

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

CONCITA ANATHILDE DE SIQUEIRA GOMES

**DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO: O DANO AO ERÁRIO NA
CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

SOUSA

2016

CONCITA ANATHILDE DE SIQUEIRA GOMES

**DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO: O DANO AO ERÁRIO NA
CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Esp. Giliard Cruz Targino

SOUSA

2016

CONCITA ANATHILDE DE SIQUEIRA GOMES

**DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO: O DANO AO ERÁRIO NA
CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Esp. Giliard Cruz Targino

Data de aprovação: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino - UFCG

Examinador(a)

Examinador(a)

Dedico a minha mãe, minha presença
mais constante, minha maior companhia,
meu melhor lado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente ao Deus trino; ao pai criador e todo poderoso, fonte de sabedoria que compreende tudo e todos em sua onisciência; ao filho Jesus, consumidor da fé, redentor de meus erros e falhas, fonte de todo amor e cheio de imensa misericórdia; e ao Espírito Santo, meu consolador e conselheiro, palpável em minhas tentativas de boas escolhas. Nada seria possível sem Ele(s), porque apenas d'Ele(s) partem todas as coisas e apenas a Ele(s) tudo um dia haverá de retornar.

Agradeço àquela que com orgulho chamo de mãe, Débora, minha maior incentivadora, meu porto seguro em mares calmos ou revoltos. Sou grata por todos os momentos em que confiou em mim quando nem eu confiava em mim mesma. Obrigada por nunca duvidar de mim, do meu potencial, e por confiar nos meus sonhos, de modo a tantas vezes abdicar de si em nome deles. Por meio dela, também agradeço a toda a minha família, minha base maior, minha constância.

Ao meu pai, Jonas, e ao meu irmão, Weríssimo, pela contribuição na minha vida pessoal e acadêmica. Obrigada por me mostrarem que apenas com esforço os sonhos se realizarão, e que querer nem sempre é poder, mas é um grande passo para conseguir.

Agradeço postumamente à minha avó, também Concita, também Siqueira, por me mostrar que não é o tempo que passa, porém nós passamos; e que essa passagem pode ser algo maravilhoso. Que onde estiver, saiba como sou grata por me mostrar a inexplicável passagem do trem na estação.

Àqueles que com carinho chamo de amigos(as), obrigada pelo afeto, pela presença constante em que se dividiu momentos de grande alegria, mostrando como a felicidade só é real quando compartilhada.

Demonstro minha gratidão ao mundo universitário, aos meus mestres formadores de gente, mãos que se mostram impulsionadoras às grandes ideias e receptivas de novos entendimentos. Que assim como esse mundo me mostrou a beleza da metamorfose, também o meu desejo de transmitir conhecimento e formar pessoas não seja engessado pelas necessidades cotidianas. Finalmente, agradeço ao meu orientador, professor Giliard, pela paciência e comprometimento no desenrolar deste trabalho, sempre apresentando alterações e ideias pertinentes, demonstrando tão vasto conhecimento jurídico e tão gentil proceder.

De modo geral, agradeço a todos que confiaram em mim, e que de algum modo ou dimensão, contribuíram para minha formação não apenas acadêmica, como também pessoal, na construção incessante e interminável que nos torna seres humanos em constante evolução.

*“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra,
de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os
poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude,
a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.”*

(Rui Barbosa)

RESUMO

Licitação é o procedimento administrativo prévio à contratação pública, consistindo em instrumento assegurador dos princípios administrativos expressos na vigente Constituição Federal de 1988, além de observar os ditames próprios à atividade licitante dispostos no ordenamento jurídico infraconstitucional. A importância desse instituto pré-contratual é tamanha, que sua dispensa indevida ou, noutras palavras, a contratação direta pelos gestores públicos, realizada fora dos permissivos legais de dispensa é tipificada pelo legislador como ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário. Desse modo, se o administrador contrata diretamente fora das hipóteses legais de dispensa de licitação, elencadas na Lei nº 8.666/93, essa prática é prevista como ato de improbidade administrativa tipificada no art. 10, VIII da Lei nº 8.429/92. Sua subsunção normativa, porém, nos termos do mencionado no art. 10, necessita da demonstração de dano efetivo, sendo este o rigor do *caput*, cujo teor disciplina o ato ímprobo que causa prejuízo ao erário. É com base nessa hermenêutica que parte do entendimento jurisprudencial entende que o mencionado prejuízo precisa ser efetivamente demonstrado afirmando pela impossibilidade de presunção deste; necessidade probatória essa que, processualmente, direciona-se ao questionamento de como realizar a produção de prova de que uma licitação inexistente acarreta dano ao erário. O presente trabalho se baseia, assim, pela crítica às decisões jurisprudenciais que entendem pela ausência de subsunção normativa da dispensa indevida de licitação como ato que causa prejuízo ao erário porque ausente demonstração de prejuízo. Sendo assim, tem-se como objetivo analisar o dano ao erário pela dispensa indevida de licitação própria à subsunção normativa exigida para capitulação do ato de improbidade do art. 10, VIII da Lei 8.429/92, ou seja, o prejuízo ao erário, analisando a jurisprudência pertinente ao tema bem como se debruçando acerca da presunção do dano ao erário quando ausente certame licitatório prévio às contratações públicas, para fins de caracterização da dispensa indevida de licitação como ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário.

Palavras-chave: Licitação. Dispensa indevida. Improbidade administrativa. Dano ao erário. Presunção do dano.

ABSTRACT

Public tender is the administrative procedure previous the public employment, it consists into assure instrument for the principle administrative expressed in the present Federal Constitution from 1988, beyond to observe the own dictates to the bidder activity minded into the infra constitutional juristic. The importance of this institute pre contractual is so high that its undue dispense or in other words, the direct contraction by the public managers made out from the legal permission of dispense, it is typified by the lawgiver how an act of administration improbity that cause harm to the purse. This way, if the administrator directly contract outside the legal hypothesis of bidder undue listed in the Law 8.666/93, this practice is forecasted as an act of administrative dishonesty typified onto the art. 10 VIII from the Law 8.429/92. Its normative subsumption, however, in the mentioned words art. 10, necessity to the demonstration of effective harms, being this the accuracy of the caput, whose content discipline the unrighteous act that cause damage to the purse. It's based into this hermeneutics that part of the comprehension jurisprudential comprehend that the mentioned damage needs to be effectively demonstrated affirming for the impossibility of its presumption; evidential necessity that, procedurally, directed into the question how to realize the proof produce that one inexistent bidding result in damage for the purse. This present work based itself by the critics to the jurisprudential decisions the comprehension the absence of normative subsumption of the undue dispense of bidding how an act that cause damage to the purse because an absent damage demonstration. This form, it has how goal to analyze the damage to the purse by the undue dispense of proper bidding to the normative subsumption required for the capitulation of the improbity act of the art. 10 VIII from the Law 8.429/92, in other words, the damage to the purse, analyzing the relevant jurisprudential to the theme, as well, it leaning about the presumption of the damage to the purse, when it's absent event previous bidding to the public hiring, with the purpose of characterization of the undue dispense of bidding as an act of administration improbity that causes damage to the purse.

Key words: Bidding Undue dispense. Administration improbity. Damage to the purse. Damage presumption.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACP	_	Ação Civil Pública
ADI	_	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIA	_	Ação de Improbidade Administrativa
Art.	_	Artigo
CRFB	_	Constituição da República Federativa do Brasil
EPP	_	Empresa de Pequeno Porte
Inc.	_	Inciso
LIA	_	Lei de Improbidade Administrativa
LL	_	Lei de Licitações
ME	_	Microempresa
Nº	_	Número
PAD	_	Processo Administrativo Disciplinar
RESP	_	Recurso Especial
STF	_	Superior Tribunal Federal
STJ	_	Superior Tribunal de Justiça
TJ	_	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	LICITAÇÃO	15
2.1	ORIGEM, EVOLUÇÃO E CONCEITO	15
2.2	PRINCÍPIOS BASILARES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	17
2.3	PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PREVISTOS NO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	19
2.3.1	Princípio da legalidade	19
2.3.2	Princípio da impessoalidade	20
2.3.3	Princípio da moralidade	21
2.3.4	Princípio da publicidade	21
2.3.5	Princípio da eficiência	22
2.4	PRINCÍPIOS PRÓPRIOS À LICITAÇÃO DO ART. 3º DA LEI Nº 8.666/93.....	22
2.4.1	Igualdade e isonomia	23
2.4.2	Seleção da proposta mais vantajosa para a administração	24
2.4.3	Da Promoção do desenvolvimento nacional	25
2.4.4	Da Proibição administrativa	25
2.4.5	Da vinculação ao instrumento convocatório	26
2.4.6	Do julgamento objetivo	27
2.5	DISPENSA DE LICITAÇÃO	27
2.5.1	Conceito e diferenciações	27
2.5.2	Hipóteses legais de dispensa	29
2.6	DA EXCEPCIONALIDADE DA AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO	30
3	IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	32
3.1	CONSTRUÇÃO SOCIAL E CONCEITO	32
3.2	DA LEI Nº 8.429/92	34
3.2.1	Dos sujeitos	34
3.2.1.1	<i>Sujeito ativo</i>	35
3.2.1.2	<i>Sujeito passivo</i>	35
3.2.2	Dos atos de improbidade administrativa	35

3.2.2.1	<i>Atos que importam em enriquecimento ilícito</i>	36
3.2.2.2	<i>Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário</i>	36
3.2.2.2.1	Erário X Patrimônio Público	39
3.2.2.3	<i>Atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública</i>	41
3.2.3	Das sanções	42
3.2.4	Da natureza dos atos de improbidade administrativa	42
3.3	DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	44
3.3.1	Prazo prescricional	44
4	DA DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	47
4.1	DA ABRANGÊNCIA DO INCISO VIII DO ART. 10 DA LEI Nº 8.429/92	47
4.2	DOS ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS	48
4.3	DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS	50
4.4	DO DANO AO ERÁRIO PELA DISPENSA INDEVIDA	56
4.5	DO PARALELO PENAL	59
4.6	DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA PELO VALOR DE MERCADO.....	61
4.7	DA SUBSIDIARIEDADE DE OUTRO ENQUADRAMENTO TIPIFICADOR.....	63
4.8	DA SANÇÃO DE RESSARCIMENTO.....	63
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1 INTRODUÇÃO

O Estado é um grande protagonista no modelo jurídico brasileiro, promovendo diariamente atuações típicas ou atípicas da atividade governamental e, por conseguinte, refletindo diretamente na conjunção social e jurídica hodierna. Para concretizar o direito à moradia, o ente estatal precisa construir complexos habitacionais; na prestação de serviços essenciais, contratar pessoal qualificado; na concretização do direito à educação, precisa construir o prédio escolar, contratar professores, comprar carteira, quadro e fardamento de funcionários. Desse modo, muitas são as tarefas de responsabilidade do poder público, cuja atividade executiva típica é de administrar e gerir; atuação administrativa essa também realizada, embora atipicamente, pelos poderes legislativo e judiciário. Destarte, toda esfera de poder, próprio de sua composição organizacional, encontra-se vinculada a uma atividade administrativa que requer contratação de pessoal, realização de obras e prestação de serviços.

Desse modo, para que o Estado possa fazê-lo, há de se valer da prestação de serviços de terceiros, da realização de obras por parte de pessoas físicas integrantes ou não de seu quadro pessoal, da aquisição de materiais e utensílios, em geral fornecidos por pessoas jurídicas de direito privado, cuja visão lucrativa própria de um sistema capitalista pode, quando não devidamente realizada, contrapor-se a um interesse que não é exclusivamente individual, mas público.

Sendo assim, densificando o comando constitucional de obrigatoriedade da licitação (art. 37, XXI) prévio às contratações públicas, a Lei n° 8.666/93 vincula a atividade administrativa ao dever de licitar, caracterizando-se esse instituto como prévio à contratação pública e de observância geral a todo e qualquer licitante. Nesse esteio, a atuação governamental, tipicamente atribuída ao Poder Executivo, gera diariamente contratações que chegam a números expressivos. Esse numerário representa os recursos financeiros estatais que quando regularmente regidos – e apenas nessa hipótese –, representam a consecução de bem-estar social pela concretização daquilo que o Estado se comprometeu em prestar.

Ora, sem o regular dispêndio de suas receitas, as despesas do poder público comprometem severamente o interesse público promovendo, pois, malversação do patrimônio comum. Desse modo, as consequências da ausência de licitação são teóricas quando atentam a normas jurídicas, mas também de larga concretude social quando presentes numa obra estruturalmente comprometida, numa prestação de serviço deficiente, no superfaturamento de contraprestações e na malversação dos recursos públicos de maneira geral.

É nesse contexto que a Lei n° 8.429/92 tipificou na parte final do inciso VIII do art. 10,

a conduta de dispensar licitação indevidamente como ato de improbidade administrativa, fazendo-o no capítulo de atos ímprobos que causam prejuízo ao erário.

Ocorre que parcela do entendimento jurisprudencial na hermenêutica sistemática ao *caput* do mencionado artigo tem exigido para configuração desse ato – que define como causa de prejuízo ao erário aquela conduta que importe em perda patrimonial –, a comprovação de prejuízo efetivo pela dispensa; noutras palavras, requer-se um prejuízo quantificável. Seguindo esse raciocínio, a configuração do ato ímprobo por dispensa de licitação indevida encontra-se diante de uma importante questão probatória: como quantificar o prejuízo de uma licitação inexistente? Como comprovar que a contratação direta prejudica a administração? Pode-se presumir um dano ao erário? Se positivo, com que base jurídica?

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo de premissas gerais aplicáveis ao tema a fim de se obter uma resposta lógica correspondente capaz de solucionar a problemática outrora apresentada. Com efeito, teremos uma abordagem de pesquisa aplicada, buscando gerar conhecimento acerca de uma situação fática que gera controvérsias, analisando as soluções jurisprudenciais apresentadas a uma questão jurídica de verdadeira subsunção normativa. Sendo assim, lançar-se-á de pesquisa bibliográfica a livros, monografias, artigos científicos e referências jurisprudenciais.

Para regular abordagem do tema, impera a análise anterior de institutos como a própria licitação e suas normas norteadoras – principiológicas e/ou positivadas – bem como a inteligência da improbidade administrativa, sobremaneira sobre seu aspecto teleológico. Para tanto, o presente trabalho será dividido em três capítulos, abordando conceitos e análises teóricas imprescindíveis à compreensão fenomênica posterior.

O capítulo inicial do presente estudo trará por finalidade precípua a compreensão da excepcionalidade legal da contratação direta, o que impera o entendimento dos princípios administrativos – gerais e, outrossim, específicos à atividade licitante – bem como o estudo das hipóteses em que a dispensa de licitação é permitida pela dicção da Lei n° 8.666/93.

O segundo capítulo apresentará uma análise acerca da improbidade administrativa sob seu aspecto teleológico, abordando a construção normativa que culminou na edição da Lei n° 8.429/92. Dessa construção, passar-se-á a estudar as hipóteses gerais de atos de improbidade trazidos por esse ordenamento, assim como os sujeitos e trâmites processuais atinentes à Ação Civil Pública correspondente.

No terceiro capítulo, uma vez compreendidos os institutos da licitação e improbidade, ter-se-á por objeto as problemáticas probatórias concernentes ao requisito de dano ao erário necessário à caracterização do ato ímprobo de dispensa de licitação, sob a ótica do artigo 10,

caput e inciso VIII da Lei 8.429/92. É nesse capítulo que se trará as duas maiores interpretações conflitantes acerca do dano ao erário e sua consequente capitulação para o ato ímprobo por dispensa de licitação fora das hipóteses legais; assim, tratando-se de tema controverso entre administrativistas, a análise jurisprudencial será notadamente utilizada nesse momento do trabalho.

2 LICITAÇÃO

2.1 ORIGEM, EVOLUÇÃO E CONCEITO

A origem da licitação remete à Idade Média, quando os propensos a contratar com o Estado faziam seus lances verbais enquanto durasse a chama de uma vela. Era o chamado “vela e prego”, saindo vencedor aquele que oferecesse o menor preço, como em um leilão às avessas. Daí decorre a origem etimológica da palavra Licitação, que deriva do latim “*licitatione*”, e é traduzida como “arrematar em leilão”.

No Brasil, um dos primeiros diplomas normativos a tratar, ainda que rudimentarmente, sobre a licitação, foi o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, aplicável ao Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, e que tratava da arrematação para serviços e obras.

Ao depois, pelo Decreto nº 200/67, em seu Título XII, foram estabelecidas normas atinentes a licitações, compras, serviços e alienações pelo poder público, já estabelecendo, inclusive, as modalidades de licitação e alguns casos de licitação dispensável, como em caso de guerra, calamidade pública e grave perturbação da ordem.

Por sua vez, o Decreto nº 2.300 de 1986 também regeu a atividade licitante sob o manto da constituição anterior de 1967, já emendada pela reforma de 1969, tratando da competência legislativa da União para tratar de normas gerais de direito financeiro (art. 8, XVII, alínea c) daquela Constituição Federal.

