

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

Antonio Junqueira de AZEVEDO

CONSULTA

O escritório de advocacia Campos Scaff e Peña nos dá a honra de formular consulta sobre ação civil publica proposta pelo Ministério Público de São Paulo contra seus clientes A, B, C e outros. O libelo expõe inicialmente que a Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S/A celebrou contrato de prestação de serviços de limpeza com a empresa Limpadora X Ltda.. também ré na ação. Esse primeiro contrato tinha o seu prazo final previsto para 17/10/1991. Afirma, em seguida, que, depois do término do contrato, foram feitas prorrogações sucessivas, em número de cinco, sem que, para essas prorrogações, tivesse sido realizado novo procedimento licitatório. Os aditamentos somaram 14 meses e 14 dias, cumprindo salientar que, somente no 4º aditamento, houve também modificação das condições em favor da Limpadora X. Ltda. (mas o aumento dos valores contratados foi de 7,04%. muito aquém do limite de 25%, legalmente permitido pelo Dec.-lei n. 2.300/86). Diante disso, o Ministério Público de São Paulo, entendendo serem nulas as prorrogações, porque feitas depois de extinto o prazo contratual, ou, então, sujeitas a anulação por violação do princípio da moralidade previsto no art. 37 da Constituição da República, requereu – é esse o pedido – a declaração de nulidade ou a anulação de todos os termos aditivos e, ainda, como consequência, a condenação dos consulentes, ex-administradores da Dersa, a "restituir os valores auferidos pela empresa-ré a título de lucro, após regular liquidação".

2. A sentença acolheu o pedido do Ministério Público. Entendeu que os aditamentos contratuais realizados tinham sido feitos a destempo e que o

procedimento adotado acarretou prejuízo para os cofres públicos; declarou nulos os termos aditivos do contrato originário e condenou os réus à *devolução* do valor correspondente ao lucro auferido pela empresa contratada, sendo esse valor o recebido em cada pagamento, durante as prorrogações, descontadas somente as despesas operacionais da empresa. Chamou a esta devolução de "indenização".

3. A decisão de primeiro grau foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Da mesma forma que o juízo singular, entenderam os integrantes da Câmara que a frustração do processo licitatório é ato de improbidade administrativa. Entretanto, o acórdão estendeu-se sobre a "lesividade", sem definir se estava usando a palavra como ofensa à lei ou como prejuízo ao erário - voltaremos a esse ponto: afirmou que não há espaço para se argumentar com a "pretendida inexistência de prejuízo financeiro" e sustentou, já em embargos de declaração, que a lesividade "decorre da própria ilegalidade da ausência de licitação, *pouco importando tivesse havido ou não prejuízo financeiro ao erário público*" (reforços gráficos nossos).

PARECER

I. INTRODUÇÃO. O DIREITO COMO SISTEMA COMPLEXO E DE 2ª ORDEM

4. o direito é um *sistema complexo*; é sistema, porque é um conjunto de vários elementos que se movimentam mantendo relações de alguma constância, e é complexo, porque os elementos são heterogêneos e as relações entre eles variadas. Os elementos que compõem o sistema são: normas, como a Constituição e as leis; instituições, como tribunais e assembleias legislativas; operadores do direito, como advogados, juízes e promotores: doutrina; jurisprudência. Na existência dinâmica do sistema, tanto as normas atuam

sobre os outros elementos como esses, pela aplicação, atuam sobre aquelas. O mesmo ocorre com os demais elementos; há sempre retroalimentação (*feedback*); por exemplo: o estudante de ontem, juiz de hoje, aplica o que aprendeu – a doutrina influenciando a jurisprudência – e ele, então, por sua vez, com as decisões dadas, alimentará a doutrina – a jurisprudência influenciando a doutrina. Além de complexo, o sistema jurídico é um *sistema de 2ª ordem*, isto é, sua existência está em função do sistema maior, o social; apesar disso, tem ele identidade própria e, por força dessa identidade, é relativamente *autônomo* (tem autonomia operacional). O direito, há séculos, constitui, no mundo ocidental, um campo especial de conhecimento e atividade; ao contrário de outras grandes civilizações, como a egípcia, a chinesa ou a hindu, a romana separou o sistema jurídico de outros sistemas, como a religião, e deu-lhe identidade própria. Posteriormente, o mundo ocidental prosseguiu no mesmo caminho e separou o sistema jurídico de sistemas diversos, como os da política e da economia.

