

Improbidade administrativa: algo mais que presunção

15/07/2021

No dia 1º de junho de 2021, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou dois recursos especiais ao rito dos recursos repetitivos, a fim de decidir sobre o cabimento do dano presumido ao erário (*in re ipsa*) em hipóteses de: (a) frustração de licitude do procedimento licitatório; (b) dispensa indevida de licitação (Tema 1.096).



Luciano Ferraz
advogado e professor

Os Recursos Especiais representativos da controvérsia, relatados

pelo ministro Og Fernandes, foram o RESp nº 1.912.668 e o RESp nº 1.914.458, os quais pretendem, nos termos do artigo 1.036 do Código de Processo Civil e do art. 256-E do Regimento Interno do STJ, "*definir se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (in re ipsa)*".

A discussão em voga é assaz importante e gira em torno da interpretação do artigo 10, VIII da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), talvez a disposição mais utilizada para fundamentar ações de improbidade administrativa em matéria de licitações e contratos, muitas vezes movidas pela falsa impressão de que contratações diretas são *ipso facto* inválidas, e que contratações licitadas são da mesma forma válidas.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça chegou a se pacificar, em decisões da Primeira e da Segunda Turma, no sentido de que "*as condutas descritas no artigo 10 da LIA demandam a comprovação de dano efetivo ao erário público, não sendo possível caracterizá-las por mera presunção.*" (ver: STJ, RESp 1.228.306/PB, rel. min. Castro Meira, j. 09.10.2012, RESp 621.415/MG, rel. min. Eliana Calmon, j. 16.02.2006; RESp 805.080/SP, 1ª Turma, DJe

06.08.2009; REsp 939.142/RJ, 1ª Turma, DJe 10.04.2008; REsp 678.115/RS, 1ª Turma, DJ 29.11.2007; REsp 285.305/DF, 1ª Turma; DJ 13.12.2007; REsp 714.935/PR, 2ª Turma, DJ 08.05.2006; REsp 1.038.777/SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ 03.02.2011, Dp 16.03.2011).

Mais recentemente, todavia, essa orientação tem sido ultrapassada, dando lugar à invocação do dano *in re ipsa*, o qual decorreria, conforme a tese própria, da *suposição de que a realização do certame encontraria inobjetavelmente preços menores para a contratação* (ver: RESP 817921/SP, min. Castro Meira, j. 27.11.2012, DJe 06.12.2012 e do REsp AgRg nos EDcl no AREsp 419.769/SC, rel. min. Herman Benjamin, j. 18.10.2016, DJe 25.10.2016).

Duas questões merecem destaque. Primeiro não é real a afirmativa de que sempre que a Administração realiza uma licitação ela obtém os melhores preços existentes no mercado. Isso não é uma verdade. É uma presunção dentro da presunção.

Com efeito, seja porque ao lançar o edital a Administração não tem condições de saber quantos e quais os licitantes se apresentarão ao certame, seja porque antes da abertura das propostas comerciais é impossível saber qual será a proposta vencedora, qualquer presunção de que a contratação licitada se apresenta *ipso facto* como a mais vantajosa não passa de uma conjectura hipotética.

Segundo porque o artigo 10, *caput* da Lei 8.429/92 menciona condutas objetivas que constituem o núcleo tipológico da infração, a saber: "perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres", todas articuladas ao efeito de constatar a diferença patrimonial efetiva para menos antes e depois do resultado do ato hostilizado.

A boa hermenêutica recomenda que os incisos de um dispositivo legal devam ser interpretados de acordo com o *caput*. É esta uma conexão lógica que não abre espaço para uma desconexão interpretativa entre o inciso VIII e a cabeça do artigo 10 da Lei 8.429/92.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão monocrática, da lavra do em. min. Alexandre de Moraes (ARE 1265026/RJ, j. 13/05/2020), afastou a aplicação do dano presumido em matéria de contratação direta sem licitação, exatamente a tese que agora é objeto de discussão no Tema 1.096 do STJ.

Nos termos do voto do ministro — que fez alusão ao posicionamento do então ministro Napoleão Nunes Maia no AgInt no AREsp 1.252.262 no STJ, "*dano não se presume, salvante as hipóteses excepcionais do chamado damnum in re ipsa, ocorrente em situações absolutamente típicas, nas quais não se incluem os danos decorrentes de infrações apuráveis. Também convém por em destaque que, na ação de improbidade administrativa, a natureza, a extensão e a grandeza do dano são elementos axiais da dosimetria da sanção, de modo que a sua quantificação depende do dano devidamente apurado, o que exclui a alternativa de ele ser presumido*".

Realmente, danos apuráveis e quantificáveis no curso do processo judicial são danos do tipo patrimonial e que demandam efetiva comprovação. Em matéria de direito sancionatório, notadamente diante da dimensão das penas aplicáveis nas ações de improbidade administrativa, garantir enquadramento e adequação típica para as condutas impugnadas é, a bem da verdade, algo mais que presunção.



Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-jul-15/interesse-publico-improbidade-administrativa-algo-presuncao2/>