Posteriormente alterada pelos Decretos nº 2.348/87 e nº 2.360/87, o Decreto nº 2.300/86 foi revogado em sua integralidade pela Lei de Licitações (LL), a Lei nº 8.666/93, redigida já sob comando constituinte da vigente Carta de 1988. Sintetizando a evolução normativa que culmina na edição da Lei de Licitações nº 8.666/93, Filho, M. (2012, p. 17):

As regras originais da Lei nº 8.666/93 foram resultado de evolução histórica que não pode ser olvidada. O diploma consagra regras e princípios derivados das leis anteriores, amoldados ao sistema da Constituição de 1988 e tendo em vista as necessidades derivadas dos fatos históricos ocorridos no início da década de 1990. No entanto, verificaram-se alterações ao longo do tempo. Uma parte dessas inovações derivou da aplicação prática da Lei, configurando o fenômeno conhecido como mutação normativa, que consiste na alteração da disciplina jurídica sem a modificação do seu texto. Mas diversos diplomas legislativos dispuseram sobre o tema das licitações, alterando direta ou indiretamente a Lei nº 8.666.

Entretanto, não há de se olvidar que mesmo após a edição da LL, que remete ao ano de 1993, já possuindo mais de vinte anos de aplicabilidade; outras normas atinentes à licitação já

foram editadas, como a Lei nº 10.520/2002 que instituiu o Pregão como nova modalidade de licitação, para contratação de bens e serviços comuns.

Em que pese ser alvo de anseio por inovações à Lei nº 8.666/93, o mencionado diploma legal ainda é a norma geral aplicável às contratações pelo poder público, possuindo dever de observância por todos os entes federativos. Com efeito, não foi a Lei de Licitações, isoladamente, que instituiu a licitação, todavia foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que, pela primeira vez, consagrou a licitação como um verdadeiro princípio administrativo e constitucional.

Sendo assim, o maior respaldo jurídico à licitação encontra-se no teor da Carta Constitucional de 1988, quando o art. 37, XXI assevera a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório prévio às contratações públicas. Sendo a licitação a regra, e sua ausência, a exceção, preconiza uma garantia de proteção àqueles princípios elencados no *caput* do art. 37, como a moralidade pela lisura do processo que encontra procedimento legal, impessoalidade na escolha do contratante e eficiência pela análise da melhor proposta. É a dicção do constituinte:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988).

Em cumprimento a essa disposição constitucional, correlato à regular observância da competência legislativa do art. 22, XXVIII da CRFB/88, a União, no exercício de sua competência privativa, editou a lei nacional nº 8.666/93.¹ Por seu turno, na leitura do artigo 1º e parágrafo único da lei nº 8.666/93, percebe-se como é ampla a definição dos sujeitos possuidores do dever de licitar.² A lei de licitações nº 8.666/93 é então classificada como norma geral que vincula todos os entes federativos, embora ressalvada competência legislativa específica dos entes federativos.³

¹ Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. (BARROSO, 2015, p. 231).

² Art. 1. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 1993).

³ Por outro lado, a dificuldade inerente ao processo legislativo conduziu muitos entes federativos a não editarem normas próprias e a incorporarem automaticamente a disciplina adotada pelo órgão federal. (FILHO, M. 2014, p. 21).

Para cumprir as suas finalidades, especialmente com eficiência e impessoalidade, a carta constitucional de 1988 dispõe que, prévio às contratações, o poder público deverá realizar processo administrativo com vista à apreciação das propostas apresentadas por quem pretende contratar com o poder público; o que se justifica pela motivação de se obter a melhor proposta.

É clara a narrativa constitucional quando assevera pela regra da necessidade de realização de procedimento licitatório, constituindo a licitação como instituto pré-contratual assegurador da lisura da contratação. A licitação compreende assim, mais uma, dentre outras prerrogativas dadas à administração pública. Doutro lado, ao mesmo tempo, porém, em que ela se apresenta como sendo uma benesse na busca da melhor proposta, é também uma obrigatoriedade, um cumprimento do princípio da legalidade. É o entendimento doutrinário de que toda prerrogativa é também uma limitação ao poder público, e vice-versa.

Para Filho, C. (2014, p. 238), licitação compreende:

[...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Já nas palavras de Melo, B. (2010, p. 524):

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

De fato, a licitação é, em princípio, um processo administrativo autuado e direcionado pelo poder público licitante; é ainda, prévio à contratação pública, existindo como instituto assegurador das regras administrativas, especialmente dos princípios da impessoalidade – pela contratação feita pelo julgamento de critérios objetivos dos candidatos regularmente habilitados, bem como pela eficiência – ante a contratação da proposta mais vantajosa para a administração.

2.2 PRINCÍPIOS BASILARES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sendo a licitação um procedimento administrativo, pressupõe a incidência de princípios administrativos para os quais deve observância enquanto atividade estatal de gestão da coisa

pública. De fato, toda a atividade estatal deve se prestar a cumprir os princípios que regem a administração pública; sendo a análise do regime jurídico-administrativo imprescindível a todo estudo administrativo, pois premissa a toda atuação estatal.

Dois são os princípios que alicerçam todas as normas positivadas ou principiológicas atinentes à administração pública: a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado. Sobre o tema, Filho, C. (2014, p. 36) aduz pelo princípio da indisponibilidade, nesses termos:

Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.
O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão, é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração.

Adiante, na abordagem acerca do princípio da impessoalidade, a concepção de interesse público como indisponível é melhor compreendida. Em verdade, quando concebida a premissa de que não o agente gestor é titular da coisa pública, mas mero gerenciador, a indisponibilidade salta aos olhos quando visto que não se pode dispor daquilo que não se detém. Toda atividade administrativa ocorre no trato daquilo que é comum, ou seja, de todos; afastando-se de qualquer noção individual.

Seguindo o raciocínio, a supremacia do interesse público é outro princípio norteador do estudo da coisa pública e que, pela leitura dos princípios adiante estudados, percebe-se que todos eles trazem menção ao interesse público como sendo a finalidade precípua da Administração. Para tanto, imperiosa é a compreensão do que seja esse público interesse, ao que se lança mão do conceito de Cunha (2008, p. 32):

O interesse público constitui interesse de que *todos* compartilham. A *finalidade* dos atos administrativos deve vir informada pelo interesse público. A expressão interesse público evoca, imediatamente, a figura do Estado e, mediatamente, aqueles interesses que o Estado “escolheu” como os mais relevantes, por consultarem aos valores prevalentes na sociedade. Há uma aproximação terminológica entre *interesse público* e *interesse geral*. O interesse público *não* é a *soma* de interesses particulares, sendo certo que a Administração é competente para definir o interesse público naquilo que não constitui domínio reservado ao legislador. O interesse público invoca a presença do Estado-administrador ou do Estado-legislador, devendo estar presente tanto no momento da elaboração da lei como no de sua execução pelo administrador público.

A supremacia do interesse público é vislumbrada em diferentes situações, abraçando desde a elaboração de leis e normas aplicáveis à administração, até o cotidiano do trato da coisa pública, onde o interesse comum é, ou deve(ria) ser, a bússola primeira da atuação administrativa. Longe dessa atuação, aquele que administra a máquina pública poderá incorrer em desvio de poder ou desvio de finalidade.

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica – quer se trate da União, quer se trate do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. (BARROSO, 2015, p. 94).

Da indisponibilidade do interesse público e da sua supremacia, são decorrentes todos os princípios e normas aplicáveis à atividade estatal, quer seja praticada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada. Notadamente, são expressos no *caput* no art. 37 da CRFB/88, os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

2.3 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PREVISTOS NO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.3.1 Princípio da legalidade

A legalidade nasce como consectário lógico do Estado de Direito. Afirmando a CRFB/88 que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, percebe-se que se sua aplicabilidade atua de maneira mais ampla quanto aos particulares; ao revés, quando aplicável à Administração Pública, a legalidade é restrita porque ao gestor só lhe é permitido fazer o que a lei lhe permite.

Nesse diapasão, Melo, B. (2010, p. 100) identifica com êxito os fundamentos desse princípio:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja que a concretização desta vontade geral.

Desse modo, o princípio da legalidade, em direito administrativo, pressupõe que o administrador possui um permissivo legal para a prática de seus atos, estando a permissão normativa na antemão de suas práticas, pois servindo como legitimador pelo lastro de uma lei autorizativa.

2.3.2 Princípio da impessoalidade

Presente quando às ações dos agentes públicos não se indicam qualquer caráter pessoal, a impessoalidade denota uma abstenção, na medida em que as ações exercidas durante o cargo, emprego ou função pública não devem ser atribuídas à pessoa do administrador, o que, do contrário, poderia promover promoção social da pessoa em detrimento da entidade pública. É nesse sentido que a CRFB/88 traz a redação do § 1º do art. 37, pela ausência de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Assim sendo, a impessoalidade deve ser analisada pelo binômio entre a ótica de escolhas objetivas feitas pela administração, bem como enquanto norma asseguradora da ausência de promoção pessoal. Di Pietro (2010, p. 67), abordando essa dualidade e adentando no estudo da correlata teoria do órgão, afirma:

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vista a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no artigo 100 da Constituição, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (2003: 647), baseado na lição de Gordillo que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal”. Acrescenta o autor que, em consequência, “as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira”.

Dito de outro modo: a impessoalidade é demonstrada quando o agente norteia suas decisões com base em critérios objetivos, delimitados pela lei ou por normas administrativas aplicáveis ao caso concreto, desvinculando-se de suas impressões e preferências pessoais daquele que exerce cargo, emprego, função ou mandato; mas, abstraindo-se, ou seja, não lhe sendo pessoalmente imputadas as práticas administrativas, a impessoalidade garante a ausência de promoção privada.

2.3.2 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade também é expresso no texto constitucional como norteadora da gestão da coisa pública. É de aplicabilidade controversa para alguns autores argumentando-se pela natureza vaga do que poderia ser uma conduta moral, o que, abraçando estudo que vai além de análises jurídicas, perpassa por aprofundamentos filosóficos como o estudo da ética, e a sua distinção e relação com a moral, dificultando uma definição daquilo que seja administrativamente imoral. Sobre o tema, Garcia e Alves (2008, p. 75):

Ao valorar os elementos delineadores da moralidade administrativa, é defeso ao agente público direcionar seu obrar por critérios de ordem ideológica ou de estrita subjetividade. Ao interpretar e aplicar a norma, deve o agente considerar os valores norteadores do sistema jurídico, ainda que se apresentem dissonantes de sua visão pessoal. Assumindo espontaneamente o ônus de gestor da coisa pública, tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica.

Os princípios administrativos se fundem entre si, se complementam, veja-se que ao se debruçar sobre a moralidade o autor chega a afirmar que o agente não deve gerir a coisa pela sua visão pessoal, o que também demonstra a impessoalidade característica do estudo administrativo.

2.3.3 Princípio da publicidade

Enquanto assegurador da transparência dos atos administrativos, não se pode ocultar do povo, titular do poder (art. 1º, § 1º da CRFB/88), o trato desse poderio. Ao contrário, lhe é assegurado o conhecimento da atividade gestora do Estado. É nesse aspecto que Bulos (2011, p. 996) leciona por esse princípio ao afirmar:

O princípio da publicidade administrativa tem por escopo manter a total transparência na prática dos atos da Administração Pública, que não poderá ocultar do administrado o conhecimento de assuntos que o interessam direta ou indiretamente. A concretização da publicidade dá-se no momento que vem a lume o Diário Oficial, ou os editais ou outros documentos encarregados de divulgar os atos públicos, cuja produção, dos efeitos apenas se inicia com a publicação.

Por permitir o controle interna e externamente, a publicidade é, inclusive, requisito de eficácia dos atos administrativos, além de ser possível a elaboração de requerimentos a qualquer

órgão público na solicitação de informações atinentes a esse interesse que a administração pública tutela: o interesse comum.

2.3.4 Princípio da eficiência

O mais recente princípio administrativo expressamente abordado no texto constitucional da Carta de 1988 é o da eficiência. Acrescido pela Emenda Constitucional n° 19/98, foi adição ocorrida na busca pelo que seja melhor à Administração Pública.

Pela eficiência, no capítulo de autoria atribuída a Mendes (2014, p. 850), tem-se que:

Não apenas a perseguição e o cumprimento dos meios legais e aptos ao sucesso são apontados como necessários ao bom desempenho das funções administrativas, mas também o resultado almejado. Com o advento do princípio da eficiência, é correto dizer que a administração pública deixou de se legitimar apenas pelos meios empregados e passou – após a Emenda Constitucional n. 19/98 – a legitimar-se em razão do resultado obtido. [...]

A partir do exposto, pode-se concluir que o constituinte reformador, ao inserir o princípio da eficiência no texto constitucional, teve como grande preocupação o desempenho da Administração Pública. Por essa razão, sem descuidar do interesse público, da atuação formal e legal do administrador, o constituinte derivado pretendeu enfatizar a busca pela obtenção de resultados melhores, visando ao atendimento não apenas da necessidade de controle dos processos pelos quais atua a Administração, mas também da elaboração de mecanismos de controle dos resultados obtidos.

Quer seja no sentido de presteza ou de rendimento das funções estatais, a eficiência abraça larga atuação estatal podendo ser vislumbrada em muitos segmentos da atividade administrativa, indo desde a prestação regular de um serviço público, até uma atividade licitatória regular porque capaz de gerar um contrato favorável à entidade licitante.

2.4 PRINCÍPIOS PRÓPRIOS À LICITAÇÃO DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 8.666/93

Não se restringindo aos princípios administrativos expressos pelo constituinte de 1988, há ainda, em toda a norma jurídica, princípios implícitos atribuídos à atuação administrativa, como a razoabilidade e proporcionalidade, a autotutela, dentre outros. Há ainda aqueles específicos à atividade licitatória, trazidos pela própria redação da lei geral de licitações e contratos.

Com efeito, além de dever observância aos princípios que regem de modo geral a atividade administrativa, ao estudo da licitação impera a análise dos princípios próprios aplicáveis a esse instituto.

Nesse diapasão, abordando as peculiaridades aplicáveis, o artigo 3º da LL assevera a finalidade da licitação e indica outros princípios basilares à atividade licitante:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993).

Pela leitura do artigo transcrito, além de reafirmar os princípios administrativos já expressos na Constituição de 1988, o legislador trouxe ainda outros aos quais deve se ater o administrador.

2.4.1 Igualdade e isonomia

Marcantes em todo ramo do direito, e notadamente, na exigência de certame licitatório extraída do comando constitucional para a legislação ordinária, igualdade e isonomia são expressos pelo artigo 3º da LL, e a abordagem conjunta desses dois alicerces da atividade licitante implica a compreensão de que são institutos complementares.

Se por igualdade tem-se a posição atribuída por lei (ou pelo edital) aos licitantes, que, enquadrando-se nas mesmas condições, não são passíveis de privilégios ou detrimientos em relação aos demais, temos a igualdade intrinsecamente relacionada ao espírito competitivo que deve nortear todo o processo administrativo da licitação, sendo a competitividade cardeal ao certame. Maestralmente, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Eros Grau, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.070/RN, analisa a aplicação desses princípios no procedimento licitatório:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. LICITAÇÃO. ANÁLISE DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. CONSIDERAÇÃO DOS VALORES RELATIVOS AOS IMPOSTOS PAGOS À FAZENDA PÚBLICA DAQUELE ESTADO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. DISTINÇÃO ENTRE BRASILEIROS. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT; 19, INCISO III; 37, INCISO XXI, E 175, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É inconstitucional o preceito, segundo o qual, na análise de licitações, serão considerados, para averiguação da proposta mais vantajosa, entre outros itens os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado-membro. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 2. A Constituição do Brasil proíbe a distinção entre brasileiros. A concessão de vantagem ao licitante que suporta maior carga tributária

no âmbito estadual é incoerente com o preceito constitucional desse inciso III do artigo 19. 3. **A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração.** Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. **A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.** 4. **A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.** 5. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. 6. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o § 4º do artigo 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. (Grifo nosso)

Corolários, pela isonomia, extrai-se a diferenciação dada por lei com a finalidade de concretizar igualdade material quando presente uma desigualdade formal expressiva.

Dando cunho prático à aplicação desses institutos no que se refere à prática licitante, é possível exemplificar, na concessão de critérios diferenciados de contratação, as Microempresas (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP), enquanto fomento à atividade empresarial desses empreendedores. É assim que o art. 5-A da Lei nº 8.666/93 estabelece que “as normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei”, redação incluída pela Lei Complementar nº 147 de 2014.

Nessa seara, interessante a análise de que igualdade e isonomia compreendem institutos que apenas conduzem à concretização da justiça quando caminham conjuntamente. Isolada, a igualdade configuraria uma aquiescência às desigualdades que apenas a isonomia, enquanto destacante das diferenças, traz à baila.

2.4.2 Da seleção da proposta mais vantajosa para a administração

Não se admite que a contratação advinda do processo licitante reverta prejuízo à administração pública. Ao contrário, a licitação é o instrumento para obtenção da melhor proposta, atingida somente pela observância de todos os princípios e normas atinentes à atividade licitante. Exemplificando, tem-se que a melhor proposta advém da impessoalidade,

porque abstraída de preferências pessoais; bem como advém da larga competitividade, que amplia o leque de opções de contratação pelo órgão público.

Desse modo, entre as escolhas possíveis, caberá àquela que mais atenda ao interesse público, por ser esta a finalidade última de todo o procedimento licitatório.

