua capacidade econômica, do proveito obtido pelo ilícito, podendo levar a soluções injustas. Em síntese, a autora defende que a reparação integral deve ser limitada aos casos de prejuízos de natureza econômica e, mesmo assim, não deve ser o único mandamento nas indenizações, precisando ser calibrado com outros imperativos.

Percebendo ainda que parcialmente esse problema, o próprio código de 2002 estabelece hipótese em que a reparação não pode ser medida exclusivamente com base na extensão do dano. Como já apontado, o Art. 944, parágrafo único estipula que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz pode utilizar da equidade para reduzir o valor da indenização.

A partir do parágrafo único do art. 944 do CC, tem-se um claro deslocamento do tradicional olhar sobre a vítima do dano, que deve ter seu patrimônio recolocado na situação anterior ao ato ilícito, para a conduta do agente causador, de forma que, nos casos de baixo ou baixíssimo grau de culpa de um lado e o excessivo valor do dano de outro, parte do prejuízo poderia ser suportado pelo lesado, sob a perspectiva da justiça do caso concreto⁴²⁻⁴³.

⁴¹ Essas lições foram refletidas a partir das considerações de SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da Reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.78.

⁴² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilística.com*, v. 7, n. 1, maio 2018, p. 13: “ Em conclusão, a invocação da equidade sublinha e enfatiza a necessidade do preenchimento do conteúdo da lei pela normativa constitucional e sua tábua axiológica, segundo as quais a necessidade de se garantir um patrimônio mínimo tanto ao causador do dano quanto à vítima ocupa papel de destaque.

⁴³ BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o Artigo 944 do Código Civil. *Revista da EMERJ*,

Note-se que o dispositivo, para além do grau de culpa do ofensor, não autorizou expressamente o recurso a outros critérios para a redução da indenização devida à vítima, como a capacidade econômica das partes e as peculiaridades do caso concreto. Porém, o apelo à equidade abre a possibilidade de se atentar para outros fatores que autorizem a redução da indenização, dentre eles a condição econômica da vítima e do ofensor⁴⁴.

Enquanto a reparação integral do dano promove a vítima, a redução equitativa volta sua atenção para o ofensor, trazendo para o debate a culpa e a equidade, buscando “*proteger o responsável de um ônus excessivo*”⁴⁵.

É possível verificar, portanto, que, mesmo o código civil, que guarda maior proximidade com a tradicional reparação integral, abre exceção a ela, permitindo que, em alguns casos, a equidade sirva de limite a partir da análise dos graus de culpa⁴⁶. Nas lições de

v.11, mº 42, 2008, pp. 240-241: “O legislador de 2002, ao inserir a regra contida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, inspirou-se no art. 43 do Código Suíço das Obrigações e na segunda alínea do art. 44 (...) Na dicção destes preceitos legais, o juiz irá determinar a extensão da reparação de acordo com as circunstâncias do caso e a gravidade da culpa do agente. Caso o dano tenha sido causado sem intenção, tampouco como resultado de grave negligência ou imprudência, assegura-se ao juiz a faculdade de reduzir equitativamente a indenização se a reparação integral do dano expuser o devedor a situação financeira precária.

Na mesma esteira, o Código Civil português adotou norma semelhante em seu art. 494º (...) De acordo com o dispositivo, o magistrado poderá fixar a indenização, de forma equitativa, em montante inferior aos danos causados, levando em conta não apenas o grau de culpa do agente, mas também a sua situação econômica e a do lesado e as demais circunstâncias do caso, o que não é autorizado de forma expressa pelo parágrafo único do art. 944 do Código Civil brasileiro. Além disso, o Código Civil português, em seu art. 499º, estende a aplicação da norma às hipóteses de responsabilidade objetiva. A regra, por outro lado, cinge-se à responsabilidade aquiliana, vez que, na responsabilidade contratual, eventual redução da indenização pelo magistrado fugiria das expectativas do contraente lesado. No que tange especificamente ao ordenamento jurídico brasileiro, a norma contida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, como aludido anteriormente, autoriza o magistrado a reduzir equitativamente a indenização devida à vítima caso haja excessiva desproporção entre o grau de culpa do ofensor e os danos por ela sofridos”.