5. Ora, a manutenção da identidade e autonomia do sistema jurídico exige o respeito às suas formas. Infelizmente, no caso presente, apesar da consideração que merecem, por força de seus cargos, tanto o promotor que moveu a ação civil pública quanto o desembargador relator do acórdão não realizaram eles aquele delicado trabalho de precisão jurídica, que exige cuidado intelectual. Pedindo nulidade ou anulação de ato jurídico (isto é, o reconhecimento da invalidade dos atos de prorrogação contratual), a ação poderia pleitear a volta, total ou parcial, ao *statu quo ante*, que é a consequência da invalidade – o que, de fato, fez –, mas não tinha sentido a inicial, antes do pedido, referir-se ao art. 159 do Código Civil brasileiro, que dispõe sobre o ato ilícito. Houve confusão (repetida e agravada pelo acórdão) entre o campo das nulidades, que somente diz respeito a atos preceptivos, inclusive atos negociais administrativos, e o campo dos atos ilícitos, ditos de responsabilidade aquiliana ou extracontratual. Houve confusão entre invalidade e ilicitude; sob qualificação de uma hipótese, passou-se a tratar também de indenização, que é consequência de outra. O acórdão, além disso, fazendo alguma pregação política – e eis aí o risco de o sistema político invadir o sistema jurídico sem respeito às formas jurídicas de abertura do próprio

direito –, aplicou, para caracterizar a responsabilidade indenizatória, os conceitos do direito penal, voltados para o *agente* e a *culpa*, no lugar dos conceitos de direito civil, voltados, há vários anos, para o *dano* e a *vitima*. O acórdão, finalmente, usou com duplo sentido a palavra "lesividade" e acabou por admitir expressamente responsabilidade civil sem prejuízo.

6. As funções do sistema jurídico são duas: evitar conflitos e, se os conflitos surgem, solucioná-los, tendo sempre como luz diretora a Justiça. Convém, todavia, deixar claro: apesar de sistema de 2ª ordem, o direito tem fins próprios, e, admitida sua existência, não se atingem os seus fins de evitar e solucionar conflitos apelando *diretamente* para outros sistemas, como a política, a economia ou a própria moral, e "passando por cima" do próprio direito. Isso equivaleria ao desconhecimento de sua identidade, à destruição de sua autonomia e, ao fim e ao cabo, levaria ao desfazimento do próprio sistema jurídico – fruto do labor anônimo dos participantes de estamento jurídico, cria ao genial da civilização ocidental. A concepção de direito como sistema, exposta com diferenças várias por autores estrangeiros – por exemplo, alguns dos articulistas franceses dos *Archives de Philosophie du Droit* de 1986, os professores alemães defensores da autopoiese, Luhmann e Teubner, etc. –, está também, felizmente, aceita entre nós: assim: as belas notas do Desembargador Jose Rodrigues de Carvalho Netto, no seu livro *Da ação monitoria – um ponto de vista sobre a Lei n. 9.079. de 14 de julho de 1995*, publicado neste ano de 2001 pela Revista dos Tribunais, e o capítulo I, do livro, também de 2001, do ex-procurador Jaques de Camargo Penteado, *Acusação, defesa e julgamento*.

II. AÇÃO POPULAR E AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO JURÍDICO NULO E ATO ILÍCITO

7. Nos últimos cinquenta anos, grassou, entre os juristas brasileiros, a doença do processo. Tanto nas peças das partes quanto nas sentenças, o maior espaço era ocupado pelas "preliminares". Sob a "processualite" poderíamos passar a fazer citação de muitos autores, ora a diferenciar ora a confundir a ação popular

e a ação civil pública. Um ponto, porém, parece claro: a ação popular visa "a *anular* ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participa" ou, ainda, a *anular* ato lesivo "à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural" (art. 5º, LXXIU, da Constituição da República). Por sua vez, ação civil pública, segundo o art. 1º da Lei 11.734/85, tem por alvo o casos de *responsabilidade por danos* causados aos bens jurídicos elencados.

8. Hely Lopes Meirelles escreve: "a ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347, de 24-7-85, é o instrumento processual adequado para imprimir ou impedir danos..." (*Direito administrativo brasileiro*, 24ª ed., 1991, p. 643). Em tese, pois, a dicotomia "valido/nulo" (nulo *lato sensu*) é própria da ação popular: a "licito/ilícito", da ação civil pública.