Frise-se que o interesse público é aqui entendido amplamente, sendo aquele mais eficiente à administração não apenas sob o prisma da economicidade, embora o caráter pecuniário seja mais expressivo, considerando que a massa das contratações públicas é feita com base em critérios de julgamento de menor preço.

2.4.3 Da promoção do desenvolvimento nacional

Finalidade da licitação acrescentada pela redação da Lei nº 12.349/2010, a promoção do desenvolvimento nacional, disposta no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, reconhece a expressividade das contratações administrativas com vistas às políticas públicas e não apenas como satisfação estratégica das necessidades (i)mediatas da atividade administrativa.

Atribuindo viés econômico e social à licitação, estipular como finalidade licitatória o desenvolvimento nacional é, nas palavras de Filho, M. (2014, p. 75): “indispensável para assegurar a disponibilidade de recursos destinados à realização dos direitos fundamentais, em cujo núcleo se encontra a dignidade humana”.

Deveras, estando a atividade pública, em sua integralidade, voltada à consecução do interesse coletivo, a contratações públicas voltadas à promoção do desenvolvimento, implica dizer na atribuição instrumental dada a licitação, de concretização das atribuições estatais.

2.4.4 Da probidade administrativa

No estudo na improbidade é comum que se busque a diferenciação entre moralidade e probidade como institutos distintos.

(...) de acordo com a sistemática atualmente vigente no direito positivo pátrio, a improbidade não está sobreposta à imoralidade, tratando-se de conceito mais amplo que abarca não só componentes morais como também os demais princípios regentes da atividade estatal, o que não deixa de estar em harmonia com suas raízes etimológicas. Justifica-se, pois a epígrafe do agente público de *boa qualidade* somente podem estar aqueles que atuem em harmonia com as normas a que estão sujeitos, o que alcança as regras e os princípios. Estes, por sua vez, certamente não se limitam à moralidade administrativa, daí a noção de juridicidade. (GARCIA & ALVES, 2008, p. 105).

Entretanto, em que pese a densa distinção doutrinária entre esses institutos, sabidamente, Bulos (2011, p. 1011) assevera quanto ao caráter dispendioso dessa distinção:

Moralidade, probidade e boa-fé – o princípio da moralidade é de maior amplitude se comparado à probidade e à boa-fé. A probidade volta-se para um particular aspecto da moralidade. Já a boa-fé liga-se mais ao item de confiança. Enquanto vetor regente da relação administrador/administrado, reporta-se à tutela de um bem, de um valor ético-social, exteriorizado este último pela *confiabilidade*. A quebra do elemento confiança acarreta ruptura da boa-fé. Note-se que as noções de probidade e boa-fé estão implícitas, ou melhor, contidas, na própria concepção de moralidade. Ora, sendo assim, haveria alguma utilidade em procurarmos diferenciá-las categoricamente? Na realidade, é excesso pretender extrair de figuras complementares resultados diversos. É despiciendo, por exemplo, saber se um agente público agrediu a moralidade administrativa sem incorrer em improbidade ou se pela quebra do elemento confiança conspurcou a boa-fé.

Em que pese essa diferenciação doutrinária, entende-se que o alcance entre esses dois compreende uma construção comum e intrínseca entre si. Sendo assim, certa é a conclusão do doutrinador ao afirmar que “o imprescindível é a apuração de atos violadores da honestidade, da lisura dos negócios públicos, do desempenho lícito, legítimo e reto da conduta, que agredem um dever previsto na constituição e nas leis”.

A confiança da relação entre gestor e administrado, é, em qualquer ato ímprobo, uma afronta à boa-fé, que de regra já presumida mesmo nas relações privadas, ganha no estudo da coisa comum, qualidade de afronta à fé pública de que gozam os atos administrativos.

2.4.4 Da vinculação ao instrumento convocatório

O caráter vinculativo do instrumento convocatório, quer seja edital ou outro meio de publicidade, vincula tanto a administração quanto os licitantes. Para aquele, o art. 41 da LL afirma expressamente que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. É nesse contexto que Di Pietro (2010, p. 360) leciona:

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Corolário à observância da competitividade, o instrumento convocatório, utilizando-se, de regra, o edital, não pode conter especificações que restrinjam demasiado as hipóteses de

empresas habilitadas, o que poderia incorrer em burla à competição pelas exigências de critérios que só seriam possíveis de serem cumpridos por um número muito restrito, ou mesmo cumpridos por uma empresa singularmente, incorrendo em direcionamento de contratação e fraude ao caráter competitivo.

2.4.5 Do julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo significa que ao órgão licitante é exigido que os critérios de julgamento para seleção da melhor proposta a ser contratada pela administração, sejam fixados previamente, ou seja, que o julgamento das propostas seja feito objetivamente, sem quaisquer interferências subjetivas.

Essa indicação prévia dos critérios de julgamento, atendendo à competitividade característica da atividade licitatória, fará com que os propensos a contratar com o poder público se amoldem às exigências do contrato, cujas cláusulas também são previamente estabelecidas e publicadas para o conhecimento dos licitantes.

É com base nesse princípio que a fase de julgamento das propostas é ato vinculado da Comissão de Licitação, devendo ater-se ao tipo de licitação (ou seja, o critério de julgamento) então estabelecido⁴.

2.5 DISPENSA DE LICITAÇÃO

2.5.1 Conceito e diferenciações

A ausência de licitação ou, noutras palavras, a permitida contratação direta pela administração pública, é possível em duas hipóteses: quando se estiver diante das causas de dispensa do art. 17, I e II e art. 24 da Lei nº 8.666/93, ou quando se estiver diante de causas em que a licitação é inexigível.

Em primeiro plano, tem-se a distinção entre as hipóteses em que o administrador poderá dispensar a licitação (art. 24 da LL) e quando deverá fazê-la (art. 17 da LL). Doutrinariamente, essas duas circunstâncias são chamadas de hipóteses de licitação dispensável e dispensada, respectivamente.

⁴ Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (BRASIL, 1993).

Para a licitação dispensada, em estrita observância aos imperativos legais, há as situações em que a dispensa deverá acontecer, ou seja, quando subsumida no art. 17 da LL referente às alienações de bens imóveis pela administração pública. Desse modo, as diferenciações entre essas hipóteses de dispensa de licitação resumem-se no maior ou menor grau de discricionariedade dado ao licitante.

Já por inexigibilidade e dispensa, tratando sucintamente a diferença entre esses institutos, Di Pietro (2010, p. 365):

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

Oportuno esclarecer que, tratando a doutrinadora da dispensa como “competência discricionária da Administração”, essa afirmativa não deve ser confundida com o poder discricionário, de regra, insuscetível de controle judicial, que abraça a oportunidade e conveniência do administrador. Longe disso, a licitação é obrigação constitucional e legal, que atente a princípios basilares como a legalidade.

Doutro lado, a discricionariedade da dispensa, nos moldes externados por Di Pietro, dizem respeito à faculdade dada ao administrador de, no trato da coisa pública, mesmo podendo dispensar uma licitação porque a situação existente está subsumida nas hipóteses taxativas da Lei nº 8.666/93 (art. 24), poderá optar por, mesmo assim, realizar a licitação porque mais razoável, proporcional e conveniente ao interesse público.

Tem-se, assim, que, é inexigível a licitação quando se estiver diante de uma situação inviabilizante da competição, pois como o caráter competitivo é característica inerente ao processo licitatório, torna-se inviável a realização de licitação nesses casos. Dispensa e inexigibilidade podem ser definidas, portanto, como momentos distintos da atividade licitante, quando primeiro se analisará se a licitação é exigível e ao depois, se mesmo exigida, é ou não dispensada pela lei.

Por seu turno, se as hipóteses de dispensa estão elencadas no artigo 24 da LL e em rol taxativo, as hipóteses de licitação inexigível estão no rol exemplificativo, indicado pelo vocábulo “em especial”, do art. 25 da Lei nº 8.666/93. Ou seja, ao contrário da inexigibilidade, a dispensa de licitação encontra hipóteses definidas taxativamente no diploma legal.

2.5.2 Hipóteses legais de dispensa

A depender da doutrina adotada, inúmeras são as classificações dadas às hipóteses de dispensa trazidas pelo artigo 24 da Lei nº 8.666/93. *In casu*, optou-se pela classificação de Di Pietro (2010), para a qual as hipóteses de dispensa podem ser divididas em dispensa pelo valor, pelas circunstâncias, pelo objeto e pela pessoa.

A dispensa pelo valor compreende a análise da porcentagem dada pela lei a cada uma das modalidades licitatórias. As modalidades de licitação se apresentam em ordem gradativa, em que a competição é alargada ou restringida de modo diretamente proporcional ao montante aplicável à obra, serviço ou alienação objeto da licitação, bem como tendo em vista maior ou menor grau de publicidade do ato que convoca ou convida propensos contratados. São as modalidades de licitação, inclusive, conceituadas na redação dos parágrafos do artigo 22 pela própria LL, a Concorrência, Tomada de Preço, Convite e Concurso.⁵

Nesse contexto, é dispensada a licitação quando o valor da contratação não ultrapassar 10% do valor da modalidade licitatória. Ou seja, se a licitação seria da modalidade concorrência, cujo valor se refere a contratações de montante superior a um milhão e quinhentos mil reais, os contratos que precederiam de uma licitação no valor de 10% desse montante (incisos I-III do art. 24 da LL), podem ser dispensados, podendo o gestor optar pela contratação direta.

Aplicada, pois, a razoabilidade, incompatível com as situações excepcionais comprovadamente presentes, permite-se também a dispensa da licitação diante das circunstâncias especiais, possibilitando contratação direta, marcada pela rapidez compatível a uma situação que demanda mais celeridade, pois, nesses casos em que, pela circunstância excepcional, o interesse público urge por maior celeridade.

Nesse contexto, as situações excepcionais que permitem a dispensa de licitação são aquelas que, em geral presente a emergência nas contratações, não demandam a espera e demora do procedimento licitatório, mas requerem rápida contratação para suprimir ou remediar situações muitas vezes calamitosas. São os casos de guerra e grave perturbação da ordem, emergência e calamidade pública.

⁵ Como já mencionado quando da narrativa da evolução normativa da licitação, outra modalidade existente é o Pregão, institucionalizado na redação e publicação da Lei 10.520/2002, não estando prevista na lei geral de licitações (Lei nº 8.666/93). Essa modalidade vem galgando espaço pela praticidade e economicidade, pois não existe limite de valor; bem como caracterizada por larga competitividade pelo caráter eletrônico de sua atuação, abraçada pela rede geral de computadores.

Outro caso de licitação dispensada trazida pelo legislador em face de uma situação excepcional, é a ocorrida quando, antes, aberto regular processo licitatório, não acudiram interessados ao certame e a repetição do procedimento não pode ser realizada sem prejuízo à Administração. É a chamada licitação deserta, trazida pelo legislador no teor do inciso V do art. 24 da LL.

Ainda no discorrer das hipóteses de legal contratação direta, tem-se que a dispensa em razão do objeto é possível quando da redação dos incisos do art. 24 da LL, que, diante de determinados objetos, se dispense a licitação. É o caso, por exemplo, da compra ou locação de imóvel destinado a finalidades precípuas da administração, disposto no (art. 24) inciso X da Lei nº 8.666/93. Para este, interessante perceber que uma das condicionantes para tal dispensa é que a contratação direta seja feita com base no valor de mercado, sendo com ela compatível, sob pena de incorrer em prejuízo à administração se assim não o fosse.

Também utensílios necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, e a compra de gêneros perecíveis, estes, na época de realização da licitação correspondente, são casos em que a licitação pode não ocorrer, legitimando a contratação direta nesses casos.

Por derradeiro, quando em razão da pessoa, pode-se afirmar que o mais emblemático caso de dispensa nesses moldes, diz respeito às contratações feitas entre pessoas jurídicas de direito público interno, com outros entes da administração direta ou indireta. Com efeito, não haveria razão que desse lastro a criação por um ente a uma pessoa jurídica criada pela finalidade específica de fornecimento de bens e serviços; sendo essa a hipótese do art. 24, XXIII. Por motivo semelhante, pela redação do inciso anterior também se dispensa a licitação, possibilitando-se a contratação direta quando na contratação do fornecimento de energia elétrica e gás natural, com concessionário, permissionário ou autorizado.

2.6 DA EXCEPCIONALIDADE DA AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO

O cuidado do legislador no trato desse instituto é tamanho, que mesmo quando presente causa de dispensa ou inexigibilidade, a dicção legal é clara a respeito da necessidade de, mais uma vez, realizar-se um processo administrativo que contenha, nos termos do parágrafo único do art. 26 da LL: “caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; razão da escolha do fornecedor ou executante; justificativa do preço; documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados”.

Sendo assim, prescinde de mais um procedimento que assegure escorreita fundamentação e publicidade devida, possibilitando controle interno e/ou popular, nas hipóteses em que, com o permissivo legal, realize o poder público contratação direta.

Filho, C. (2014, p. 252-253), no capítulo referente à dispensa, aduz já no introito do estudo deste:

Há, porém, dois aspectos preliminares que merecem ser considerados. O primeiro diz respeito à excepcionalidade, no sentido de que as hipóteses previstas no art. 24 traduzem situações que fogem à regra geral, e só por essa razão se abriu a fenda no princípio da obrigatoriedade.

O outro diz respeito à taxatividade das hipóteses. Daí a justa advertência de que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência, ser ampliados pelo administrador. Os casos legais, portanto, são os únicos cuja dispensa de licitação o legislador considerou mais conveniente ao interesse público.

Sobremaneira diante da regra maior da existência da licitação, esses institutos – dispensa e inexigibilidade – estão carregados pela excepcionalidade. Corrobora Pazzaglini (2011, p. 81):

Portanto, a regra é a realização do processo de licitação. A dispensa (desobrigação, liberação) da licitação, de consequência, é medida de caráter excepcional e facultativa. Logo, somente pode ser autorizada por agente público competentes nas hipóteses enumeradas taxativamente no Estatuto da Licitação (art. 24 e seus incisos), constituindo *numerus clausulus*.

Prevenindo (ou prevendo) que gestores públicos pudessem malversar suas funções no trato desse instituto, o legislador infraconstitucional promoveu a proteção à lisura na realização dos procedimentos licitatórios, tipificando que a conduta de dispensar licitação fora das hipóteses legais configura crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 e, simultaneamente, incorre em ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário – ato ímprobo previsto na parte final do art. 10, VIII, da lei nº 8.429/92: “VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”.

3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 CONSTRUÇÃO SOCIAL E CONCEITO

O combate à improbidade em muito se confunde com o combate à corrupção. Costa (2000, p. 11), no prefácio à 1ª edição de “Contorno Jurídico da Improbidade administrativa”, já afirmava:

O fenômeno da corrupção política e administrativa – ocorível no âmbito da Administração Pública Nacional – não constitui preocupação apenas dos dias atuais nem configura característica exclusiva do povo brasileiro. Embora que, segundo revelam os veículos noticiosos da nossa mídia, nunca dantes, e em lugar nenhum do mundo, tais faltas de virtude dos nossos executivos públicos, políticos e governantes chegaram a patamares tão preocupantes quanto os da atualidade.

Na sequência, o autor faz ainda um questionamento em muito presente nos tempos hodiernos: “a realidade dos nossos dias será diferente?”. Sob os muitos contextos históricos e geográficos pelos quais esse questionamento pode ser enquadrado, correto afirmar que foi a preocupação com os atos de desonestidade que culminaram na necessidade de se enquadrar uma conduta como ímproba, ou ainda, de se definir o que seja a improbidade no trato da coisa pública.

É assim que a mencionada preocupação representa uma abordagem que, longe de representar mera pretensão teórica, denota, ao contrário, caráter de larga concretude social. Garcia e Alves (2008, p. 08) acentuam o caráter democrático da reprimenda aos atos corruptos:

O combate à corrupção não haverá de ser fruto de mera produção normativa, mas sim, o resultado da aquisição de uma consciência democrática e de uma lenta e paulatina participação popular, o que permitirá uma contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a conivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem ascender ao poder.

Há de se perceber que não apenas em âmbito cível de reparação de dano se buscou a lisura da atividade pública; já o Decreto-Lei nº 2.848, enquanto Código Penal ainda vigente, e datado do ano de 1940, possuindo título próprio aos chamados “crimes contra a administração pública”, já incluiu a tipificação de crimes como a corrupção ativa e passiva, e o delito de peculato.

Buscando não apenas punição por uma condenatória penal, diplomas normativos posteriores trouxeram em seu teor a preocupação de buscar reaver, ainda que minimamente, o prejuízo causado pelos atos desonestos dos gestores públicos. Nesse espírito, o Decreto-Lei nº

3240/1941 disciplinou o sequestro de bens da pessoa que cometesse crime do qual resultasse prejuízo para a fazenda pública. Linha semelhante seguiram as Constituições de 1946 e 1967, novamente tratando do sequestro e perda de bens, daquela feita em texto constitucional.

Entretanto, distinguindo-se de suas antecessoras, a vigente Carta da República de 1988 foi a primeira a consagrar, no teor da redação constitucional, a expressão “improbidade administrativa”, além de alargar as hipóteses sancionatórias para além do aspecto econômico, trazendo à baila punições de âmbito eleitoral como a suspensão dos direitos políticos, além da importante punição administrativa de perda do cargo.