⁴⁴ Idem, p. 246.

⁴⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Breves considerações em torno do Art. 944, parágrafo único do Código Civil*. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/breves-consideracoes-em-torno-do-art-944-paragrafo-unico-do-codigo-civil/#_ftnref48>. Acesso em 10.02.2024: “Este fundamento de validade do art. 944, parágrafo único, pode ser encontrado na necessária tutela do chamado “patrimônio mínimo” do ofensor. Com efeito, não se nega que a vítima deva ser integralmente reparada, o que, como visto, decorre da própria necessidade de proteção à sua dignidade. Mas é igualmente certo que, também o ofensor, tem direito a um patrimônio mínimo”.

⁴⁶ BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o Artigo 944 do Código Civil. *Revista da EMERJ*, v.11, mº 42, 2008, pp. 243-244: “Há ainda quem sustente que o parágrafo único do art. 944 do Código Civil consiste em cláusula aberta que deve ser preenchida valorativamente com vistas à aplicação direta das normas constitucionais. Assim, na hipótese de colisão de mais de um princípio constitucional, a norma deve ser utilizada como mecanismo de ponderação

para determinar qual princípio deverá prevalecer no caso concreto. Se o princípio da reparação integral tem caráter constitucional, o dispositivo apenas se aplica caso tenha por fundamento outro princípio constitucional que prevaleça no caso concreto. À guisa de exemplo, o preceito contido no parágrafo único do art. 944 incidirá na hipótese em que a reparação integral dos danos prive o ofensor do patrimônio mínimo, em preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Outros autores, a seu turno, defendem que a aplicação do parágrafo único do art. 944 do Código Civil se restringiria aos danos materiais, não alcançando o dano moral. Isso porque a norma, de natureza infraconstitucional, ao diminuir a indenização da vítima com base no grau de culpa do ofensor, excepcionaria o princípio da reparação integral, fundado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, não seria dado à norma infraconstitucional limitar o alcance da norma constitucional de reparação integral do dano (Art. 5º, V, X, CF).

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho: “*Em síntese, enquanto o caput do artigo 944 do Código Civil contempla a atuação do princípio da reparação integral como limite, o parágrafo único do mesmo dispositivo cuida de limite ao princípio da reparação integral*”⁴⁷. Assim, a reparação integral nem sempre precisa ser obtida. É legítimo, portanto, no ordenamento jurídico hipóteses em que a reparação não será total.

Isso para não tratar das hipóteses, reconhecidas pela própria doutrina francesa, em que o princípio terá utilidade muito duvidosa, como é o caso dos danos extrapatrimoniais. A ausência de um conteúdo econômico definível determinaria uma aplicação mitigada do princípio. Neste caso, a dificuldade de definição de um valor, conduz a um mandamento não por uma reparação integral, mas por uma reparação satisfatória⁴⁸. Assim, o Direito Civil reconhece a limitação do mandamento.

A pergunta que fica é: será que essa possibilidade de reparação não integral também se aplica ao Direito Administrativo? As flexibilizações do Direito Civil podem ser trazidas para a construção dogmática do ressarcimento administrativo? Conforme já dito, do ponto de vista constitucional, não haveria nenhum óbice, uma vez que a Constituição não é expressa a consagrar o princípio da reparação integral. A questão trata muito mais de opção legislativa infraconstitucional, o que passamos a enfrentar na sequência.