9. Essa distinção já foi reconhecida pela jurisprudência. É o caso da seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "*Ação Civil Pública – Ato administrativo lesivo ao erário – Propositura pelo Ministério Público contra Prefeitura Municipal visando a restituição de dinheiro por ela desviado – meio inidôneo – Cabimento da ação popular – Hipótese, porém, em que o pedido não pode ser recebido como ação popular, em face da ilegitimidade *ad causam* do *Parquet*. Em seu voto, o relator é claro ao afirmar que "a nulidade dos atos lesivos ao patrimônio, por ilegalidade do objeto ou desvio de finalidade, por exemplo, só pode ser declarada por via da ação popular. Esta, e não a ação civil pública, se presta à declaração de nulidade administrativa". E mais adiante acrescenta, referindo-se à ação civil pública: "A ação civil pública visa à responsabilização de pessoas ou entidades que tenham causado danos a quaisquer dos bens, direitos ou interesses sujeitos a sua proteção"* (Ap. Civ. 10.061/0, Rel. Des. Jose Loyola, j. 14-10-1993, *RT*, 7161253).

10. É certo que, nos tempos atuais, tem se combatido, na doutrina processual, o rigor formal. No caso das duas ações em discussão, há ainda que considerar o art. 25, IV. *b*, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Todavia, deixando de lado a epidemia processual, é tempo de se voltar ao direito material

e, aqui, o que importa é que o critério do lícito é inteiramente diverso do critério do nulo (nulo *lato sensu*). Nulas são somente as declarações de vontade preceptivas, isto é, aquelas que, no sistema jurídico, são vistas como destinadas diretamente a produzir efeitos jurídicos: somente estas, justamente pelos fins visados por ato de decisão jurídica, tem *requisitos* previstos para sua regularidade. Ilícitos são os atos reprovados pelo sistema jurídico; de um ato ilícito, como um crime, não se diz ser nulo. Sobre eles, a lei somente prevê a hipótese (*fattispecie*) e a consequência jurídica; portanto, dois planos: *existência* e *eficácia*. Já os atos preceptivos, como os negócios jurídicos e os atos negociais administrativos, exigem um cuidado especial do legislador, porque seus efeitos, na ordem normal das coisas, serão os declarados como queridos, isto é, os que constam, por uma decisão, de seu "texto" ou conteúdo: esses atos, por isso, exigem *requisitos de validade*. Ou seja, além da existência, é preciso verificar sua regularidade, para que possam, ao final, produzir seus efeitos próprios: portanto, três planos: *existência, validade e eficácia* (cf. nosso livro de 1974, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, São Paulo, Saraiva, *passim*. A 3ª edição, inalterada, é de 2000). O plano da validade não existe para os atos ilícitos enquanto tais.

11. Se, do ponto de vista instrumental, o sistema dá uma ação para um caso (p. ex., ação popular, para a nulidade de ato preceptivo público) e outra, para outro (ação civil pública, para o ato ilícito), ou uma ação só, para os dois casos, ou uma ação para um caso e outra, para os dois, ou as duas ações, para os dois casos, é questão somente processual, e de que não mais falaremos. Do ponto de vista material, porém, insistimos: os casos são completamente diferentes: o nulo diz respeito a ato preceptivo e sua consequência é a volta ao *statu quo ante*, o ilícito é o ato reprovado pelo sistema e sua consequência habitual é o pagamento de perdas e danos.

12. A confusão da inicial ao se referir a ato ilícito (inclusive apelando para o art. 159 do CC brasileiro) foi agravada pelo acórdão; ao se fixar mentalmente no eventual "ato de improbidade", os julgadores passaram a tratar do ilícito, ao invés do nulo. Aliás, cumpre lembrar que a Lei n. 8.429, de 1992, sobre atos de

improbidade, não deveria sequer vir à baila nos autos: em primeiro lugar, porque se trata de lei punitiva, e a punição não era o objeto da causa; e, em segundo lugar, porque a Lei citada é de junho de 1992, sendo os primeiros aditamentos *anteriores* a essa data. Já se decidiu: "*Ação civil pública. Improbidade administrativa. Irretroatividade da Lei n. 8.429/92. Inexistência de comprovação efetiva de autoria dos atos ímprobos. Inadmissibilidade da aplicação retroativa das disposições da Lei n. 8.249/1992, que define os atos de improbidade administrativa praticados pelos agentes públicos, bem como as sanções aplicáveis, regulamentando assim, o art. 37, parágrafo 42, da Constituição Federal. Princípio da irretroatividade das leis aplicável 'in casu'*" (Ap. Civ. 598472736, Rel Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 6-5-1999. 3ª Cam. Civ. do TJRGS).

