

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM CONTROLE EXTERNO E GOVERNANÇA  
PÚBLICA**

**DIONE DE OLIVEIRA SANT'ANA**

**DANO AO ERÁRIO *IN RE IPSA* EM ATO DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA NA DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO**

**GOIÂNIA,  
MARÇO 2017**

**DIONE DE OLIVEIRA SANT'ANA**

**DANO AO ERÁRIO *IN RE IPSA* EM ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
NA DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO**

Monografia Jurídica apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), como requisito parcial à conclusão do curso de pós-graduação lato sensu em Controle Externo e Governança Pública.

Orientadora: Polliana de Carvalho

**GOIÂNIA,  
MARÇO 2017**

**DIONE DE OLIVEIRA SANT'ANA**

**DANO AO ERÁRIO *IN RE IPSA* EM ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
NA DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO**

Monografia Jurídica apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), como requisito parcial à conclusão do curso de pós-graduação lato sensu em Controle Externo e Governança Pública.

Goiânia, de março de 2017.

---

Profª. Polliana de Carvalho  
Professora Orientadora

---

Professor(a)  
Membro da Banca Examinadora

---

Professor(a)  
Membro da Banca Examinadora

À Liliane, minha querida esposa, amiga e  
parceira de todas as horas e pessoa com quem  
posso contar em todos os momentos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, por me conceder a oportunidade de fazer e concluir mais este curso de especialização e por me dar a fé necessária para conquistar todos os meus objetivos.

À minha professora orientadora pela paciência e colaboração durante a elaboração deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar um instituto de aplicação ainda não pacífico no direito administrativo e no mundo jurídico, em se tratando de atos de improbidade administrativa, ocorrido em dispensas ilegais de licitação: o dano ao erário *in re ipsa*, ou dano presumido. A Lei Federal nº 8.429/92, que trata da improbidade administrativa, delinea três espécies de atos de improbidade: a) que geram enriquecimento ilícito ao agente (art. 9º); b) que causam lesão ao erário (art. 10), e; c) que violam os princípios norteadores da Administração Pública (art. 11). Nos termos do art. 10, da Lei nº 8.429/92, constitui-se ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal barateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da referida lei, bem como, em seu inciso VIII, notadamente o ato de dispensar indevidamente o processo licitatório.

Sabe-se que a licitação objetiva assegurar igualdade entre os interessados, obtendo sempre a melhor proposta para a administração.

Assim, na hipótese de dispensa indevida de licitação, sem que seja possível a comprovação do dano, o dano ao erário deve ser considerado *in re ipsa*, sem a necessidade de demonstração de efetivo prejuízo financeiro.

Seguindo a trilha respaldada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, não há a necessidade de comprovação do dolo, da má-fé e do dano real ao patrimônio público para que se configure ato de improbidade administrativa na hipótese do sujeito dispensar indevidamente processo licitatório, pois, só pelo fato da não observância legal e dos princípios norteadores da administração pública no ato de dispensa do processo licitatório já enseja improbidade administrativa, autorizando assim aplicação das sanções previstas em lei. A lesão ao erário é inerente à ilicitude do processo licitatório ou à dispensa indevida de licitação.

**Palavras-chave:** Improbidade administrativa. Dano ao erário. Dano *in re ipsa*. Dispensa ilegal de licitação.

## ABSTRACT

The present work has the objective to demonstrate an institute of application not yet pacific in administrative law and in the legal world, in the case of acts of administrative improbity, occurred in illegal dispensations of bidding: damage to the treasury *in re ipsa*, or presumed damage. Federal Law No. 8.429 / 92, which deals with administrative impropriety, outlines three kinds of acts of impropriety: a) that generate illicit enrichment of the agent (article 9); B) that cause damage to the treasury (article 10), and; C) that violate the guiding principles of the Public Administration (article 11).

In accordance with art. 10, of Law No. 8.429 / 92, constitutes an act of administrative impropriety that causes damage to the treasury, any act or omission, willful or guilty, that causes loss of wealth, diversion, appropriation, badly cheapening or dilapidation of assets or assets of entities Referred to in art. 1 of said law, as well as, in its subsection VIII, notably the act of unduly waiving the bidding process.

It is known that the bid aims to ensure equality among stakeholders, always obtaining the best proposal for the administration.

Thus, in the event of undue exemption from bidding, without it being possible to prove the damage, the damage to the treasury should be considered *in re ipsa*, without the need to demonstrate effective financial loss.