4. A reparação integral no Direito Administrativo: subsistemas de improbidade e anticorrupção

Deste modo, a norma do parágrafo único do art. 944 revelar-se-ia inconstitucional relativamente ao dano moral. Além disso, a norma traria situações de injustiça, pois que danos de grande monta causados por culpa leve ou levíssima seriam indenizados apenas parcialmente, ao passo que danos de pequena monta derivados de culpa grave seriam plenamente reparados. Desta feita, criar-se-ia para a vítima situação de ressarcimento parcial, o que não se admite em sede de dano moral. Daí se afirmar que a extensão do dano consistiria em parâmetro muito mais eficaz para a reparação. Por outro lado, a avaliação do grau de culpa do agente para fins de quantificação do dano moral apenas seria possível caso se admitisse, no ordenamento jurídico brasileiro, os danos punitivos, o que não ocorre. Por fim, há quem defenda, em franca contraposição aos autores examinados, que o parágrafo único do art. 944 do Código Civil tem seu âmbito de incidência restrito somente ao dano moral, não abrangendo o dano material. Isso porque a redução do valor da reparação devida a título de danos materiais feriria o direito de propriedade da vítima, o qual possui tutela constitucional e não admitiria tal restrição. Em consequência, a aplicação do dispositivo aos danos materiais revelar-se-ia inconstitucional.

Na verdade, o legislador de 2002, ao determinar no parágrafo único do art. 944 do Código Civil que em caso de “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”, não limitou a aplicação do dispositivo seja ao dano moral seja ao material, pretendendo abarcar as duas hipóteses.

Com efeito, a discussão quanto ao cabimento da norma reside não na natureza do dano sofrido pela vítima, se material ou moral, mas, antes, na excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”.

⁴⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*, v. 7, n. 1, maio 2018, p.22.

⁴⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da Reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.78.

Se a reparação integral é nos trazida pelos princípios da civilística, a legislação infraconstitucional do Direito Administrativo realmente a consagra. O Art. 12 da Lei nº 8.429/92 aponta que: *“Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações”*. Assim, a legislação já impõe, como efeito necessário da improbidade e conexo à sanção, a necessidade de reparação- aqui sim expressamente qualificada como integral.

O Art. 16 também reforça essa ideia: *“Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito”*.

É importante ter em mente que nem mesmo na etapa negocial o legislador deixou de tratar da reparação total. No Art. 17-B aponta que o Ministério Público poderá celebrar acordo de não persecução cível, mas estabeleceu como resultado necessário: *“o integral ressarcimento do dano”*.

A Lei Anticorrupção segue a mesma premissa de que a reparação deve ser integral, conforme o Art. 6º, §3º da Lei nº 12.846/2013, ao estipular que a responsabilização administrativa não a prejudica. Também para os acordos de leniência celebrados com a União⁴⁹, o Art. 16, §3º vai apontar que a leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado, confirmado pelo Art. 37, VI do Decreto nº 11.129/2022.

Ainda no processo de responsabilização pela via judicial da lei anticorrupção, o Art. 21 da Lei nº 12.846/2013, em seu parágrafo único, aponta que: *“A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença”*.

De fato, embora a Constituição não consagre o dito princípio da “reparação integral”, o legislador federal- provavelmente não da maneira refletida como deveria- o positivou. Deve-se questionar, portanto, a possibilidade de flexibilização deste mandamento. Como apontado no item 1 deste artigo, o ressarcimento ao erário encontra-se mais próximo ao Direito Civil, devendo ser trabalhado com mais flexibilidade. Seria possível pensar-se, mesmo com essa positivação expressa, na utilização do Art. 944, parágrafo único do Código Civil nessa

⁴⁹ Esse entendimento é reproduzido pelos entes infranacionais, como o Art. 33, §3º do Decreto Estadual nº 46.366/2018 do Rio de Janeiro.

interpretação da “reparação integral”?

A matéria foi bastante debatida no âmbito do TCU, tendo sido criado grupo de trabalho para estudar as flexibilizações na imputação de débitos. No âmbito do processo TC 008.353/2023-9 apontou-se que os aspectos ontológicos da responsabilidade por atos ilícitos perpassariam os vários subsistemas jurídicos. A natureza do ilícito seria a mesma, variando apenas as respostas estatais (ilícito civil, administrativo e penal). Assim, também no Código Penal, apontar-se-ia a possibilidade de, havendo diversos autores do ilícito penal (concurso de agentes), aquele que teve uma participação de menor importância ter sua pena diminuída (art. 29, §1º, do CP), o que guardaria certa aproximação com a redução proposta no âmbito cível e administrativo.