13. Quais seriam, porém, as consequências da volta ao *statu quo ante se*, por hipótese, forem consideradas nulas as prorrogações contratuais? Não seriam as perdas e danos? Respondemos: não, não seriam. Na impossibilidade de retorno puro e simples ao estado anterior, porque são relações de fornecimento de serviços, prolongadas no tempo, toma-se necessário qualificar juridicamente essas relações decorrentes de ato nulo ainda não considerado tal. Ora, as relações que surgem de um contrato nulo são as chamadas "relações contratuais de fato", ou relações paracontratuais. Foi Haupt, em 1941, quem pela primeira vez descreveu essas relações sistematicamente; imaginou-as em três situações: "1. na dos contatos sociais – relacionamentos que se estabelecem entre pessoas que colaboram, no espaço jurídico, para certos fins, sem integrar previsões contratuais; 2. na da inserção em organizações comunitárias ou na de execução de relações duradouras, *quando os instrumentos negociais constitutivos sejam nulos ou ineficazes*; e 3. na de serviços de necessidade vital, postos à disposição de utentes ainda antes de concluído o competente contrato" (Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 1984, p. 555) (é nossa a enumeração dos casos).

14. Também Betti incluiu as relações surgidas de contrato inválido – especialmente as de contrato de trabalho nulo e as de contrato de sociedade

idem, que tem disposições expressas no CC italiano, arts. 2.126 e 2.297 –, entre as relações paracontratuais (*Teoria generate delle obbligazioni*. Milano, Giuffrè, 1954, v. III. p. 117 e s.). Independentemente das pequenas diferenças de concepção (Betti fala em "efeitos do nulo" e entende que há, na hipótese, negócio jurídico, embora não haja contrato) e deixando de lado o primeiro caso enumerado no *item* anterior, que não vemos como sendo de relações paracontratuais, a verdade é que, nos demais, estamos diante de *relações sinalagmáticas de longa duração*. As relações sinalagmáticas são "do ut des", "do ut facias", "facio ut des" e "facio ut facias". No caso concreto, "pago para que sejam limpos os postos de pedágio" são "do ut facias". O caso é de prestação de serviço a título oneroso. A consequência óbvia é que o julgador, diante da nulidade da declaração de vontade, para a volta ao *statu quo ante*, deve examinar

a *equivalência*, a equivalência objetiva, entre o que cada um forneceu (seria entre prestação e contraprestação, se o contrato fosse válido). Isto – a balança equilibrada – é a justiça. Não se trata, aí, de indenização, e sim do jogo entre as causas de atribuição patrimonial, do equilíbrio entre os deslocamentos patrimoniais, nas relações entre duas pessoas que ou não contrataram ou não contrataram validamente.

15. Dölle (*Aussergesetzliche Schuldpflichten*, 1943, *apud* Menezes Cordeiro, o. c., *idem, ibidem*), na terceira categoria que elaborou para as relações paracontratuais, sobre as relações laborais de fato, sociedades de fato e situações similares – essas são as relações oriundas de contrato nulo –, viu, para essa categoria, justamente, o *dever de entrega patrimonial*. No caso examinado, em que se trata somente de prorrogação e em que os serviços e os respectivos pagamentos foram se fazendo simultaneamente, não houve a menor prova de desequilíbrio, de parte a parte, entre uma coisa e outra. A própria Comissão de Sindicância Especial e Permanente da Dersa, relativamente ao processo do Tribunal de Contas (processo TCE 054634/026/90), concluiu: “a Comissão não constatou a ocorrência de prejuízo à Dersa”. Logo, não ha qualquer dever de entrega patrimonial ou devolução a fazer.

16. Em síntese, até aqui: vista a questão pelo lado da nulidade que era o objeto real da ação, a decisão, em tese, somente poderia *ser* de declaração judicial de nulidade e de condenação à volta ao estado anterior (sentença declaratória e condenatória – mas não condenatória a indenização ou pena). Diante da impossibilidade fática desse retorno no tempo e considerando que o que surgiu foram *relações sinalagmáticas* de prestação de serviços e pagamento, o que poderia ser objeto de devolução não seria nunca indenização, com fundamento no ilícito, "perdas e danos", e sim um eventual *plus* recebido sem correspectivo. Acontece, porém, que, desse excesso, de parte a parte, não houve, nos autos, o menor indício ou sinal; logo, a decisão somente poderia ser a de declarar a nulidade, sem impor qualquer outra consequência de direito material (sentença exclusivamente declaratória).