Embora o inegável avanço, o texto constitucional é, nesse mesmo aspecto, alvo de críticas, porquanto tenha se limitado a elencar as consequências do ato ímprobo, sem que se oferecesse conceituação sobre o que é a improbidade em si; mas restringindo-se a estipular como punições aos atos ímprobos a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4º da CF/88).

Na senda de inúmeros Estados erguidos por sobre sólidos alicerces democráticos, onde os agentes públicos, além de exercerem a atividade finalística inerente à sua posição no organismo estatal, são efetivamente fiscalizados e conseqüentemente responsabilizados por seus desvios comportamentais, teve o Constituinte originário o mérito de prever a necessidade de criação de um microsistema de combate à improbidade. (GARCIA & ALVES, 2008, p. 178).

É nessa esteira que é editada a Lei nº 8.429/92. Ocorre que mais uma vez, também faltou ao legislador na edição da Lei nº 8.429/92, enquanto o microsistema a que se remete o autor supratranscrito, cujo diploma normativo também não assevera o que seja ato de improbidade administrativa. Desse modo, atribuindo-se à doutrina o conceito que lhe faltou o legislador, vislumbra-se que, dentre tantas impressões acerca da improbidade⁶, assenta o entendimento de que ela se direciona pela desonestidade e má-fé no trato da coisa pública.

Já Mattos (2010, p. 37), conceituando o ímprobo, assinala o caráter volitivo da conduta: “a intenção de fraudar à lei é condição subjetiva indispensável para o presente enquadramento, sob pena de vulgarização do que venha a ser o ato de improbidade administrativa, que, como visto, não se caracteriza como toda conduta ilegal, tem que estar presente a devassidão”.

Nessa direção, vislumbra-se que esse conceito se aperfeiçoa pelo caráter qualificado atribuído a um ato ilícito praticado pelo agente público no curso de sua função. É nessa direção que assinala Pazzaglini (2011, p. 03), ao acentuar que o ato de improbidade ultrapassa a noção de ilegalidade:

⁶ A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. (SILVA, 2015, p. 563).

Improbidade administrativa, pois, é mais que singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé. Em suma, pela falta de probidade do agente público no desempenho da função pública.

Possuindo maior amplitude que a legalidade, sedimentou-se o entendimento de que a caracterização da improbidade não visa punir a mera desobediência formal à lei, mas o desacordo com as regras administrativas realizado mediante desonestidade intencional do agente público. É assim que, mais que ilegalidade, improbidade também apresenta conotação fenomênica mais larga que a imoralidade, sendo esta espécie daquela. Nesse contexto, Ferrarresi (2011, p. 48) afirma “imoralidade é uma espécie de improbidade”.

Sendo assim, ímproba é aquela conduta marcada pelo desvirtuamento aos princípios e normas que regem a atividade administrativa, maculando um ato administrativo pela desonestidade e má-fé e importando em muitos casos, por consequência, quer seja em enriquecimento ilícito ou prejuízo erário *stricto sensu*.

3.2 DA LEI Nº 8.429/92

3.2.1 Dos sujeitos

A amplitude da Lei nº 8.429/92 é em muito apreciada quando se analisa os sujeitos que, pelo seu teor, podem se enquadrar como sujeitos, ativos ou passivos, do ato de improbidade administrativa. De fato, larga é a incidência da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), cuja aplicabilidade não se restringe apenas ao agente público, mas também estendida a quem de qualquer forma concorre para a conduta ímproba, incluindo mesmo terceiros beneficiados pelo ato de improbidade.

A participação do patrimônio público é o que justifica a atuação estatal e, corolário, pelas suas prerrogativas e também deveres, maior rigidez na atividade gerencial de pessoas jurídicas de direito privado quando, no trato da coisa pública, especialmente o patrimônio comum, se justifica pela indisponibilidade do interesse público que marca a atividade estatal por onde quer que ela passe; o que deve ocorrer, inclusive, sob o viés econômico.

3.2.1.1 Sujeito ativo

O sujeito ativo do ato de improbidade, – e, por conseguinte, o passivo de uma eventual Ação Civil por Improbidade correspondente – é aquele agente público definido pelo art. 2º da LIA como sendo “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

Sendo possível se falar em autor, coautor e partícipe do ato ímprobo, enquadram-se nessa definição os agentes públicos bem como os agentes políticos, assim também os servidores públicos, e mesmo os particulares que, ainda que transitoriamente e sem remuneração, são passíveis de responsabilização pelos atos praticados durante e pela prestação de um serviço público, como é o caso dos agentes delegados, concessionários e permissionários do serviço público; além de até mesmo poder-se responsabilizar terceiros beneficiados por ato ímprobo por aqueles praticados.

3.2.1.2 Sujeito passivo

Do outro lado dessa relação casuística, o sujeito passivo do ato de improbidade é aquele que sofre pelo ato ímprobo. Aqui, mais uma vez a largueza se apresenta (art. 1º da LIA) quando é possível sofrer ato de improbidade aquela entidade que, mesmo sendo de personalidade jurídica privada, recebe incentivo público.

Portanto, indo além da administração direta e indireta, visa-se proteger ainda a administração “fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público” ou, considerando quaisquer parcelas de investimento público, assinala-se pela “entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”.

3.2.2 Dos atos de improbidade administrativa

Pela leitura do art. 37, § 4º, da Carta Constitucional de 1988, a improbidade administrativa não foi definida pelo constituinte, o qual se restringiu a elencar as sanções aplicáveis àqueles que praticassem atos de improbidade.

Foi a edição da Lei nº 8.429/92 que definiu os atos de improbidade como sendo aqueles definidos entre os art. 9º a 11 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), em específico, dividindo-se entre as hipóteses de atos que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e naqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

3.2.2.1 Atos que importam em enriquecimento ilícito

Mesmo no âmbito privado, o direito possui a historicidade de reprimir o enriquecimento ilícito como causa injusta que ocorre em detrimento de outrem; e essa mesma reprimenda impera, ainda com mais vigor, no trato da coisa pública. É assim que o artigo 9º trata dos casos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, em verdadeira repulsa ao locupletamento.

Longe de reprimir o acréscimo patrimonial originado do trabalho regular, repreende-se a conduta de, em detrimento de outrem, auferir para si vantagem patrimonial indevida em razão de cargo, emprego, função ou atividade pública (art. 9º, *caput* da Lei nº 8.429/92).

Na caracterização dessa modalidade de ato de improbidade administrativa, tem-se, por desiderato lógico da ideia de procurar locupletar-se, que esse ato ímprobo só pode ser punível quando praticado dolosamente, não havendo de se falar em culpa pelo acréscimo patrimonial indevido.

A vantagem auferida a que se refere a tipificação em análise é ainda consagrada pelo entendimento de independência entre o enriquecimento ilícito e algum decréscimo patrimonial do erário, não havendo correlação entre eles para fins tipificadores de ato ímprobo pelo art. 9º da Lei nº 8.429/92.

Assim é que um agente que, tendo percebido vantagem indevida com valor econômico ou não, mas que de forma indireta lhe proporcione algum benefício material ou moral para agir de forma diversa do seu dever funcional, na defesa do interesse da sua instituição, incorre no enquadramento desta norma. (FILHO, B. 2014, p. 100)

Inumeráveis as hipóteses em que se poderá verificar essa obtenção indevida, vislumbra-se, pelo que se repetirá em nomenclaturas análogas nos artigos seguintes, que a expressão “notadamente” utilizada no *caput*, denuncia pelo caráter exemplificativo dos seus incisos, podendo ocorrer hipóteses outras além daquelas elencadas pelo legislador.

3.2.2.2 Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário

O art. 10 da LIA apresenta, de pronto, duas grandes distinções contrárias às demais tipificações de condutas ímprobas: a admissibilidade de condenação pela conduta culposa e imprescindibilidade de dano ao erário para sua capitulação.

Acerca do elemento volitivo, vislumbra-se que ao contrário do art. 9º e 11 da LIA, que admitem apenas a modalidade dolosa, aqui se admite a configuração do ato ímprobo também por culpa.

Além disso, ainda segundo consta expresso no *caput* do artigo, o prejuízo poderá advir de condutas dolosas e também condutas culposas, isto é, a improbidade existirá não somente quando o prejuízo for intencionalmente determinado, como também quando ocorrer a partir de negligência, imprudência ou imperícia da parte do agente. A situação é, aqui, diversa daquela existente em face de atos de improbidade enquadráveis no art. 9º ou no art. 11 da Lei, em relação as quais somente a dolosidade do agente permite o sancionamento. Como a tônica dos atos de improbidade previstos no art. 10 reside justamente no prejuízo ao Erário, o que leva à conclusão de que a busca de ressarcimento forma ponto relevante da discussão em torno de tais modalidades de improbidade, tem-se que a culpa em sentido estrito também pode caracterizá-la. Mesmo que o dano ao erário não lhe seja impingido propositalmente, ainda assim a situação poderá caracterizar-se como improbidade. (DECOMAIN, 2014, p. 121).

Há de se ressaltar que essa admissibilidade é carregada de excepcionalidade, apresentando visões doutrinárias defensoras da necessidade de uma culpa grave, em muito semelhante ao dolo e afastada das noções de imprudência, negligência e imperícia.

Com efeito, a punição por culpa *lato sensu* pode representar, quando indevidamente aplicada, descompasso com a própria noção de improbidade, já abraçada nesse trabalho e abordada no tópico primeiro deste capítulo, como sendo aquela conduta de intencional desonestidade.

Dessa forma, apenas seria aceitável a responsabilidade pela culpa, de modo excepcional, quando o agente, agindo com má-fé e deslealdade em relação à instituição a que pertence, realiza conduta com desleixo e negligência em relação à coisa pública em tal nível que assume o risco de causar lesão ao patrimônio público, sendo equiparável a sua ação ou omissão à própria atuação dolosa. (NEIVA, 2013, p. 104).

Além do elemento volitivo constante a todos os atos ímprobos, o artigo 10 da LIA, enquanto se visa a proteger a coisa pública de atos que ensejem prejuízo ao erário, requer-se para sua configuração a exigência de uma efetiva lesão, para que ela se possa configurar nos casos concretos apresentados aos operadores do direito no cotidiano forense.

Essa necessidade de demonstração de dano para caracterizar o ato de improbidade por

causar prejuízo é elemento probatório restrito ao art. 10 da LIA.

Para melhor compreensão do ato de improbidade administrativa, em análise, é oportuno esclarecer pela desnecessidade do dano em duas das três modalidades de atos ímprobos.

Na dicção do art. 21, I, da Lei nº 8.429/92, a aplicação das sanções previstas no art. 12 independe “da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público”, logo, não sendo o dano o substrato legitimador da sanção, constata-se que é elemento prescindível à configuração da improbidade.

À luz da sistemática adotada pela Lei de Improbidade, tal dispositivo seria completamente dispensável, pois, como deflui da própria tipologia legal, a presença do dano não é da essência de todos os atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º) ou que atentem contra os princípios regentes da atividade estatal (art. 11). Essa constatação é robustecida pelos feixes de sanções cominados a tais ilícitos, sendo claros os incisos I e III do art. 12 ao falarem em ressarcimento integral do dano, quando houver, o que demonstra de forma indubitosa a dispensabilidade deste.

De qualquer modo, a previsão normativa é justificável, pois a objetividade jurídica tutelada pela Lei de Improbidade não se encontra delimitada pela concepção de patrimônio público, possuindo amplitude condizente com os valores constitucionais que informam a atividade estatal, garantindo a sua credibilidade. (GARCIA & ALVES, 2008 p. 263).

Nesse diapasão, acerca do artigo 9º da Lei nº 8.429/92, que trata acerca dos atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito, importante julgado foi exarado pela primeira turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 08/03/2016, firmando o entendimento de que para a configuração deste é prescindível a ocorrência de dano ao erário.⁷ Entretanto, esse entendimento é construção recente e ainda gera controvérsia entre administrativistas. Di Pietro (2010, p. 826) assinala que para configuração de ato de improbidade administrativa, é necessária a existência além de sujeito passivo (uma das entidades do art. 1º da lei nº 8.429/92) e sujeito ativo (agente público ou terceiro que induz ou concorre para o ato) que age com dolo ou culpa, e a ocorrência de ato danoso que cause prejuízo ao erário ou atente contra os princípios da Administração Pública.

Doutro lado, no que se refere ao ato do art. 10 do diploma legal de improbidade, vem esclarecendo, *in passant*:

Observe-se, no entanto, que o disposto no art. 21, I, deve ser interpretado em harmonia com os demais preceitos da Lei de Improbidade, em especial o art. 10, já que para a subsunção de determinada conduta às figuras previstas neste dispositivo é imprescindível a ocorrência de dano ao patrimônio público, o que, por evidente, não poderia ser dispensado por aquele. (GARCIA & ALVES, 2008, p. 264).

⁷ Ainda que não haja dano ao erário, é possível a condenação por ato de improbidade administrativa que importe enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8.429/92), excluindo-se, contudo, a possibilidade de aplicação da pena de ressarcimento ao erário. STJ. 1ª Turma. Resp. 1.412.214-PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Benedito Gonçalves, julgado em 8/3/2016 (Info 580).

A imprescindibilidade de dano para caracterização desse ato de improbidade se justifica pela própria essência do mencionado artigo que, de fato, tipifica, no *caput*, aqueles atos que causam prejuízo ao erário.

É indispensável, para adequação da conduta neste dispositivo legal, que tenha ocorrido a efetiva lesão ao erário, sendo ônus do autor da ação civil de improbidade administrativa fazer a prova do dano e do nexo causal com uma conduta dolosa ou excepcionalmente culposa, equiparável ao dolo em razão de sua gravidade, nos termos destacados anteriormente (CPC, art. 333, I). A inexistência de efetiva lesão ao patrimônio público pode caracterizar, eventualmente, improbidade com base nos arts. 9º ou 11, conforme o caso.

De modo semelhante aos arts. 9º e 11, o rol deste dispositivo legal é exemplificativo, ao utilizar o advérbio "notadamente", que tem o significado de especialmente, sem que se exclua qualquer outra conduta que se amolde no *caput* do artigo analisado. (NEIVA, 2013, p. 112).

Sendo assim, embora prescindível aos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, é elementar ao artigo 10 da Lei de Improbidade que haja, dentro do caso concreto, prova de dano efetivo.

3.2.2.2.1 Erário X Patrimônio Público

Impera o questionamento do que seja, então, esse prejuízo; do que representaria, afinal, essa lesão ao erário. Pelo *caput* do art. 10, o dano ao erário deve ensejar, dentre outros, a “perda patrimonial”. Acerca do desfalque no patrimônio público, Filho, C. (2014, p. 1101) esclarece o que seja perda patrimonial:

A perda patrimonial consiste em qualquer lesão que afete o patrimônio, este em seu sentido amplo. *Desvio* indica direcionamento indevido de bens ou haveres; *apropriação* é a transferência indevida da propriedade; *malbarateamento* significa desperdiçar, dissipar, vender com prejuízo; e *dilapidação* equivale à destruição, estrago. Na verdade, estas quatro últimas ações são exemplos de meios que conduzem à perda patrimonial; esta é o gênero, do qual aquelas são espécies.

Por essa definição se percebe que o conceito de patrimônio é mais amplo que o de erário, atravessando mais abrangência ao tratar de bens, posse e gastos malfeitos. Por seu turno, mais restrito é o conceito geralmente atribuído a erário, para o qual se destina a tutela dos numerários públicos, suas receitas e recursos financeiros.

Decomain (2014, p. 29) levanta interessante perceptiva para o que o autor chama de “dificuldade conceitual”, fazendo um paralelo entre a ótica econômica e difusa desse conceito, quando critica essa visão civilista tradicionalmente atribuída ao setor privado e defende que este “necessita ser abandonado substituído por um enfoque finalístico de todo o patrimônio público”.

Com efeito, o ato de improbidade por prejuízo ao erário contemplou em sua composição a reprimenda à perda patrimonial, notadamente marcada pelo aspecto econômico do termo; no entanto, percebe-se que quando resgatada a ampla abordagem dos sujeitos passivos elencados pela legislação atinente aos atos ímprobos, percebe-se que também a titularidade do ente prejudicado pela(s) conduta(s) desonesta é alvo de estudo na conceituação do que seja patrimônio público.

Na esteira desse entendimento, Costa (2000, p. 23), abordando o caráter extrapatrimonial atribuído a lei de improbidade, ressalta:

É que a objetividade jurídica tutelada por tal infração não é apenas o acervo patrimonial público, e sim, com muito mais forte razão, a credibilidade do serviço público, que não poderá transigir com tais deformidades de honra e dignidade dos seus reais dinamizadores: o funcionalismo público. De modo que a improbidade administrativa, definindo-se intrinsecamente como transgressão de risco, não requer, para a sua configuração legal, que tenha a pessoa jurídica pública sofrido efetivamente prejuízo patrimonial.