O grupo de trabalho apontou que o dito princípio da reparação integral conduziria à necessidade de, na maior medida possível, recompor o prejuízo sofrido pelo erário federal decorrente de atos irregulares praticados por gestores públicos, ou por terceiros. Assim, a redução equitativa deveria ser vista com severa parcimônia, nas zonas de certeza positiva, onde flagrantes injustiças se manifestassem, caso o débito fosse integralmente imputado ao responsável.

Sinaliza ainda que a redução da reparação ao erário conduziria à verdadeira redistribuição desse prejuízo à totalidade da sociedade, uma vez que os cofres federais passarão a suportar total ou parcialmente o dano já ocorrido. Esse argumento tem um peso relevante para a adesão social.

A sinceridade argumentativa da reflexão do parágrafo anterior precisa ser mais bem refletida. De fato, ao se reconhecer que a reparação integral é impossível, que não será obtida, os órgãos de persecução e de controle aceitarão que parcela dos prejuízos causados serão sim internalizados pelo erário público e repartidos socialmente. Todavia, isso não quer significar necessariamente algo inaceitável.

Do ponto de vista social, estar-se-á expondo que foram envidados os melhores esforços, com as informações obtidas, com os métodos de cálculo e estudos existentes, para obter com maior precisão o grau de reparação ao erário possível. No entanto, reconhecer que a reparação não precisa necessariamente ser integral, significa que se demonstrará à sociedade que os custos de continuar na persecução a qualquer preço podem não ser economicamente racionais, dependendo recursos e pessoal que poderiam ser utilizados para outros casos e outras investigações.

Além disso, aceitar a premissa de que a reparação não é necessariamente integral

significa dar um voto de confiança nas instituições, acreditando que os valores obtidos são os que se entendem legítimos, racionais e possíveis. Reconhecer que a reparação nem sempre será integral seria um instrumento bastante profícuo para evitar a sobreposição de órgãos de controle, uma vez que, quando um dos legitimados definisse um valor- de preferência em um modelo de balcão coordenado-, gozaria da aquiescência dos demais. Não haveria mais o que se discutir, após a fixação por um legitimado concorrente, garantindo também que a segurança jurídica- essa sim mandamento constitucional- poderia ser obtida.

O que se propõe é o resgate da percepção já trazida pelo Direito Civil quando retrata que, em caso de danos de difícil mensuração econômica, o princípio da reparação integral perde parte do seu significado. Ainda que, pela legislação administrativa, não seja possível abandoná-lo, ele deve ser visto com flexibilidade, pensando no ressarcimento possível a partir dos mecanismos de mensuração e de cobrança viáveis, do tempo e dos gastos envolvidos na continuidade da persecução por diferentes esferas de atuação.

Superado esse ponto e retornando às conclusões levantadas pelo estudo do TCU, o grupo de trabalho sinalizou que a aplicação do Art. 944, parágrafo único deveria ficar restrita às pessoas físicas. Isso porque a aferição dos elementos subjetivos de conduta correlacionar-se-ia aos comportamentos humanos, bem como haveria a possibilidade de incidência, em relação às pessoas naturais, do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), evitando-se eventuais injustiças na imputação de débitos elevadíssimos em situações em que a culpa do agente foi de baixa intensidade.

De acordo com o Tribunal, das pessoas físicas não se espera que detenham patrimônio, com exceções muito pontuais, para fazerem frente a reparação do dano. O montante total deveria continuar a ser cobrado de quem efetivamente tem capacidade para tanto, qual seja, eventuais sociedades empresárias que tiverem se beneficiado com o ilícito.