III. O DANO-PREJUÍZO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

17. Em tese, desfeita a confusão entre nulo e ilícito, não mais deveríamos tratar de responsabilidade civil e indenização. Todavia, desde a inicial, infelizmente, como dissemos, certo espírito persecutório se introduziu no processo e o acórdão indevidamente sustentou ato ilícito. Passamos a tratar, pois, *ad argumentandum* da responsabilidade civil, salientando de início que o mesmo espírito persecutório levou a decisão judicial a dirigir seu foco para o *agente* e a *culpa*, tal qual no direito penal, ao invés de, para a *vítima* e o *dano*, como é próprio do direito civil; acabou por admitir responsabilidade sem dano.

18. *Não há, porém, responsabilidade civil sem dano.* A afirmação é pacífica, a começar da própria lei: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou *causar prejuízo* a outrem, fica obrigado a *reparar o dano*" (art. 159, 1ª parte, do CC brasileiro). O mesmo ocorre em outros países. "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autrui un *dommage*, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer" (art. 1.382 do *Code*). "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un

danno ingiusto, obbliga colui che hà comesso il fatto a risarcire il *danno*” (art. 2.043 do CC italiano). A própria Lei n. 8.429/92, em seu art. 5º, exige o dano: “Ocorrendo *lesão ao patrimônio público* por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do *dano*”.

19. A doutrina brasileira repete a mesma ideia, incansavelmente. Carvalho Santos: “Sem dano, não há responsabilidade civil” (*Código Civil brasileiro interpretado*, com. ao art. 159). Aguiar Dias: “o que o prejudicado deve provar, na ação é o dano, sem consideração ao seu *quantum*, que é matéria da liquidação. Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa na ação seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação de seu montante” (*Da responsabilidade civil*. 6ª ed, Forense, 1979, v. I, p. 93). Sergio Cavalieli Filho: “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano” (*Programa de responsabilidade civil*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 69).

20. Também a jurisprudência: “Somente danos diretos e efetivos, por efeito imediato do ato culposos, encontram no Código Civil suporte de ressarcimento. *Se dano não houver, falta matéria para a indenização*. Incerto e eventual é o dano quando resultaria de hipotético agravamento da lesão” (TJSP, 1ª Cam., Ap., Rel. Octávio Stucchi, j. 20-8-1985, *RT*, 612144). “Para constituir o título indenizatório o *pressuposto necessário e imprescindível é a demonstração do dano*. seja por responsabilidade por ilícito ou contratual” (TJSP, 1ª Cam., Ap., Rel. Octavio Stucchi, j. 14-12-1982. *RT*. 575/133 – Ementa não oficial *apud* Rui Stoco, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 505).

21. Diante das afirmações da doutrina e da jurisprudência, caberia perguntar por que afirmou o acórdão, com ênfase e aparentemente com apoio em obras doutrinárias de outros autores, a existência de lesividade. É que, na língua

portuguesa, à semelhança de outras línguas latinas, os vocábulos "lesão", "dano" e, até mesmo, "prejuízo" vêm muitas vezes com dois significados; ora são usados para o ato que viola o bem juridicamente protegido, ora para significar o prejuízo resultante dessa violação. O mesmo ocorre, em francês, com as palavras "dommage" (originada de "damnum") e "prejudice", conforme expõem Le Tourneau e Cadiet (*Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1998, p. 193). O ideal seria sempre se referir a dano-evento (1º momento) e a dano-prejuízo (2º momento); o dano-evento pode ser ou na pessoa ou no patrimônio ou na figura social da pessoa ou, até mesmo, em terceiro, enquanto o dano-prejuízo, como consequência daquele, somente pode ser patrimonial ou não patrimonial (dano moral). Assim: o dano-evento pode ser na pessoa e o dano-prejuízo, ser patrimonial, se, por exemplo, por causa de lesão à integridade física, se passarem muitos dias não trabalhados; ou o dano-evento ser no patrimônio e o dano-prejuízo ser não patrimonial, se, *verbi gratia*, se trata de destruição de objeto com alto valor de afeição; ou, ainda, o dano-evento ser em terceiro (vítima) e o dano-prejuízo ser do pai ou do filho da vítima. Percebe-se que, na linguagem normal, pode se dizer que constituem "lesão", ou "dano", tanto os primeiros fatos dos exemplos dados – lesão ou dano ao bem protegido – quanto os segundos – lesão ou dano como prejuízo patrimonial ou não patrimonial.