O pensamento de Di Pietro (2010, p. 835), mesmo incluindo-se a autora dentre aqueles para quem não se concebe a ideia de improbidade administrativa sem dano ao patrimônio público, ela o entende amplamente:

Tem-se que entender que o dispositivo, ao dispensar o “dano ao patrimônio público” utilizou a expressão patrimônio público em seu sentido restrito de patrimônio econômico. Note-se que a lei de ação popular (Lei nº 4.717/65) define patrimônio público como “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1º, §1º), para deixar claro que, por meio desta ação, é possível proteger o patrimônio público nesse sentido mais amplo. O mesmo ocorre, evidentemente, com a ação de improbidade administrativa, que protege o patrimônio público nesse mesmo sentido amplo.

Não se olvide, portanto, que também pela dicção do art. 10 da Lei nº 8.429/92, o prejuízo ao erário também se apresenta pelo “desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei”. Acerca destes, Ferraresi (2001, p. 91) esclarece as expressões verbais utilizadas:

Segundo o vernáculo, perder é ficar sem a posse, passar a ter menos do que tinha; o agente que desvia bem público, por sua vez, altera o destino, extravia, desencaminha o dos fins a que se destina; apropriar-se implica tomar para si, tomar como propriedade, assenhorar-se dos bens ou haveres públicos. Malbaratar, a rigor, é vender a preço vil, acarretando prejuízo; mas o objetivo do vocábulo, no dispositivo ora em comento, é mais amplo, a significar também desperdiçar, dilapidar o erário. Por derradeiro, dilapidar quer dizer gastar desmedidamente, desperdiçar, esbanjar, dissipar, arruinar.

Nesse ínterim, o mesmo autor Ferraresi (2001, p. 92) afirma que “o legislador não foi econômico no uso de vocábulos. O objetivo é claro, é o de abranger as mais diversas situações em que se atinge o erário, desfalcando-o”.

In casu, objetar-se-á somente em relação ao vocábulo utilizado pelo autor – erário –, pois considerando a intenção da tipificação dos atos ímprobos, ou seja, seu aspecto teleológico de reprimenda à desonestidade e manutenção – ou (re)construção – de uma boa reputação pública, o prejuízo ao erário titulado pela expressão da Seção II do diploma legal em comento, abraça conceitos que ultrapassam um quantitativo pecuniário, mas ainda assim, mantendo-se o viés econômico, tutela-se interesses deveras amplo em detrimento de meros numerários, consoante se extrai da Lei n° 8.429/92, que disciplina no *caput* do art. 10 da LIA, um alargamento da ideia de lesão, também, para patrimônio público. Vide a distinção entre gênero e espécie explicada supra por Filho, C. (2014).

3.2.2.3 *Atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública*

Quando o caso concreto não se amoldar a quaisquer das hipóteses de atos ímprobos dispostas nos artigos anteriores, passa-se à análise de enquadramento ao art. 11 da LIA, que trata dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. Sendo assim, o artigo 11 caracteriza-se pela sua natureza residual, servindo apenas nos casos em que não se encontrar conduta tipificadora específica nos artigos antecedentes.

O art. 11 da LIA é de aplicação subsidiária ou residual, caso inexistir adequação típica do atuar do agente nos arts. 9º e 10 desta Lei, envolvendo conduta necessariamente dolosa que atenta contra os princípios da Administração Pública, com qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. (NEIVA, 2013, p. 146).

Nesse diapasão, não é forçoso afirmar que toda conduta ímproba, mesmo disposta em incisos dos artigos anteriores, atenta contra os princípios da administração pública, quer seja aqueles expressos na LIA, como aqueles norteadores da atividade pública em geral e espalhados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esse raciocínio se extrai quando, enquanto premissa de que servem a todo o trato da coisa pública, toda conduta desonesta caracteriza-se como ofensa a esses alicerces.

Pacífico é ainda o enquadramento nos casos de violação aos princípios expressos no *caput* do art. 11, em que o legislador se remete aos deveres de “honestidade, imparcialidade,

legalidade e lealdade”, como também quando há afronta a princípios como aqueles expressos na Constituição Federal de 1988 e outros dispostos na legislação, outrossim protegidos pelo abordado artigo da lei de improbidade administrativa.

Por seu turno, assemelhando-se ao art. 9º da LIA, e distanciando-se do art. 10 que admite – embora excepcionalmente, como visto, a conduta culposa; para esse, também, se requer um elemento volitivo carregado de consciência e vontade na atuação a que se busca subsumir à ato ímprobo que atente contra os princípios da administração.

3.2.3 Das sanções

Consoante abordado no início do presente capítulo, a amplitude das sanções previstas aos atos de improbidade após a Carta da República é benesse atribuída ao constituinte de 1988, que atribuiu maior severidade na reprimenda dos gestores públicos desonestos. Somado a isso, a LIA, carregada de razoabilidade, prevê uma gradação na aplicação das penalidades, as quais, a depender da gravidade do ato ímprobo que se visa punir, ter-se-á maior ou menor incidência temporal e monetária relativamente às sanções impostas em sentença condenatória.

Isto posto, para cada ato ímprobo, a própria LIA, em seu artigo 12, traz as suas respectivas responsabilizações apresentando uma gradação que considera os artigos de ato ímprobo por enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e afronta aos princípios da administração pública, do mais para o menos gravoso, respectivamente.

É assim que, a título exemplificativo, a pena de multa é de até três vezes o valor do enriquecimento para os casos do artigo 9º, de até duas vezes o valor do dano no caso do art. 10 e, por fim, de até cem vezes o valor da remuneração, nos casos do art. 11. Como dito, também há dimensão temporal distinta, alargando-se o período de suspensão dos direitos políticos para os casos mais graves, e subtraídos nos casos ditos como menos gravosos.

3.2.4 Da natureza dos atos de improbidade administrativa

A Constituição Federal de 1988 (art. 37, § 4º), após disciplinar as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, prevendo as já mencionadas reprimendas de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, disciplina que a existência destas ocorre “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Pela afirmativa final do artigo, salta a independência do ato de improbidade administrativa em relação à instância penal. Por suporte, importante ressaltar que muitos atos

de improbidade previstos na Lei nº 8.429/92 também configuram tipos penais: como a dispensa indevida de licitação prevista no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

Nesse contexto, além de previsão penal geral, há ainda diplomas normativos especiais, como é o caso da legislação aplicável aos prefeitos municipais que, quando praticados atos como o desvio e apropriação de bens e verba pública (art. 1º, I), respondem pelo Decreto-Lei nº 201/67. Este diploma normativo, quando visto como norma penal, já se afasta do ato de improbidade, e quando visto como norma política, não é diferente, porque a intenção precípua da improbidade não é afinal, uma extirpação política.

Atos de improbidade também não devem ser confundidos com ilícitos administrativos. Possuindo aplicabilidade própria pelos seus respectivos estatutos, em geral prevendo a instauração de Processo Administrativo Disciplinar (PAD), a repressão ao ilícito administrativo é realizada dentro da própria estrutura hierárquica do ente lesionado. Nos casos dos servidores públicos federais, por exemplo, o PAD encontra-se sob a regência da Lei nº 8.112/1990 e pela Lei nº 9.784/1999.

Essas diferenciações aplicáveis aos atos de improbidade afirmam-se pela tutela a institutos que, embora correlatos entre si, apresentam-se de finalidades distintas. Explica-se: o ilícito penal objetiva uma reprimenda social àquela conduta, além de possuir um caráter de reprimenda pelo praticado, como visto no crime do art. 89 da LL, que prevê além da pena de detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, a multa. Por sua vez, vislumbra-se que ao atribuir o poder de sanção pelo ilícito administrativo à própria administração, coteja-se que aquele servidor ou empregado público não deve permanecer nos quadros do ente que buscou prejudicar. De tutelas distintas, sua simultaneidade também não constitui *bis in idem*.⁸

Sendo assim, o ato de improbidade administrativa não é ilícito penal nem é ilícito administrativo, mas sua tutela busca pela proteção do patrimônio público através da lisura na gestão administrativa. Com efeito, se a Lei nº 8.429/92 se alicerça na probidade, sua proteção última é por tudo que concerne ao trato da coisa pública, suas rendas, bens e decisões administrativas, ou seja, tutela não apenas pelo erário – como visto – mas pelo largo patrimônio público.

⁸ Os crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei nº 201/1967 não impedem a subsunção também na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), na medida em que as condutas descritas na LIA, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativas de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade. (FERRARESI, 2011, p. 34).

Firmou o STF o entendimento de que os agentes políticos podem responder por crimes de responsabilidade e por atos de improbidade administrativa, sem que com isso se alegue a ocorrência de *bis in idem*. “Em mais de uma oportunidade, o STF deu mostras de que o precedente formado pela Reclamação 2138 não é mais seguido”. (FERRARESI, 2011, p. 34).

3.3 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Toda a atividade pública representa um interesse coletivo porque é no trato da coisa pública e na busca do bem comum que se baseia a atividade administrativa – marcada pelo seu aspecto gerencial – daquilo que é, de titularidade maior, do povo, por força da Carta da República de 1988 (art. 1º, § 1º).

Ora, o diploma normativo da improbidade administrativa, no seu teor, tutela interesses que vão além da perspectiva individual, pois abrange interesses difusos como o é o patrimônio público, cuja ampla perspectiva já foi objeto de nosso estudo.

Anotando pela ampliação da ação civil pública prevista no art. 129, III da CRFB/1988, Brandão (2009, p. 308) acentua por ser este “instrumento poderoso de controle da atividade administrativa”, e, continuando, afirma que “seu propósito é o de permitir ao Poder Judiciário resolver conflitos de interesses de proporções que vão além da expectativa individual de direitos, como os interesses difusos e coletivos, denominados: transindividuais”.

Seguindo esse raciocínio, a dicção da Lei nº 8.429/92 dispõe que “a ação principal terá rito ordinário e será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica de direito público interessada”. Sendo assim, embora em muito se atribua a Ação Civil Pública ao Ministério Público, este não é o seu titular único, podendo também figurar no polo ativo entes estatais da administração direta e indireta, além da Defensoria Pública.

Erigido o entendimento de que possui natureza de Ação Civil Pública (ACP), construiu-se que a LIA não apresenta incongruências com a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), ao contrário, lhe atribui pertinente peculiaridade quando, por exemplo, reverte o numerário das ações ressarcitórias ao ente lesionado em concreto pelo ato ímprobo, ao contrário do diploma da Lei nº 7.347/85, que as reverte ao “fundo de defesa dos interesses difusos”.

À parte de sua especialidade, ao trâmite para instauração e instrução acerca da prática de ato de improbidade administrativa é, portanto, aplicada a sistemática adotada pela Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa.

3.3.1 Prazo prescricional

Prescrição representa um imperativo da segurança jurídica, consistindo na perda da pretensão de exercício de um direito judicialmente, para aquele que, marcado pela inércia, deixa transcorrer período de tempo previamente estabelecido em lei, no qual se lhe era permitido

exercê-lo. Desse modo, apresenta-se como regra asseguradora da segurança jurídica e da impossibilidade de conferir a outrem poder *ad infinitum* de pretensão executória de um direito – por executória, entenda-se, em sentido amplo, pelo ato de acionar judicialmente.

Por costumeiro, frisa-se, ainda, a distinção entre a prescrição e o instituto da decadência, cuja diferenciação, dentre outros aspectos, permite, para a prescrição, na manutenção do direito subjetivo, restringindo-se a perda à pretensão executória do direito pela via acionária; enquanto que para a decadência apresenta-se a perda do direito em si.

Acerca do prazo prescricional aplicável às ações decorrentes de ato de improbidade administrativa, o art. 23, inc. I, da Lei nº 8.429/92 disciplina o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, sendo o termo inicial desse lapso temporal contado a partir do “término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança”.

Nessa esteira, foi sedimentado o entendimento de que em caso de reeleição, contar-se-á o referido prazo a partir do término do último mandato; de fato, essa abordagem se justifica pela constatada prática forense de que, estando ainda no comando gerencial da coisa pública, por vezes os atos praticados durante a gestão podem ser menos propensos à fiscalização. Assim, coerente iniciar-se o prazo prescricional apenas após a retirada do ocupante da função, a qual é em muito exercida através de controle e influência política nas suas respectivas localidades.

Na aplicabilidade do mesmo inc. II, em caso de ser o agente ocupante de cargo ou emprego efetivo, o prazo será contado a partir da consumação do ato ímprobo, possuindo o prazo previsto em lei específica por falta disciplinar punível com demissão.

O inc. III do art. 23 traz novo termo inicial para contagem do prazo prescricional, disciplinando-o como sendo a partir da “apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei”.

Observados os termos iniciais de cômputo, quando passado os prazos disposto na lei de improbidade, restará prescrito o direito de ação, prejudicando o mérito de eventual ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Entretanto, o mesmo não ocorre com as ações de ressarcimento ao erário, decorrentes de atos ímprobos, que, mesmo quando prescritos para fins de responsabilização do art. 12 da Lei nº 8.429/92, estão resguardados pelo manto da imprescritibilidade atribuída pelo texto constitucional. É a aplicabilidade da exceção constitucional da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, alicerçadas no teor do art. 37, § 5º da CRFB/1988.

Nesse desiderato, entendida a prescrição, a dicção constitucional ganha notável amplitude quando analisada sua disciplina final segundo “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos

ao erário ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Sobre o tema, interessante mencionar importante julgado exarado pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 669069, datado de fevereiro do ano de 2016, que asseverou pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário apenas naquelas situações danosas decorrentes de atos de improbidade administrativa, apartando do manto dessa exceção àquelas decorrentes de ilícito civil, para as quais ainda deve imperar a regra da prescritibilidade.

A leitura do dispositivo constitucional (art. 37, § 5º da CRFB/1988), somada à tradição jurídica de prescritibilidade, deixa transparecer a importância dada ao instituto da improbidade administrativa, quando vista a existência da excepcionalidade da regra da prescrição em casos de necessário ressarcimento pelo prejuízo.

4 DA DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1 DA ABRANGÊNCIA DO INCISO VIII DO ART. 10 DA LEI 8.429/92

A previsão normativa do inc. VIII do art. 10 da Lei n° 8.429/92, tratando acerca dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, abarcou no mencionado inciso condutas mais amplas que a irregular contratação direta; também a frustração da licitação, notadamente seu caráter competitivo – conduta que ainda encontra tipificação de ilícito penal pelo art. 90 da Lei n° 8.666/93 – é protegido pela previsão civilista enquanto ato de improbidade. A título exemplificativo, pode-se ainda elencar a subsunção ao art. 10, VIII da LIA, desde lacunas cronológicas no processo físico, ausência de publicação de edital, fracionamento indevido para se enquadrar em modalidade de licitação diversa, alteração do objeto contratado ou das formas de pagamento, ou mesmo a contratação de serviços ou obras inexistentes.

Incluído pela Lei n° 13.019/2014, importante inovação legislativa acerca das parcerias voluntárias celebradas entre o Estado e o terceiro setor da economia, o inc. VIII passou a incluir seu manto protetivo ao processo seletivo de celebração de parcerias, mostrando-se atento ao dever de observância à impessoalidade – no caso, através da realização de um prévio processo, embora simplificado, objetivo – mesmo para aqueles que não integram a administração pública.

É assim que a lei apresenta mais de uma conduta passível de subsunção na dicção de: “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”.

Nesse esteio, Decomain (2014, p. 133) confirma a abrangência do instituto em apreço:

O inciso VIII, do art. 10, da Lei n. 8.429/92, refere-se a dispensar indevidamente o procedimento licitatório. Essa expressão deve ser interpretada extensivamente, de sorte a abranger tanto as situações de dispensa de licitação, previstas pelo art. 24 da Lei n. 8.666/93, quanto as situações de inexibibilidade, elencadas no art. 25. Desta sorte, por indevida dispensa de licitação deve entender-se toda situação em que a compra de bem ou serviço, ou a alienação de bem pela Administração Pública seja feita sem procedimento licitatório, sem que se esteja, todavia, em face quer de situação de dispensa, quer de situação de inexibibilidade.

Na proteção à lisura das contratações públicas, o mencionado inciso é aplicável, outrossim, naquelas hipóteses em que quando não se está diante de mera irregularidade formal de dispensa; por exemplo, quando, devida a dispensa de licitação, o gestor público deixa de realizar o procedimento administrativo regular e justificador da dispensa.

Por sua vez, abstratamente, sendo a licitação a regra dentro das contratações públicas, a sua ausência por escolha pessoal do gestor da coisa comum, se apresenta como conduta ímproba tipificada na parte final do art. 10, VIII da Lei n° 8.429/92, sendo este o objeto de estudo do presente trabalho. Desta feita, concentra-se naquelas hipóteses em que, sendo obrigatória a realização de procedimento licitatório prévio à contratação, o gestor público, desonestamente, opta por contratar diretamente com pessoa física ou jurídica por ele escolhida com base em critérios pessoais.

4.2 DOS ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS

Como delineado em tópicos anteriores acerca do art. 10 da LIA, o mencionado artigo encontra-se na Seção II da legislação em estudo, sendo sua previsão de atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. Pela sistemática adotada e, notadamente, pela nomenclatura utilizada na seção II – erário – o entendimento jurisprudencial tem, em parte, requerido pela comprovação de prejuízo efetivo pela dispensa; ou seja, requer-se um prejuízo quantificável. De logo, se vislumbra que essa exigência não comporta maiores problemáticas quando diante de uma contratação direta marcada pelo superfaturamento. Costa (2000, p. 93) assinala por esse entendimento de aferição de prejuízo apenas quando se estiver diante de montante superior ao valor de mercado para os casos dos incs. IV e V do artigo 10, afirmando que, se ausente, estar-se-á então se tratando de subsunção – subsidiária – do art. 9 da LIA ao tratar de atos de improbidade por enriquecimento ilícito.