Essa distinção entre pessoas físicas e jurídicas parece não guardar fundamento legal. É importante que se perceba que o Código Civil não traça essa distinção, não sendo expresso de que o Art. 944 não poderia ser utilizado por pessoas jurídicas. Embora a culpa não possa ser afetada diretamente à pessoa jurídica, dever-se-ia investigar o elemento subjacente de seus representantes a fim de apurar a situação. Além disso, vale lembrar, conforme já apontado no item anterior deste artigo, que o apelo à equidade no parágrafo único abre a possibilidade de se atentar para outros fatores que autorizem a redução da indenização, dentre eles a condição econômica da pessoa jurídica.

É importante que se tenha em mente que nem sempre a pessoa jurídica terá

condições de arcar com o amplo conceito de ressarcimento sem prejuízo à continuidade de suas atividades. Por vezes, esse prejuízo excederá em muito o proveito obtido com a conduta criminosa.

Assim, embora não se possa aqui fazer uma conexão direta com a dignidade da pessoa humana, o artigo mitigador serve de base à preservação de outro valor constitucionalmente tutelado, qual seja a função social da empresa⁵⁰. Portanto, a nosso ver, a perspectiva constitucional não permite distinguir a restrição da reparação integral simplesmente com base na figura de quem seria seu beneficiário.

Outro ponto levantado a partir dos estudos elaborados pelo TCU foi de que a prova da obtenção de um ganho ilícito com a irregularidade seria apta a demonstrar conduta dolosa. “*A percepção consciente de propina, conforme situações específicas de fraudes ou corrupção, ou a obtenção de outras vantagens econômicas indevidas, acentuam o grau de reprovabilidade da conduta do agente*”⁵¹. Conseqüentemente, o grupo de trabalho entendeu que não seria possível aplicar o Art. 944, parágrafo único do Código Civil neste caso.

Esse entendimento, porém, não foi compartilhado pelo Ministério Público de Contas, que assim apontou:

“A interpretação do GT que restringe a incidência do art. 944, par. único, do Código Civil a hipóteses de “reduzidíssimo grau de culpa”, apesar de fundada em doutrina civilista, extrapola as balizas textuais da norma e limita excessivamente a aplicabilidade daquela regra excepcional, especialmente em se tratando de agente público, para quem a responsabilização pressupõe – nos termos art. 28 do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lindb), incluído pela Lei 13.655/201810 –, no mínimo, o erro grosseiro, incompatível, a nosso ver, com a noção de culpa leve ou levíssima (...) Nesse sentido, não é uma inicial consideração do grau de culpa do agente que primeiro suscitará a eventual aplicabilidade da regra do art. 944, par. único, do Código Civil, mas sim a extraordinária extensão do dano, objetivamente aferível, indicativa de evidente desproporção entre os elementos culpa e dano.

A esse respeito, ponderamos que a dimensão financeira dos negócios da União não raro atraem alguma desproporção entre eventos danosos e a dimensão da culpa dos agentes públicos envolvidos e, portanto, a consideração da incidência do parágrafo único do art. 944 do Código Civil como limitador de responsabilidade.”⁵².

A normativa do Código Civil busca evitar situações de injustiças, caracterizadas por desproporção excessiva entre a gravidade e o dano, independentemente do grau de culpa verificado. Essa diferenciação é relevante, uma vez que, em nosso entender, mesmo nos casos

⁵⁰ FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>

⁵¹ TCU, Acórdão nº 1.370/2023, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. 05.07.2023.

⁵² Idem.

em que haja o recebimento de propina- e, portanto, o elemento doloso mostre-se acentuado-, seria possível a adequação da reparação, a fim de se assegurar uma proporcionalidade. O elemento da equidade seria mais relevante, a fim de dosar o ressarcimento, já que o dano, por envolver diversos fatores, pode tornar-se em um montante muito superior ao proveito obtido a partir da ilicitude.