22. Logo, sem adjetivos qualificativos, "lesão" e "lesividade" são palavras que se prestam a sofisma, porque tanto podem referir-se ao bem jurídico quanto ao prejuízo resultante. Com a devida vênia, o acórdão claramente usou essas palavras promiscuamente. Por exemplo, no primeiro significado (evento lesivo): "A ausência formal de licitação induz nulidade da contratação e contém em si mesma *lesão aos princípios constitucionais*, alusivos à legalidade, à impessoalidade e à moralidade dos atos administrativos, pelos quais deve se pautar a Administração Pública, independentemente dos resultados econômicos, a teor de disposto no art. 4º, inc. III, 'c' da Lei 4.717/66". Parece evidente que "lesão", aí, é o ato contrário a lei, *lesivo* da legalidade, impessoalidade e moralidade. Um parágrafo adiante, porem, o acórdão afirma: "Tal entendimento é inaceitável porque: a) o ordenamento jurídico admite em

vários casos presunção de *lesividade ao patrimônio público*", quando, evidentemente, o vocábulo está no segundo significado, o de lesão-prejuízo.

23. Posteriormente, posto diante de embargos de declaração, o acórdão afirmou, contra tudo e contra todos, em matéria de responsabilidade civil patrimonial, que "a lesividade decorre da própria ilegalidade da ausência de licitação, *pouco importando tivesse havido ou não prejuízo financeiro ao erário público*". Ora, isso não é verdade: que a "lesividade", como dano-evento, resulta da própria ilegalidade quando esta ocorre, não há dúvida, mas que a lesividade, como dano-prejuízo, é dispensável na responsabilidade civil, é falso. A lei (*item n. 18*), a doutrina (*item n. 19*) e a jurisprudência (*item n. 20*) negam essa afirmação. O máximo que pode ocorrer é: a) nos casos ditos de dano moral, dispensa da *prova* do "prejuízo moral", por óbvia a *presunção* de sua existência, em certas situações; e b) nos casos de inadimplemento contratual, quando se trata de juros de mora ou cláusula penal, dispensa de *prova* efetiva do prejuízo, porque há *presunção* legal dele. Até mesmo nesses dois casos, em que claramente a dispensa não é do prejuízo, e sim da prova do prejuízo, a dispensa a rigor não é nem mesmo da prova do prejuízo: e dispensa de *outra* prova – eis que a prova já esta feita por presunção, que é meio de prova.

24. Nos autos, porém, não houve nenhuma presunção, nem mesmo indício, de prejuízo – especialmente, de prejuízo econômico, porque é disso que se trata. Pelo contrário, conforme documentos que nos foram apresentados, a Comissão de Sindicância Especial e Permanente da Dersa, relativamente ao processo do Tribunal de Comas (processo TCE 054634/026/90), concluiu, em 25-8-1995, inexistir dano à Dersa: "a Comissão não constatou a ocorrência de prejuízo à Dersa".

25. Rui Stoco (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 3^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 503), citando Aguiar Dias, expõe a exigência de *certeza* sobre os prejuízos: "o prejuízo deve ser certo, é regra essencial da reparação. Com isto se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação. Por isso que não há que distinguir, para efeito de

responsabilidade, entre dano atual e dano futuro. Todos os autores concordam em que a distinção a fazer, nesse sentido, é tão somente se o dano é ou não certo (Mazeaud e Mazeaud ...)". No mesmo sentido, escreve Guido Alpa: "il danno deve essere concreto, materiale, non presunto. Ciò anche quando è impossibile determinarlo con precisione: la liquidazione equitativa del danno presuppone che questo, pur non essendo provato nel suo preciso ammontare, sai certo nella sua esistenza ontologica: se tale certezza non sussiste, è inibito al giudice di procedere ad una valutazione equitativa e deve essere applicato il principio: *actore non probante, reus absolvitur*" (*Responsabilità civile e danno*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 477).