Nestas duas hipóteses, o delito disciplinar somente se consuma com a efetivação do dano ao erário, o que significa dizer que, mesmo havendo a intenção do agente público em sentido contrário, tratando-se de preço de mercado, tanto na venda quanto na aquisição, não terão ocorrido tais casos de dano ao erário. Podendo o comportamento do servidor ser enquadrado no tipo de enriquecimento ilícito genérico previsto no art. 9º da Lei n° 8.429/92, caso tenha auferido alguma vantagem.

Há de se lembrar que também as hipóteses dos mencionados incisos – IV e V – se referem às contratações públicas e a transvio no trâmite do procedimento licitatório, razão pela qual o mesmo autor (COSTA, 2000, p. 94) faz a ressalva pela inaplicabilidade desse entendimento no que se refere ao enquadramento do inc. VIII do art. 10 do mesmo diploma legal, adotando o entendimento de que “a consumação dessa infração disciplinar não requer o dano efetivo ao erário, conformando-se tão somente com a potencialidade debuxada na conduta do agente público”.

Cediço que a dispensa, por si só, já se encontraria subsumida em casos de afronta a princípios administrativos de impessoalidade e moralidade, além de outros específicos à atividade licitante como a competitividade. Entretanto, fazendo-o no capítulo de atos ímprobos que causam prejuízo ao erário, a dispensa de licitação encontra uma previsão específica pelo legislador, o inc. VIII do art. 10 só pode ser preterido quando deveras ausente a conduta volitiva exigida e o dano. Por este último, impera esclarecer pelo entendimento pacificado de sua exigência, sendo outra a contraposição marcante acerca desse dano: a (im)possibilidade de sua presunção.

A doutrina clássica adversa à possibilidade de dano presumido na configuração dos atos de improbidade administrativa, dentre eles, Di Pietro (2010, p. 826) permanece na dicção de que o dano efetivo é requisito para se ter um ato ímprobo, especialmente ao se tratar de ato de improbidade do art. 10 da LIA. Também Mattos (2010, p. 34) entende pela impossibilidade de ato ímprobo subsumido na Lei nº 8.429/92, especialmente no que se refere à ausência de dano ao erário, ao afirmar “a falta de prejuízo ao erário além de retirar a virilidade da ação de improbidade, permite que o ato administrativo que se afigure como inábil ou defeituoso, seja convalidado, em respeito à proeminência do interesse público”.

Há de ressaltar que, mesmo aqueles que entendem possível a presunção do dano como inerente à conduta da dispensa indevida, partem da premissa de que este prejuízo ao erário é de fato necessário à configuração do ato de improbidade administrativa do art. 10 da Lei nº 8.429/92. Nesse diapasão, coaduna-se a indispensabilidade do dano na caracterização do ato ímprobo do art. 10 da lei de improbidade:

Qualquer irregularidade na função pública, mesmo que cause prejuízo ao erário, para se encaixar nos termos da presente lei deverá possuir a inescapável presença da desonestidade do agente público, do contrário não será ato ímprobo.
A falta de prejuízo ao erário além de retirar a virilidade da ação de improbidade, permite que o ato administrativo que se afigure como inábil ou defeituoso, seja convalidado, em respeito a proeminência do interesse público. (MATTOS, 2010, p. 34)

O mesmo autor ainda assinala:

A simples dispensa do processo de licitação, por si só, não é motivo para a subsunção na presente Lei de Improbidade Administrativa, pois é necessário o binômio ilegalidade com prejuízo ao erário. Isso porque, o inciso em tela é abrigado no caput do art. 10, que estabelece atos de improbidade que causem lesão ao erário. (MATTOS, 2010, p. 306)

Em princípio, não se olvide a amplitude dada pelo *caput* do artigo 10 da Lei nº 8.429/92 em detrimento do restrito conceito de erário trazido como título da seção II do diploma legal, e trabalhada no capítulo anterior deste estudo, distinguiu-se o dano ao erário e a lesão ao patrimônio público, na medida em que aquele é espécie deste, sendo o patrimônio público instituto mais amplo e nem sempre indicador de prejuízo econômico. Reforça-se:

No art. 1º da Lei nº 8.429/1992, o vocábulo “erário” é utilizado como substantivo designador das pessoas jurídicas que compõem a administração direta e indireta, contribuindo para a identificação do sujeito passivo dos atos de improbidade, podendo ser enquadradas sob tal epígrafe as entidades para as quais o “erário” haja concorrido para a formação do patrimônio ou da receita anual, no percentual ali previsto. Assim, o vocábulo é utilizado para estender a possibilidade de aplicação das sanções legais àquele que pratique atos de improbidade em detrimento de pessoas jurídicas que não integram a administração direta e indireta; o que, longe de excluir a possibilidade de lesão ao “patrimônio público”, atua como forma de extensão da proteção legal a situações ordinariamente não abrangidas pela integralidade do conceito (...). O art. 10 fala em “lesão ao erário” “que enseje perda patrimonial”, o que denota que não são situações excludentes, mas elementos designativos de noções diversas, versando a primeira sobre o sujeito passivo do ato de improbidade e a segunda a respeito do resultado deste. Não bastasse isso diversos incisos do art. 10 referem-se a patrimônio, noção eminentemente mais ampla do que erário. (GARCIA & ALVES, 2008, p. 253).

Sendo assim, vislumbra-se que a bifurcação dos entendimentos de subsunção da dispensa ao art. 10, VIII não se dá pela imprescindibilidade de prejuízo à administração pública, mas sim pela afirmativa de possibilidade da presunção desse dano.

4.3 DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

A bifurcação pela (im)possibilidade de presunção do dano ao erário para caracterização de atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92 estende-se ainda pelos tribunais de segundo grau de jurisdição, além dos tribunais superiores, existindo julgados filiados às duas correntes, mesmo quando se está diante do mesmo órgão julgador.

É o caso do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, no julgamento do Recurso Especial (REsp) 1376524 RJ, de relatoria do ministro Humberto Martins, exarou, em setembro de 2014, o entendimento de que a parte final do art. 10, VIII da 8.429/93 – “ou dispensá-los indevidamente” – é configurado pelo dano presumido. Sendo dano *in re ipsa*, presumiu-se o dano ao erário como advinda do ato de dispensa indevida:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. DANO IN RE IPSA.** SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONTRATADA CUJO RECURSO NÃO FOI CONHECIDO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO NA QUALIDADE DE TERCEIRA PREJUDICADA. POSSIBILIDADE, POR FORÇA DOS ARTIGOS 3º E 5º DA LEI N. 8.429/1992 E DO ART. 499, § 1º DO CPC. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA N. 211 DO STJ.

1. Em observância aos princípios da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) e objetivando que a solução do litígio seja alcançada da forma mais célere possível (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), deve-se considerar que a sociedade empresária recorre na qualidade de terceira prejudicada, mormente porque, no caso, ela compõe o polo passivo da ação de improbidade por ter-se beneficiado de contratação procedida por meio de dispensa, indevida, de licitação, o que denota o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica que foi submetida à apreciação judicial. 2. "Em regra, é a parte sucumbente quem tem legitimidade para recorrer. O art. 499, § 1º, do CPC, contudo, assegura ao terceiro prejudicado a possibilidade de interpor recurso de determinada decisão, desde que ela afete, direta ou indiretamente, uma relação jurídica de que seja titular" (REsp 1319626/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013). 3. O recurso especial não merece conhecimento, à luz da Súmula n. 211 do STJ, em razão da ausência de prequestionamento dos artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º e 9º da Lei n. 8.429/1992. 4. A pretensão condenatória do Ministério Público foi manifestada com o ajuizamento da ação de improbidade, no prazo de 5 anos previsto no art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992. Não há, pois, como concluir pela ocorrência da prescrição da pretensão condenatória. 5. É que, na melhor interpretação do art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992, tem-se que a pretensão condenatória, nas ações civis públicas por ato de improbidade, tem o curso da prescrição interrompido com o mero ajuizamento da ação dentro do prazo de cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança. 6. Assim, à luz do princípio da especialidade (art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro - DL n. 4.657/1942) e em observância ao que dispõe o art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992, o tempo transcorrido até a citação do réu, nas ações de improbidade, que já é amplo em razão do próprio procedimento estabelecido para o trâmite da ação, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição, uma vez que o ajuizamento da ação de improbidade, à luz do princípio da actio nata, já tem o condão de interrompê-la. 7. O STJ tem externado que, em casos como o ora analisado, "o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e consequente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação)" (REsp 1280321/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012). 8. Quanto à alegação de inexistência de ato de improbidade por parte da recorrente, que argui ter prestado o serviço de boa fé, o recurso não merece prosperar, à luz dos entendimentos das Súmulas n. 7 e n. 211 do STJ. 9. A ausência de menção do Tribunal de origem, quanto à intenção da sociedade empresária recorrente ou sua participação na conduta ilícita, não tem o condão de induzir à conclusão de que não pode ser apenada pela Lei de Improbidade, a qual, aliás, é clara ao estabelecer que "as disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta" (art. 3º); e que, "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" (art. 5º). Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (STJ - REsp: 1376524 RJ 2012/0110410-8, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 02/09/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/09/2014. Grifo nosso).

O mencionado julgado tratava do caso em que o prefeito teria fracionado o valor do contrato para, fraudulentamente, se enquadrar em hipótese de dispensa de licitação pelo pequeno valor, o que é vedado pela lei de licitações nº 8.666/93⁹. Na hipótese, o STJ entendeu que ao Ministério Público, autor da ação civil de improbidade, bastava comprovar a prática do ato de dispensa indevida, presumindo-se, por essa conduta, o prejuízo ao erário.

Esse entendimento, sendo, inclusive, concomitante àqueles de entendimento diverso, exarados pelo mesmo tribunal (como será possível confrontar adiante pelos julgados em sentido contrário), é mantido pela segunda turma do tribunal da cidadania em julgados posteriores.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 10 DA LEI 8429/92. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. PRECEDENTES DO STJ.** REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA. FÁTICO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A 2ª Turma do STJ possui entendimento no sentido de que a dispensa indevida de licitação ocasiona prejuízo ao erário in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, em razão das condutas dos administradores. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no AREsp 178.852/RS, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 22/05/2013; REsp 817.921/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 06/12/2012.

2. Na hipótese dos autos, a análise da pretensão recursal, no sentido de rediscutir a razoabilidade ou proporcionalidade das sanções aplicadas, com a consequente reversão do entendimento exposto pela Corte a quo, exigiria, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. O recorrente não cumpriu os requisitos recursais que comprovassem o dissídio jurisprudencial nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, pois há a necessidade do cotejo analítico entre os acórdãos considerados paradigmas e a decisão impugnada, sendo imprescindível a exposição das similitudes fáticas entre os julgados. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1512393 / SP - Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES – SEGUNDA TURMA – Julgamento 19-11-15 – Publicação – 27-11-15. Grifo nosso).

Se a segunda turma do STJ possui esse entendimento, por outro lado, existem julgados que afirmam pela impossibilidade dessa presunção. A razão dessa impossibilidade é em muito hermenêutica do *caput* do art. 10 da LIA, de modo que se requer uma comprovação efetiva do prejuízo, um dano quantificado. Nesse contexto, urge o entendimento do tribunal da cidadania:

⁹ Art. 23. § 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. (BRASIL, Lei nº 8.666/93, com redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.498.692 - SP (2014/0299856-4) RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES RECORRENTE: BEATRIZ DE SOUZA DIAS ADVOGADO: JUVENAL ANTÔNIO TEDESQUE DA CUNHA RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. INTERES: ABEL DAVID ALVES ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **DISPENSA DE LICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. NECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO.** RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional contra acórdão, assim ementado (fl. 1.001): AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Improbidade administrativa decorrente de dispensa de licitação. Contratação de prestador de serviço sem licitação. **Caracterizada improbidade administrativa (art. 10 da Lei n. 8.429/92). Lesividade presumida. Correta aplicação das sanções nos termos do art. 12 da LIA, inclusive no tocante à devolução proporcional dos valores recebidos.** Recurso não provido. Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 1.054-1.059): Nas razões do recurso especial, além de divergência jurisprudencial, a recorrente alega violação ao art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/92, sustentando a inexistência de dano ao erário, bem assim a impossibilidade de acolhimento de dano presumido (fl. 1.092). Afirma, ainda, que o serviço foi devidamente prestado. Contrarrazões (fls. 1.134-1.137). Admitido o recurso especial (fls. 1.140-1.141), subiram os autos. O Ministério Público Federal ofertou parecer pelo não conhecimento do recurso (fls. 1.152-1.157). É o relatório. Decido. Devidamente preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso. O Tribunal a quo consignou que no reconhecimento da conduta descrita no inciso VIII do artigo 10 da Lei n. 8.429/92 (frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente), a lesão é presumida (fl. 1.002). A orientação adotada no acórdão recorrido destoa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que entende como indispensável a prova de dano ao erário, sendo inadmissível o dano presumido. Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados: AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRATO ADMINISTRATIVO ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, III, DO CPC INEXISTÊNCIA AUSÊNCIA DE PRÉVIA LICITAÇÃO OFENSA AO ART. 4º, III, A, DA LEI N. 4.717/65 DANO PRESUMIDO NÃO CONFIGURADO ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO (REsp 1020313/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 23/03/2010) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. AFRONTA AOS ARTS. 458, I, E 165 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO RECONHECIDO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DOLO. ANÁLISE DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. VERIFICAÇÃO DO PREENCHIMENTO DE REQUISITOS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...) 3. **A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo)** e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma Lei (enriquecimento ilícito e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública), os quais se prendem ao elemento volitivo do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo. 4. Na hipótese, os agravantes foram condenados pela prática de ato de improbidade administrativa, porquanto caracterizada a lesão ao patrimônio público e dolo na atuação dos agentes, pois não preenchidos os requisitos necessários à inexigibilidade de licitação. 5. Rever as conclusões do Tribunal de origem sobre a existência de dolo na conduta dos agentes, bem como os elementos que ensejaram os atos de

improbidade, implica o reexame dos elementos fático-probatórios, o que não é possível pela via eleita (Súmula 7/STJ). 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 560.613/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 09/12/2014) ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRIBUNAL A QUO QUE CONSIGNOU A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. EXEGESE DO ART. 12, III, DA LEI 8.429/92. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. (...) 4. **A leitura atenta do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92 não deixa pairar qualquer dúvida de que a imposição de ressarcimento em decorrência de ato improprio perpetrado por agente público só é admitida na hipótese de ficar efetivamente comprovado o prejuízo patrimonial.** 5. **Deveras, é ressabido que o dano material reclama a prova efetiva de sua ocorrência, porquanto é defesa condenação para recomposição de dano hipotético ou presumido. Ademais, à mingua de prova respeitante ao prejuízo, o eventual ressarcimento caracteriza locupletamento indevido (Precedentes: EREsp 575551/SP, Relatora Ministra Nancy Andriighi, Corte Especial, DJ de 30 de abril de 2009; REsp 737279/PR, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 21 de maio de 2008; e REsp 917.437/MG, Relator Ministro Francisco Falcão, Relator para acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 1 de outubro de 2008).** 6. No caso sub examinem, o Tribunal a quo, soberano na análise do arcabouço fático-probatório dos autos, consignou que [...] "é irrelevante se os serviços foram efetivamente prestados para o Município" [...] (fl. 1.937), bem como que, [...] "mesmo que os serviços tenham sido efetivamente prestados, estará o Município se locupletando" [...] (fl. 1.938). Logo, ressoa evidente que os servidores, apesar de terem sido contratados sem a devida realização de concurso público, prestaram os serviços que lhes foram designados, de modo que inexistiu prejuízo a ser reparado. 7. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido (REsp 1.113.843/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3.9.2009, DJe 16.9.2009.) Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial. Intimem-se. Publique-se. Brasília, 05 de março de 2015. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES Relator (STJ – REsp: 1498692 SP 2014/0299856-4, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Publicação: DJ 10/03/2015. Grifo nosso).