Isso fica claro quando se percebe a condição do colaborador. Ainda que tenha recebido propina, agido com dolo, ele pode ajudar na identificação de outros responsáveis e na apuração dos ilícitos. Aponta o Min. Benjamin Zymler que o colaborador deveria ter sua condição considerada quando da formação do juízo de culpa, para se avaliar a incidência da aplicação do art. 944 do Código Civil. Trata-se de medida premial consentânea com o atual desenvolvimento doutrinário, estimulando sua participação, mormente diante da eventual impossibilidade de ressarcimento integral ao erário, em razão da magnitude desses danos.

Diante dessas considerações, é possível perceber que o assunto ainda suscita importantes discussões no âmbito do Tribunal de Contas da União. Em nosso entender, desde já, existem fundamentos para flexibilização da reparação integral. Neste ponto, o dever de ressarcimento aproxima-se mais do Direito Civil e, portanto, deve levar em consideração as críticas lá existentes ao princípio- como a dificuldade de sua estimativa- bem como as flexibilizações já lá apontadas, inclusive positivada no Art. 944, parágrafo único. Assim, a reparação integral proposta pela legislação administrativa deve ser vista como reparação possível-suficiente.

De *lege ferenda*, como já sugerido, reconhecer que a reparação não precisa ser necessariamente integral significa que se demonstrará à sociedade que os custos de continuar na persecução a qualquer preço podem não ser economicamente racionais, despendendo recursos e pessoas que poderiam ser utilizados para outros casos e outras investigações. Significa dar um voto de confiança nas instituições, acreditando que os valores obtidos, de fato, são os que se entendem legítimos, racionais e possíveis. Seria um instrumento bastante profícuo para evitar a sobreposição de órgãos de controle. Não haveria mais o que se discutir, após a fixação por um legitimado concorrente, garantindo a segurança jurídica.

5. Conclusão

Se o Direito Penal deve ser absolutamente preciso, a fim de que garanta que a privação de direitos fundamentais seja no estrito limite da necessidade, o Direito Administrativo é menos preciso, abrindo maior espaço para discricionariedade. Já a reparação do dano, que está no meio do caminho entre o Direito Administrativo e o Direito Civil, deve gozar de um mandamento de precisão ainda menos rigoroso, embora deva-se medir pela extensão do dano, na forma do Art. 944 do Código Civil.

O ressarcimento ao erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que penal ou das sanções administrativas. É apenas uma consequência imediata e necessária do ato combatido, o que, porém, não lhe exclui do cumprimento do paradigma da proporcionalidade.

O desafio enfrentado, portanto, foi de construir uma dogmática do ressarcimento ao erário que considere seu caráter híbrido administrativo-civil, assegurando as garantias do sancionado, mas, ao mesmo tempo, percebendo suas peculiaridades e dificuldades práticas de imposição, definição e quantificação. Tudo com vistas a se construir um aspecto mais coerente à sua disciplina, tão pouco tratada, seja pelos administrativistas, seja pelos civilistas. Dentro dessa nova dogmática, o ponto de inflexão superado diz respeito justamente ao chamado princípio da reparação integral.

A ideia de falar em um princípio da reparação integral já é *uma contradictio in terminis*. Enquanto princípio trata-se de um mandamento de otimização, que se busca atingir ao máximo. No entanto, a ideia de integral é binária, ou envolve o seu atingimento ou não é integral. Qualquer otimização do princípio que não envolva sua aplicação total afasta a ideia de integralidade. Em verdade, parece que, tradicionalmente, a figura foi construída enquanto princípio- e não regra- justamente porque se sabe que a integralidade muito raramente ou jamais poderá ser atingida. Trata-se de um princípio que, de antemão, já se sabe que não será obtido. A ideia de reparação integral deve ser mais bem pensada.

Com essas considerações, a noção que está arraigada em nosso pensamento jurídico romano-germânico de que toda reparação deve ter caráter integral parece se dar muito mais pela tradição civilística do que propriamente pela Constituição. A Carta cidadã não trouxe mandamento expresso nesse sentido, sendo uma construção, em boa medida originária da doutrina, e que refletiu não só na jurisprudência, mas também na percepção do legislador infraconstitucional

A noção de reparação integral parece realmente ter ganhado força com os clássicos do Direito Civil, especialmente os franceses. Ocorre que, na própria França, esse princípio

guarda questionamentos. O mandamento é vazio de sentido quando em questão danos que não podem ter seus conteúdos econômicos definidos. Além disso, o princípio conduziria à desconsideração da culpa do ofensor, sua capacidade econômica, do proveito obtido pelo ilícito, podendo levar a soluções injustas.