26. "Si il danno manca, manca la materia del risarcimento" (Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano*, Firenze, 1907, v. II, p. 137). Finalmente, Carvalho Santos, no *Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro* (v. XIV. p. 268), citando Aguiar Dias: "o prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação. Com isso, se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação".

27. "A jurisprudência e pacífica no entendimento de que não se pode falar em indenização quando o autor não comprova a existência do dano" (TJSC, 2ª Cam., Ap., Rel. Wilson Antunes, j. 4-5-1982, *RT* 568/167). "Para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízo, a prova da existência do dano efetivamente configurado é pressuposto essencial e indispensável. Ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, desde que, dela, não tenha decorrido prejuízo. A satisfação pela via judicial, de prejuízo inexistente, implicaria, em relação à parte adversa, em enriquecimento sem causa. O pressuposto da reparação civil está não só na configuração de conduta *contra jus*, mas também na prova efetiva dos ônus, já que se não repara dano hipotético" (STJ, 1ª T.. REsp, Rel. Demócrito Reinaldo, j. 23-5-1994, *RSTJ*, 63/251).

28. Finalmente, vale lembrar que a ação pública não constitui exceção à doutrina e jurisprudência acima apresentadas sobre a certeza do prejuízo. "Ação Civil Pública – Fatos Relevantes da Causa - Ministério Público – Comprovação - Dano Patrimonial aos cofres públicos – Provento indevido ou ilícito auferido pelo réu – Prova inequívoca – Inexistência - Improcedência. É de se dar provimento à apelação para, reformando a sentença, julgar improcedente ação civil pública quando dos autos não se colhe prova segura e certa da ocorrência dos fatos relevantes da causa narrados na inicial, a cargo de comprovação pelo órgão ministerial, mormente quando, em decorrência deles, inexistente prova inequívoca de dano patrimonial efetivo aos cofres públicos, nem tampouco que os réus tenham auferido indevido ou ilícito proveito de sua ação tal como fora descrita" (Ap. Civ. 131.239/6, Rel. Des. Murilo Pereira, j. 20-5-1999, *Jurisprudência Mineira*, n. 149, p. 138 e s.). E: "Prefeito – Improbidade Administrativa – Provas – Não configuração – Ressarcimento aos cofres públicos – Reembolso incabível – Para a condenação do agente público à devolução de quantias desembolsadas pelo pagamento de despesas realizadas até mesmo sem prévio procedimento licitatório ou outras formalidades legais, mister se faz demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo ao erário, ter o prejuízo agido com má-fé ou culpa, não bastando mera presunção" (Ap. Civ. 133.815/1, Rel. Des. Orlando Carvalho, j. 23-3-1999, *Jurisprudência Mineira*, n. 147, p. 216).

IV. CONCLUSÃO

29. Concluindo, cabe, mais uma vez, insistir na identidade e autonomia do sistema jurídico. Em primeiro lugar, há de se impedir, sob pena de autodestruição, a entrada direta, abrupta, sem respeito às formas jurídicas de abertura, do que se produz em outros sistemas – a política, a economia ou a própria moral. Em segundo lugar, há também de se respeitar o direito em suas formas jurídicas de funcionamento, porque cada forma tem um fim determinado; são diferentes as funções do direito penal e do direito civil, levando obrigatoriamente a pontos diversos de referência hermenêutica, como são, *verbi gratia*, a punição, no direito penal, e a restauração de uma situação patrimonial, no direito civil. Finalmente, dentro do próprio direito civil, são diferentes os campos do nulo e do ilícito, porque são diferentes a visão sinalagmática e a de perdas e danos. Segue-se do exposto que, quanto ao caso concreto, se a ação visava a nulidade (*lato sensu*), a consequência desta somente poderia ser a volta à situação anterior, na procura de equilíbrio. Ora, o

retorno exato tendo se tornado pela situação fática prolongada no tempo impossível e considerando que existiu equilíbrio entre o que cada um forneceu (prestação e contraprestação), a conclusão lógica é a de que não cabe qualquer reparação civil. Por outro lado, *ad argumentandum*, se a ação visava também indenização por ato ilícito, deveria ter havido dano-prejuízo, elemento fundamental para qualquer condenação em perdas e danos: desse prejuízo, porém, como vimos, nenhuma prova se fez nem mesmo indício houve. O acórdão, portanto, deve ser reformado. É o nosso parecer.

S.M. J.

São Paulo, 2 de outubro de 2001.

Como citar: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de segunda 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. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>>. Data de acesso.