Dividido o próprio tribunal superior, também tribunais de segunda instância aparentam diferentes entendimentos. O Tribunal de Justiça (TJ) do Ceará aplicou a presunção do dano no seguinte julgado:

APELAÇÃO. LIBERAÇÃO DE VERBAS. INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS LEGAIS. ORDENAÇÃO DE DESPESAS POR "BILHETES". ALEGAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZADA. **PREJUÍZO AO ERÁRIO PRESUMÍVEL. DANO "IN RE IPSA".** APELO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Trata-se de Apelação interposta em face da decisão que julgou improcedentes os pedidos iniciais, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do artigo 269 do Código de Processo Civil, por entender que não houve dolo no ato para a configuração da improbidade administrativa. 2. Os ilícitos administrativos supostamente imputados ao recorrente consistem em desvio de R\$ 549.000,00 (quinhentos e quarenta e nove mil reais) das verbas do FUNDEF, atrasos nos pagamentos dos servidores públicos, fornecedores de bens e mercadorias e prestações de serviços contratados pelo Município, além de ordenação de despesas e de emissão de cheques pré-datados sem o cumprimento das formalidades legais. 3. Para que haja condenação nos casos previstos no artigo 10 da Lei nº 8.429/92 é

necessária a configuração de conduta ao menos culposa do agente público que viola os princípios da Administração, assim como a existência de prejuízo ao erário ou de enriquecimento ilícito, os quais são os bens protegidos pela lei de improbidade. 4. Analisando os elementos de prova constantes no caderno processual, documentos, depoimentos e extratos bancários, em conjunto com as alegações das partes, verifica-se que há suficiente prova de ato ímprobo. 5. **Restou provado nos autos que várias despesas foram realizadas e prestações contratadas sem o devido processo de licitação ou mesmo a motivação de sua dispensa, caracterizando a ocorrência do disposto no artigo 10, VIII e XI, da Lei de Improbidade Administrativa.** 6. Reputa-se inadmissível que os gestores, agentes públicos no exercício de função de relevância, desvirtuem suas atribuições, favorecendo "pessoas determinadas" em detrimento dos demais interessados na prestação do objeto licitado ou contratado sem licitação da Administração Pública. 7. **O simples fato de dispensar licitação de forma ilícita, por si só, já representa dano, uma vez que ao deixar de contratar a proposta mais vantajosa, fica caracterizado o prejuízo ao poder público pela conduta ímproba. O prejuízo é presumido, "in re ipsa", ou seja, decorrente do próprio ato praticado.** 8. Apelo conhecido e provido. ACÓRDÃO Acordam os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos da Apelação Cível, processo nº 0001217-52.2000.8.06.0000, por unanimidade, por uma de suas Turmas, em conhecer do apelo para dar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Relator. Fortaleza, 24 de fevereiro de 2016. (TJ-CE - APL: 00012175220008060029 CE 0001217-52.2000.8.06.0029, Relator: HERACLITO VIEIRA DE SOUSA NETO, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 29/02/2016. Grifo nosso).

Destoante é o esposado pelo TJ do estado de São Paulo (SP) cujo tribunal entende que apenas quando houver comprovado dano, especialmente pelo superfaturamento ou inexecução do contrato, estar-se-á diante de ato ímprobo por dispensa indevida de licitação:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – CONTRATAÇÃO DIRETA – AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – DANO MATERIAL AO ERÁRIO OU SUPERFATURAMENTO – NECESSIDADE DE PROVA AINDA QUE INDICIÁRIA. 1. A indisponibilidade de bens pressupõe a existência de prova, ainda que indiciária, de prejuízo material ao erário. **Há dano material quando a obra ou os serviços não são prestados, ou quando são prestados em desacordo com o contratado, mas ainda assim remunerados como se tivessem sido prestados. Ou quando houve superfaturamento em comparação aos preços praticados no mercado. O valor do contrato por si só, se a obra ou o serviço foi prestado e não há prova de superfaturamento, é contraprestação devida pelo contratante e não prejuízo ao erário.** 2. É a lesão patrimonial ao erário ou o enriquecimento ilícito – e não o ato de improbidade em si considerado – que justifica a decretação da indisponibilidade dos bens do agente (artigos 7º, 9º e 10, da Lei nº 8.429/92). 3. Falta de plausibilidade do direito invocado pela ausência de prova, ainda que indiciária, de dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito do agente. Indeferimento da indisponibilidade de bens. Admissibilidade. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - AI: 21761013320158260000 SP 2176101-33.2015.8.26.0000, Relator: Décio Notarângeli. Data de Julgamento: 11/11/2015, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/11/2015. Grifo nosso).

O julgado transcrito direciona-se em questão importante da aplicação do entendimento pela impossibilidade de presunção, quando argumentado que, sendo intrínseco à sanção do art. 10 – consoante art. 12, II da Lei nº 8.429/92 – a pena de ressarcimento ao erário consistiria em

locupletamento ilícito da administração.

Sendo assim, requerendo a demonstração de prejuízo efetivo, quando não decidindo pela total improcedência de pedido autoral de condenação em ato de improbidade, é comum que o órgão julgador opte por aplicar a condenação não do art. 10 da LIA – entendendo ausente requisito de prejuízo ao erário e, por consequência, da pena de ressarcimento – mas subsumido o ato de dispensa indevida de licitação como sendo ato de improbidade administrativa que afronta o princípio da administração do art. 11 da Lei de Improbidade.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA LICITAÇÃO **DISPENSA INDEVIDA PREJUÍZO PATRIMONIAL AUSÊNCIA IRRELEVÂNCIA OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO.** 1. O dever de licitar está intimamente ligado ao dever de probidade. **A licitação indevidamente dispensada, ainda que não cause prejuízo ao erário, constitui ato de improbidade administrativa porque atenta contra os princípios constitucionais da administração pública (art. 37, caput, CF).** 2. A improbidade do art. 10 da Lei nº 8.429/92 depende de demonstração de prejuízo patrimonial ao erário, pois inadmissível a condenação ao ressarcimento de dano hipotético ou presumido. Prejuízo ao erário não demonstrado. Infração não caracterizada. 3. Aquisição de bens e serviços mediante contratação direta. **Dispensa indevida de licitação. Fracionamento das compras. Bens entregues à Administração e inexistência de superfaturamento. Ausência de prejuízo patrimonial. Irrelevância. Ato que caracteriza a improbidade do art. 11 da Lei nº 8.429/92. Dosimetria das penas.** Necessidade. Agravo retido não conhecido. Recurso do Ministério Público desprovido. Recurso dos réus providos, em parte. (TJ-SP - APL: 00134465120058260566 SP 0013446-51.2005.8.26.0566, Relator: Décio Notarangeli. Data de Julgamento: 26/11/2014, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/11/2014. Grifo nosso).

Dividindo doutrina e jurisprudência, o dano ao erário pela dispensa indevida de licitação abraça o estudo – de onde advém a importância das abordagens dos capítulos anteriores – do entendimento do próprio processo licitatório enquanto medida asseguradora, notadamente, da busca pela melhor proposta à administração pública. Ao lado, denota-se, ainda, pela concepção teleológica da lei de improbidade administrativa, enquanto pátria normatização do combate à corrupção.

4.4 DO DANO AO ERÁRIO PELA DISPENSA INDEVIDA

Em linhas gerais, dano, civilmente, é a inutilidade de um bem jurídico; bem tornado inútil como resultado de um ato ilícito, ensejador, pela ofensa causada a outrem, à preterição da coisa alheia. Sob a ótica da administração pública, Filho, B. (2014, p. 43) assevera que o dano “compreende a afetação de ordem material da integralidade do valor das finanças públicas ou

de seus bens e, também o de natureza ética e moral, pela afronta aos princípios norteadores da gestão pública”.

Como delineado pela transcrição doutrinária e jurisprudencial alhures, para os adeptos da necessidade de demonstração de prejuízo efetivo, a caracterização do ato de improbidade por prejuízo ao erário requer um prejuízo quantificado que represente uma perda patrimonial à administração, e assim, entendendo pela impossibilidade de subsunção ao art. 10, VIII – fonte da disposição normativa expressa de configuração do ato de dispensa indevida de licitação como sendo ato ímprobo reprovável – quando houver a realização do objeto do contrato por valor igual ou inferior ao valor de mercado.

Na esteira desse entendimento, mesmo o recebimento da inicial de improbidade, a quem cabe uma análise superficial de meros indícios pela presença dos requisitos autorizadores para instauração de ACP, eles não estariam presentes ante a alegada ausência de dano. Por esse entendimento, sequer a inicial de análise preliminar e não meritória é prejudicada, quando mesmo a análise para o recebimento da inicial de improbidade é negada pela ausência de lastro mínimo, ante alegação de ausência de prejuízo quantificado, sendo já em defesa prévia, em geral, aludida a tese de ausência de prejuízo.

De fato, torna-se costumeiro que no bojo de Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa, que os demandados, já em defesa prévia e/ou em contestação, argumentem pela conclusão da obra ou regular prestação do serviço contratado, aduzindo, em defesa, incidir essa afirmação como meio idôneo a descaracterização do ato ímprobo pela inocorrência de prejuízo ao erário.

Por sua vez, a análise da possibilidade de presunção do dano pressupõe a compreensão, mesmo sucinta, deste dano *in re ipsa*. Bittar (1993, p. 202) doutrina:

Na teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificando o evento danoso, surge *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto.

Contraopondo-se ao entendimento de impossibilidade de presunção de dano para caracterização do ato ímprobo do art. 10, VIII, objetar-se à: a contratação direta tira da administração pública a chance de escolher a melhor proposta. A essência da realização de procedimento licitatório é obtenção de melhores preços nas contratações feitas pela administração.

Apenas pela existência de vários competidores que os valores das contratações públicas são em grande parte realizadas abaixo do valor de mercado. Explica-se: em meio a outras finalidades e critérios de julgamento diversos, especialmente quando diante da modalidade de licitação pelo menor preço, a razão de todo o processo licitatório é a competitividade, sendo mais vantajoso à administração quanto mais houver competidores propensos a contratar com o poder público.

Garcia e Alves (2008, p. 337) aduzem pelo caráter intrínseco do dano:

Descumpridos os princípios e regras específicas de modo a comprometer a finalidade do procedimento licitatório, ter-se-á a frustração deste, com a consequente configuração da improbidade. A lesividade está ínsita na conduta do agente, sendo despicienda a ocorrência de prejuízo patrimonial imediato.

Ausente a licitação, compromete-se, em regra, a finalidade que a licitação, se existente, traria. Priva-se da administração, entidade que não se confunde com seu gestor, a opção de escolher o melhor executor da obra ou o melhor prestador de serviço; e assim, causando dano ao patrimônio público. Ora, como bem assentou Silva (2011, p. 672):

Licitação é um procedimento destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou alienações do Poder Público. O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.

Com efeito, similar ao que ocorre com o próprio mercado sob o âmbito privado, a concorrência tende a abrandar (ainda que nos limites da lucratividade visada por um (segundo) setor econômico – empresários e sociedades empresárias) os competidores, culminando na bilateralidade marcante de toda contratação advinda de vontades divergentes. Nesse diapasão, é importante lembrar que sendo a obtenção do lucro a visão principal do contratado, há interesse privado – notadamente econômico – em contratar com o poder público.

Além disso, não se deve permitir que o administrador escolha o contratante em potencial com base em critérios de natureza eminentemente subjetiva, o que poderia afastar outros interessados igualmente habilitados, comprometendo a impessoalidade que deve reger a atividade estatal.

Com o fim de identificar a proposta mais vantajosa para a administração e garantir a participação do maior número de interessados, os contratos administrativos, ressalvadas as exceções previstas em lei, devem ser precedidos de licitação, a qual se caracteriza como um procedimento administrativo de natureza vinculada que visa a identificar os interessados com aptidão para contratar com a administração pública e selecionar a melhor proposta apresentada. (GARCIA & ALVES, 2008, p. 336).

Acerca do marcante caráter competitivo do processo licitatório, Oliveira (2015, p. 26)

afirma:

O caráter competitivo da licitação justifica-se pela busca da proposta mais vantajosa para Administração, motivo pelo qual é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo (art. 3.º, § 1.º, I, da Lei 8.666/1993). O referido princípio deve servir, ainda, como norte interpretativo das cláusulas editalícias, de maneira a aumentar o universo de competidores. Afinal, quanto maior a competição, maior será a chance de se encontrar a melhor proposta.

Em nome da competitividade, Decomain (2014, p. 131) tratando especificamente acerca do inciso VIII do mencionado artigo, reafirma a regra de obrigatoriedade do procedimento licitatório, nesses termos: “a regra geral, portanto, segundo exige a própria Constituição, é a de que os órgãos da Administração Pública somente adquiram bens e serviços mediante prévio procedimento licitatório”.

Se ausente a competição, quer seja porque maquiado um processo licitatório inexistente ou feito de logo a contratação direta irregular, de pronto se verifica que a administração deixou de ter a oportunidade de analisar a(s) proposta(s) de outro(s) competidor(s) igualmente habilitado(s) a estabelecer vínculo contratual com o poder público na realização de obra ou serviço.

4.5 DO PARALELO PENAL

O ato de improbidade administrativa pela dispensa indevida de licitação também encontra previsão penal na parte final da própria lei geral de licitações e contratos, sendo que a dispensa de licitação indevida configura crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93.¹⁰

A abordagem penalista da dispensa indevida é de suma importância quando vislumbrado a concepção do delito mesmo em âmbito penal, enquanto *ultima ratio*. Salutar a análise das primeiras aplicações, o abordado pela ministra do Supremo Tribunal Federal (STF), Carmén Lúcia (2011, p. 44), em voto proferido quando do recebimento da denúncia no Inquérito Policial nº 3108/Bahia, no qual faz interessante reflexão acerca do ônus de prova do dolo do agente público que contrata sem realizar licitação:

¹⁰ Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Portanto, não se pode dizer – e falo de cátedra porque tenho família no interior – que nem em Monte Azul ou em Santo Antônio da Bota Grande um prefeito faz uma licitação sem saber se tem um armarinho, ou dois, na cidade, e que o seu Zé, que era lá do armarinho, é amigo dele por coincidência. Isso não existe mais. O Brasil é outro, quase oitenta anos depois daquele decálogo que Seabra Fagundes passou para os prefeitos do Rio Grande do Norte. Então, quem assume isso tem que assumir sabendo que se dispensa – claro que não vou exigir que para comprar pneu para o carro da prefeitura de Espinosa tenha-se que se contratar –, mas que comprove. É só isto: formalize. [...].

Este caso, aqui, não tem esse tipo de dado em que se possa imaginar, em relação à Lei n. 8.666, de oitenta anos depois, que alguém não tenha tomado conhecimento do que era do início da República. Não é possível. Então, entendo que é oneroso, sim, mas é oneroso por um ônus assumido por quem exerce cargo público. Nós todos, servidores públicos, temos o nosso espaço de atuação muito mais restrito do que aquele que quis ficar em casa cuidando só da sua vida. Faz parte. (LUCIA, 2011, p. 44).

Com efeito, embora se saiba da controvérsia jurisprudencial acerca do tema no que se refere ao âmbito penal, veja-se que, mesmo nesta, *ultima ratio*, o supremo tribunal chega a reconhecer o que de longe se vê na realidade brasileira: a coincidência entre contratações diretas que infringem, dentre outros, o princípio da impessoalidade, onde o gestor público passa a escolher por critérios subjetivos a quem contratar, em detrimento ao interesse público que, pela ausência quer de propostas a analisar, é privada a escolha pela análise objetiva do que poderia ser de veras a melhor proposta numa contratação.

Recente decisão exarada em junho de 2016, nos autos da Ação Penal nº 971 do Supremo Tribunal Federal (STF) – afirmou-se que essa mesma conduta é vista como crime formal para fins de enquadramento penal. Por aquele julgamento se extraiu:

Em relação ao crime de dispensa indevida de licitação, o ministro Fachin ressaltou a natureza formal do delito, não sendo necessária demonstração de efetivo prejuízo para tipificar a conduta. Destacou não ser possível que o administrador escolha quem vai efetuar determinada obra, ainda que fique provado que o poder público não fosse receber melhor proposta, pois a exigência de licitação para a contratação pelo poder público tem como objetivo de preservar bens maiores que apenas eventuais prejuízos ao erário. [...] O ministro Marco Aurélio, revisor da AP 971, divergiu do relator unicamente quanto à revisão da pena pelo crime de falsificação de documento público. Os demais integrantes do colegiado acompanharam integralmente o voto do ministro Fachin. (STF, 2016).

Outrossim, embora se reconheça uma bifurcação de entendimentos não apenas em âmbito civil - em relação à improbidade, como também na seara penal, pelo caráter formal ou material do delito, ressalta-se a aplicação de entendimentos pelo caráter inerente do dano à conduta do art. 89 da Lei nº 8.666/93, quando visto que mesmo a última das persecuções estatais já possui alguns entendimentos pela inerência do dano à conduta.

ERÁRIO PARA A OCORRÊNCIA DO CRIME. CRIME DE NATUREZA FORMAL. DESNECESSIDADE DE EFETIVO DANO PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITO (PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE). RECURSO PROVIDO.

1. Apelação criminal interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra sentença proferida que julgou improcedente a denúncia para absolver o acusado GERALDO MARGELA CHAVES DE LIMA **da imputação do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93.**

2. Caso em que, segundo a denúncia, durante os exercícios financeiros de 2007 e 2008 o apelado, na qualidade de Prefeito Municipal de Francisco Dantas - RN adquiriu produtos com dinheiro público **federal sem observar o cabível procedimento licitatório previsto na lei de licitações. Em razão disso, o apelado teria cometido o crime do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93.**

3. O Órgão Ministerial alegou que o tipo penal do art. 89 da Lei n.º 8.666/93 não exige a presença do efetivo prejuízo os cofres públicos para a sua consumação.

4. O tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93 é crime de natureza formal, de modo que basta que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei para o mesmo estar caracterizado. Precedentes: AgRg no Ag 1367169/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012; REsp 1185750/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 22/11/2010.