Percebendo ainda que parcialmente esse problema, o próprio código de 2002 estabelece, ainda, hipótese em que a reparação não pode ser medida exclusivamente com base na extensão do dano. O Art. 944, parágrafo único estipula que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz pode utilizar da equidade para reduzir o valor da indenização.

A pergunta que fica é: será que essa possibilidade de reparação não integral também se aplica ao Direito Administrativo? As flexibilizações do Direito Civil podem ser trazidas para a construção dogmática do ressarcimento administrativo? Conforme já dito, do ponto de vista constitucional, não haveria nenhum óbice, uma vez que a Constituição não é expressa a consagrar o princípio da reparação integral. A questão trata muito mais de opção legislativa infraconstitucional.

Se a reparação integral é nos trazida pelos princípios da civilística, a legislação infraconstitucional do Direito Administrativo realmente a consagra, como se verifica das Leis nº 8.429/1992 e 12.846/2013.

Em nosso entender, desde já, existem fundamentos para flexibilização da reparação integral. Neste ponto, o dever de ressarcimento aproxima-se mais do Direito Civil e, portanto, deve levar em consideração as críticas lá existentes ao princípio- como a dificuldade de sua estimativa- bem como as flexibilizações já lá apontadas, inclusive positivada no Art. 944, parágrafo único. Assim, a reparação integral proposta pela legislação administrativa deve ser vista como reparação possível-suficiente.

De *lege ferenda*, como já sugerido, reconhecer que a reparação não precisa ser necessariamente integral, significa que se demonstrará à sociedade que os custos de continuar na persecução a qualquer preço podem não ser economicamente racionais, dispendendo recursos e pessoas que poderiam ser utilizados para outros casos e outras investigações. Significa dar um voto de confiança nas instituições, acreditando que os valores obtidos, de fato, são os que se entendem legítimos, racionais e possíveis. Seria um instrumento bastante profícuo para evitar a sobreposição de órgãos de controle. Não haveria mais o que se discutir, após a fixação por um legitimado concorrente, garantindo a segurança jurídica.

Referências

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; BRANO, Thaís Ramos Estrella; COSTA, Vitor do Nascimento. Transposição de institutos do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador. *Quaestio Iuris*, v.13, n.02, Rio de Janeiro, 2020;

BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o Artigo 944 do Código Civil. *Revista da EMERJ*, v.11, nº 42, 2008;

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em torno do Art. 944, parágrafo único do Código Civil. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/breves-consideracoes-em-torno-do-art-944-paragrafo-unico-do-codigo-civil/#_ftnref48>. Acesso em 10.02.2024;

CRETELLA JÚNIOR, J. Repercussão da sentença penal na esfera administrativa. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66647/69257>. Acesso em: 04.02.2024; _____. O Estado e a obrigação de indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 1998;

FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-2/infracoes-e-sancoes-administrativas>. Acesso em 07.02.2024;

FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>;

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: *La reparación de los daños causados a la Administración*. Ed. Cedecs, Barcelona, 1998;

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista De Direito Administrativo*, vol.1, n.1,1945;

MACHADO, Antonio Rodrigo. *Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020;

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros,2007;

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano Ambiental*, 2ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004;

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilística.com*, v. 7, n. 1, maio 2018;

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol1. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013;

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 71, jan./jun. 2010;

RYNCÓN, José Suay. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. *Revista de Administración Pública*, n.109, janeiro-abril 1986;

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da Reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010;

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador No Brasil*. 1.ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Recebido em: 31/08/2024
1º Parecer em: 02/03/2025
2º Parecer em: 10/06/2025