5. Crime caracterizado. Sentença do 1º Grau reformada. Apelação do Ministério Público Federal provida. (TRF-5. Apelação. RN. Quarta turma. Relator: Lázaro Guimarães. Julgamento: 24/09/2015. Grifo nosso.)

Ora, mesmo na última das persecuções estatais não mais se exige a quantificação do dano afirmando pela sua presunção enquanto intrínseca à conduta ilegal.

4.6 DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA PELO VALOR DE MERCADO

Relembrando a transcrição acerca do limite de ausência de dano até o valor de mercado exarado por Costa (2000, p. 93 – item 4.2), entende-se que essa exigência restringe a dispensa como prejuízo tão somente pela quantificação de um sobrepreço ao mercado, sendo a tutela do art. 10, inc. VIII, como visto, marcada por sua amplitude.

Paralelo possível se vislumbra quando percebido que, presente a lesividade ao patrimônio público – inerente ao ato de dispensa indevida – a lei nº 4.717/65 autoriza mesmo o ajuizamento de Ação Popular, por qualquer cidadão, com fulcro no art. 4º, III da mencionada lei. Com maestria, Decomain (2014, p. 133) identifica-se com esse entendimento ao afirmar:

O art. 10 da Lei n. 8.429/92 cuida de hipóteses de improbidade administrativa em que ocorre prejuízo patrimonial ao erário.

Nas situações do inciso VIII – frustração da licitude de procedimento licitatório ou

sua dispensa (ou declaração de inexigibilidade) indevida –, esse prejuízo sempre ocorre, eis que a Administração (lato senso) paga por algo que adquiriu em condições irregulares e com inobservância de princípios constitucionais. O prejuízo patrimonial é representado, no caso, pelo pagamento daquilo que foi adquirido sem licitação ou com procedimento licitatório viciado.

O inciso VIII, do art. 10 da Lei n. 8.429/92, necessita ser interpretado em conjunto com a regra do art. 4º, inciso III, da Lei n. 4.717/65, que disciplina a ação popular (LAP).

De acordo com a mencionada regra da LAP:

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

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

a) “o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral”.

Afirma-se que a ação popular está calcada no binômio ilegalidade da ação administrativa e lesividade à Administração Pública.

A doutrina, todavia, secundada por boa jurisprudência, também reconhece que, nas hipóteses previstas pelo art. 4º da Lei n. 4.717/65, a lesão ao Erário é presumida e a ilegalidade resulta justamente da inobservância da regra constitucional ou legal desrespeitada.

Além disso, ponto prático de aplicação de entendimento diverso deve ser analisado: se ao contratar diretamente o administrador público não causasse prejuízo ao erário, de que serviria a previsão constitucional de realização de procedimento licitatório prévio às contratações? Ora, bastaria ao gestor contratar quem lhe aprouvesse, contanto que o fizesse no valor de mercado.

Destarte, a supramencionada alegação de defesa pela conclusão da obra ou regular prestação do serviço contratado, embora possa ser ponderado, a título de cominação das penas a serem impostas, notadamente quando observado o valor da multa a ser cominada, seu quantitativo e dimensão patrimonial, dentre outras, quando do momento das ponderações do juízo na aplicação do art. 12, inc. II da lei de improbidade, é cediço que esta poderá tão somente abrandar as penas, mas, em nenhuma hipótese, poderá anulá-la de todo.

Adentrada a aplicação da sanção civil ao ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, brota a análise, inclusive, utilizada no teor do julgado do TJ de São Paulo transcrito alhures, e contrário à presunção do dano, de que é contraposta à presunção do dano em relação a previsão sancionatória de ressarcimento ao erário prevista na lei de improbidade, a Lei nº 8.429/92.

Esse argumento se baseia em duas afirmativas: a possibilidade de outro enquadramento tipificador (art. 11 da LIA – por afronta a princípios) e incompatibilidade da sanção de ressarcimento sob pena de enriquecimento ilícito do erário. Ambas, porém, olvidam dois aspectos da Lei de Improbidade e da contratação pública, respectivamente: a subsidiariedade do art. 11 da LIA e o desvio da verba pública.

4.7 DA SUBSIDIARIEDADE DE OUTRO ENQUADRAMENTO TIPIFICADOR

Abraçando a alternativa de outro enquadramento tipificador da improbidade, muitos julgados optam no sentido de desclassificar a conduta da dispensa indevida de licitação, de ato que causa prejuízo ao erário, para ato que atenta contra os princípios administrativos nos termos do *caput* do artigo 11 da LIA. Entrementes, não se olvida que a dispensa atenta contra princípios da administração pública; de fato, todo ato ímprobo, atenta, direta ou indiretamente, a um ou vários princípios administrativos, podendo uma mesma conduta se enquadrar em várias disposições da lei nº 8.429/92.

Todavia, como já ressaltado também no segundo capítulo deste trabalho, uma vez que a conduta de dispensar licitação encontra previsão expressa no inciso VIII do art. 10 ("ou dispensá-la indevidamente"), e o faz no rol dos atos ímprobos que causam prejuízo ao erário, estar-se-ia diante de uma previsão legislativa inócua e, contrária a sua finalidade, torná-la protetiva não mais da lisura das contratações, mas se mostrando como medida de abrandamento aos atos ímprobos praticados por gestores desonestos.

Além disso, largamente infringente a princípios como a impessoalidade, não se nega a possibilidade de subsunção ao art. 11 da LIA. No entanto, o mencionado artigo possui aplicabilidade subsidiária, devendo incidir somente quando ausente a hipóteses anteriores, o que não é o caso.

4.8 DA SANÇÃO DE RESSARCIMENTO

Presumido o dano pela dispensa indevida de licitação, à aplicação das sanções previstas no art. 12, inc. II da Lei nº 8429/92¹¹, e feitas no comando do art. 37, § 4º da CRFB/1988; se apresenta o seguinte questionamento: sendo o dano presumido, qual o valor atribuível à sanção de ressarcimento integral pelo prejuízo? *In casu*, entende-se que o valor base devido é o valor da contratação. É nesse sentido que aponta Decomain (2014, p. 137):

O raciocínio, transporto para o terreno dos atos de improbidade, consiste na indevida dispensa de procedimento licitatório ou na frustração da sua licitude, consoante previsto pelo art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, leva à conclusão de que, nessas hipóteses, o prejuízo para o Erário público consiste no pagamento do que foi

¹¹ II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos. (BRASIL, Lei nº 8.429/92).

adquirido, ou do serviço que lhe foi prestado, com violação dos princípios constitucionais e da regularidade do procedimento licitatório.

Pela possibilidade da pena de ressarcimento diante de dano presumido, esposa julgado da segunda turma do STJ, nesses termos:

É cabível a aplicação da pena de ressarcimento ao erário nos casos de ato de improbidade administrativa consistente na dispensa ilegal de procedimento licitatório (art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992) mediante fracionamento indevido do objeto licitado. De fato, conforme entendimento jurisprudencial do STJ, a existência de prejuízo ao erário é condição para determinar o ressarcimento ao erário, nos moldes do art. 21, I, da Lei 8.429/1992 (REsp 1.214.605-SP, Segunda Turma, DJe 13/6/2013; e REsp 1.038.777-SP, Primeira Turma, DJe 16/3/2011). No caso, não há como concluir pela inexistência do dano, pois o prejuízo ao erário é inerente (*in re ipsa*) à conduta ímproba, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, por condutas de administradores. Precedentes citados: REsp 1.280.321-MG, Segunda Turma, DJe 9/3/2012; e REsp 817.921-SP, Segunda Turma, DJe 6/12/2012. REsp 1.376.524-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/9/2014.

Deveras, não bastasse tolher a finalidade precípua da previsão constitucional de realização de procedimento licitatório, a contratação direta acaba dando ensejo a um desvio de verba pública, na medida em que se atribui finalidade diversa ao numerário público. O valor entregue nas mãos do terceiro é, antes de contraprestação por serviço ou obra, a representação do patrimônio público.

Não há de se esquecer que, se o particular opta por contratar com o poder público, aufere com isso alguma vantagem por ser próprio a finalidade de obtenção de lucro a razão da atividade de empresários e sociedades empresárias integrantes do segundo setor da economia. Assim, mesmo prestado o serviço, concluída a obra ou fornecida a mercadoria, sendo aqueles contratados diretamente fora das hipóteses legais de dispensa de licitação, tem-se que eles também são diretamente beneficiados pelo lucro advindo da conclusão do contrato, o que serve para delinear uma visão de dano para além do que faria uma concepção reducionista de mera contraprestação.

Essa referência à pena ressarcitória torna a compreensão de que o dano é efetivo, sendo quantificado no valor do contrato que desviou o numerário de uma contratação impessoal, para a escolha direta feita por irregular escolha subjetiva do administrador.

Nesse contexto, pode-se argumentar pela existência de enriquecimento ilícito da administração como razão impeditiva desse entendimento. Discordando, entende-se que, além de se mostrar como medida de grande repercussão coibidora da prática desonesta estudada, o valor desembolsado pelo erário na contratação direta não é mera contraprestação de serviço prestado ou obra executada, mas desvio de verba pública pelo direcionamento de contratado;

entender diferentemente seria atribuir pessoalidade ao que é impessoal, a administração pública. Por essa razão, há ainda de se observar que para que haja enriquecimento ilícito, é necessário que haja um ato ilícito antecedente por aquele que enriquece, o que não se viu praticado pela administração pública, que, na verdade, se mostrou como sendo a lesionada.

No mais, havendo a possibilidade de a administração ser ressarcida pelo valor do contrato mesmo já tendo recebido o produto ou a prestação do serviço, sendo a prática uma vez permitida – jurisprudencialmente – não se pode afirmar pelo enriquecimento ilícito, mas, no máximo, pelo enriquecimento sem causa, sem trabalho, o que é perfeitamente permitido pelo ordenamento.

Igualmente, a exigência de atribuição de valor diverso à sanção de ressarcimento, além de tornar a previsão normativa inócua e desprovida de repressão ao ímprobo, seria exigir produção de prova impossível pela quantificação de prejuízo por uma licitação inexistente.

Por último, frise-se a instrumentalidade da licitação na realização de toda atividade erária do Estado. Filho, M. (2014, p. 16) assinala:

A contratação administrativa também se revela como um importante instrumento de implementação de políticas públicas no âmbito econômico e social. Os valores desembolsados pelo Estado por meio de contratos administrativos são vultosos. Por isso, as contratações administrativas tornam-se um meio não apenas de satisfazer necessidades imediatas do Estado. Também são um instrumento de incentivo e fomento a atividades reputadas como socialmente desejáveis.

Sendo assim, toda contratação pública traz em si um caráter instrumental de consecução das funções sociais e econômicas do Estado, o que é de interesse – público – e indisponível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Surgida enquanto poder administrativo marcado pelo binômio dever e prerrogativa, a licitação é a obrigatoriedade nas contratações públicas, servindo de cumprimento a todos os princípios regentes da atividade administrativa disposta na Carta da República de 1988, além de outros próprios à atividade licitante. Ao lado, configura ainda medida de proteção à lisura na gestão da coisa pública, ao promover a abstração da pessoalidade do gestor, impondo medida objetiva na escolha do contratado. Essas duas vertentes – dever e poder – culminam na melhor proposta à administração, extraindo o alicerce maior da licitação, que, antes das suas disposições legais, é subsidiada pelo comando constitucional.

Originada no combate à corrupção, a improbidade administrativa, protetiva de inúmeros institutos da atividade pública, culminou no ordenamento jurídico brasileiro, na edição da Lei nº 8.429/92, a qual se mostrou como instrumento de repúdio àqueles agentes públicos *lato sensu*, que, na gestão da coisa comum, malversam suas funções.

Nesse ínterim, pela tipificação do art. 10, VIII da Lei de Improbidade, unindo esses dois institutos, a tipificação da conduta ímproba pelo legislador, notadamente sua parte final – “ou dispensá-los indevidamente” – desencadeou a tipificação da dispensa indevida de licitação como ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário.

Pelo presente trabalho, percebeu-se que o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, se divide acerca da (im)possibilidade de presunção do dano ao erário quando se estiver diante da dispensa indevida de procedimentos licitatórios; por vezes, optando, inclusive, pela subsunção subsidiária de outro enquadramento tipificador de improbidade.

Esposado os entendimentos, optou-se pela possibilidade de presunção do dano, considerando, especialmente, os aspectos finalísticos que abraçaram os estudos da licitação e da improbidade administrativa nos capítulos inteiros deste trabalho, necessários à compreensão e filiação de corrente específica quanto à controvérsia apresentada no último capítulo.

Por todo o exposto, se vislumbrou que, havendo contratação direta e, por conseguinte, escolha subjetiva do agente público, a administração deixa de poder analisar dentre propostas que poderiam ser apresentadas por outros propensos contratantes, igualmente habilitados. Sendo a essência da licitação o caráter competitivo e da premissa da atividade empresária a obtenção do lucro, o dano ao erário se caracterizou na retirada da competição no certame inexistente.

Encontrando, outrossim, a dispensa indevida previsão de índole penal, paralelo a esta *ultima ratio*, argumentou-se acerca da incongruência entre ser a prática crime formal, ao tempo

em que, para fins civis, maior rigor se exige pela demonstração de dano efetivo, em geral, restrito ao superfaturamento, porque tomando por base contratual um valor de mercado pouco usual às contratações públicas. Pela análise das funções institucionais da licitação, procedimento administrativo prévio às contratações públicas, vislumbrou-se que, havendo o permissivo de ausência de dano porque se contratou com base no valor de mercado, estar-se-á diante de verdadeira obsolescência da competição licitatória.

Por todo o exposto, foi possível constatar que a verba pública repassada para consecução das atividades gerenciais do Estado perpassa pela necessidade de realização de procedimento licitatório – impessoal e objetivo – na escolha da melhor proposta à Administração Pública. Conduta adversa demonstrou-se como danosa ao erário, na medida em que, mal gerido, compromete a construção de creches, a excelência de segmentos rodoviários, a construção de redes de saneamento, o valor de medicamentos e utensílios médicos, dentre tantas outras hipóteses que, diariamente, interferem no cotidiano da região, municipalidade ou instituição ímproba por dispensar indevidamente a realização de procedimento licitatório.

Destarte, do presente trabalho tornou-se possível extrair a presunção do dano ao erário quando, desonestamente, o agente público deixa de realizar procedimento licitatório. Com efeito, vultosos os valores contratuais subscritos nos contratos públicos, a gestão da verba pública – marcada, dentre outros, pelo princípio da indisponibilidade – não pode ser objeto de destinação pessoal.

Quanto à possibilidade de imposição de pena de ressarcimento ao erário, haja vista abraçado o entendimento de possibilidade de presunção do dano, entendeu-se que o valor devido à pena de integral ressarcimento do dano é o valor do contrato, porquanto maior que mera contraprestação, esse montante é reverberado de erário público na consecução do bem comum a um desvio de verba pela escolha subjetiva de contratado.

Isto posto, a caracterização do ato de improbidade administrativa do art. 10, VIII, ou seja, da dispensa indevida de licitação como ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, mostrou-se advinda da própria conduta da ausência da licitação que era devida, sendo o dano intrínseco à conduta praticada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Lei de licitações e contratos**. Regula o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 29 jul. 2016.

_____. Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862. Aprova o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

_____. Decreto nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.html>. Acesso em: 29 jul. 2016.

_____. Decreto nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 29 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação AP-971, Relator: Edson Fachin. Brasília, 28 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319904&tip=UN>> Acesso em: 5 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI: 3070 RN, Relator: Eros Grau. Brasília, 29 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754661/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3070-rn>>. Acesso em: 09 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito policial nº 3108/2011. Relator: Dias Toffoli. Brasília, 15 de dezembro de 2011. Voto da Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21584387/inquerito-inq-3108-ba-stf/inteiro-teor-110379844>>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1376524, Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25262056/recurso-especial-resp-1376524-rj-2012-0110410-8-stj>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp: 1512393, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 19 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1498692, Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 05 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI: 21761013320158260000 SP 2176101-33.2015.8.26.0000, Relator: Décio Notarangeli. São Paulo, 11 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255366215/agravo-de-instrumento-ai-21761013320158260000-sp-2176101-3320158260000>>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APL: 00134465120058260566 SP 0013446-51.2005.8.26.0566, Relator: Décio Notarangeli. São Paulo, 26 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153789233/apelacao-apl-134465120058260566-sp-0013446-5120058260566>>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. APL: 00012175220008060029 CE 0001217-52.2000.8.06.0029, Relator: Heráclito Vieira. Fortaleza, 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://tjce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/309648788/apelacao-apl-12175220008060029-ce-0001217-5220008060029>>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação RN. Relator: Desembargador Federal Lázaro Guimarães. Recife, 22 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/110057607/trf-5-jud-24-09-2015-pg-95>>. Acesso em: 05 set. 2016.

BULOS, Lammêgo Uadi. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva. 6. ed. 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda pública em juízo**. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Dialética, 2008.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRARESI, Eurico. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Editora Método, 2011.

FILHO, Aluisio Bezerra. **Atos de Improbidade Administrativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa. Comentários à lei n. 8.429/92**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEIVA, José Antônio Lisbôa. **A lei de improbidade administrativa comentada. Legislação comentada artigo por artigo. Doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. Niteroi: Impetus; Rio de Janeiro, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PAZZAGLINI, Marino Filho. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.