Following the trail supported by the jurisprudence of the Superior Court of Justice - STJ, there is no need to prove fraud, bad faith and real damage to the public patrimony to set up an act of administrative improbity in the hypothesis of the subject to waive improperly bidding process , Only because the non-observance of the law and the guiding principles of public administration in the act of dismissal of the bidding process already causes administrative improbity, thus authorizing the application of the sanctions provided for by law. The damage to the treasury is inherent to the unlawfulness of the bidding process or to the undue dispensation of bidding.

**Keywords:** Administrative Improbity. Damage to the treasury. Damage *in re ipsa*. Illegal dispenses of bidding.

## RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo demostrar un instituto de aplicación aún no pacífica en derecho administrativo y en el mundo jurídico, cuando se trata de actos de mala conducta administrativa que se produjeron en las dispensaciones de licitación ilegales: el daño al erario *in re ipsa*, o presunto daño. La Ley Federal N° 8.429 / 92, que se ocupa de incorrección administrativa, delinea tres clases de actos de mala conducta: a.) Que generan el enriquecimiento ilícito al agente (artículo 9); b) que causa perjuicio a la hacienda pública (artículo 10), y; c) la violación de los principios rectores de la Administración Pública (art. 11).

De conformidad con el art. 10 de la Ley N° 8.429 / 92, constituye un acto de conducta incorrecta que causa perjuicio a la hacienda pública, cualquier acto u omisión, intencional o negligente, dando lugar a la pérdida de activos, mal uso, apropiación, mala abaratamiento o deterioro de los bienes o activos de las entidades se refiere el art. 1 de la ley, así como en su artículo VIII, en particular el acto de forma inadecuada dispensar el proceso de licitación.

Se sabe que la licitación objetivo garantizar la igualdad entre las partes interesadas, obteniendo siempre la mejor propuesta para la administración.

Por lo tanto, es posible en el caso de la exención de hacer una oferta inadecuada sin prueba de daño, el daño a la hacienda pública debe considerarse *in re ipsa*, sin la necesidad de demostrar la pérdida financiera eficaz.

Siguiendo la pista con el apoyo de la jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia - STJ, no hay necesidad de prueba de dolo, mala fe y verdadero daño a la propiedad pública para ser fijado acto de mala conducta administrativa en el caso del sujeto indebidamente prescindir proceso de licitación por lo tanto, no sólo por la observancia legal y los principios rectores de la administración pública en el acto de destitución del proceso de licitación ya implica faltas administrativas, permitiendo así la aplicación de las sanciones previstas por la ley. La lesión en el tesoro público es inherente a la ilegalidad del proceso de licitación o de la exención indebido de hacer una oferta.

**Palabras clave:** Las faltas administrativas. El daño a las arcas públicas. El daño *in re ipsa*. Proceso de licitación ilegal.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 CRITÉRIOS LEGAIS PARA DISPENSA DE LICITAÇÃO</b> .....	14
<b>3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</b> .....	18
<b>3.1 Conceito de Improbidade Administrativa</b> .....	18
<b>3.2 Lei Federal nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa</b> .....	20
<b>4 DANO AO ERARIO <i>IN RE IPSA</i> NAS DISPENSAS ILEGAIS DE LICITAÇÃO</b> .....	23
<b>4.1 Apuração de Improbidade Administrativa</b> .....	23
<b>4.2 Controle externo no processo licitatório</b> .....	26
<b>4.3 Improbidade administrativa e o dano ao erário</b> .....	29
<b>4.4 Aplicação do dano ao erário <i>in re ipsa</i></b> .....	30
4.4.1 Nos julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ.....	37
4.4.2 Nos julgados dos Tribunais de Contas.....	41
<b>CONCLUSÃO</b> .....	47
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	52

## INTRODUÇÃO

O Direito, como importante ferramenta de defesa dos direitos sociais e coletivos, seja na seara cível, penal ou administrativa, tem o condão de analisar os conflitos existentes na sociedade e tentar saná-los por meio da aplicação de leis, doutrina e jurisprudência que refletem os anseios sociais. Em razão disto que se deu a escolha do tema do presente trabalho, na tentativa de ter uma melhor compreensão do assunto e se posicionar a respeito dos conflitos existentes em torno no meio jurídico.

O objeto de estudo do presente trabalho é o dano ao erário *in re ipsa* em atos de improbidade, com foco nas dispensas ilegais de licitação, fazendo-se uma abordagem teórica acerca dos critérios legais estabelecidos para a ocorrência das dispensas de licitação, elencados no artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública), e ainda, acerca da improbidade administrativa ocorrida durante procedimento licitatório, à luz do previsto no inciso VIII do artigo 10 da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), quando descumpridos os critérios estabelecidos na lei supracitada.

A Lei nº 8.666/93, ou Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, estabelece critérios e define os requisitos exigidos para as diferentes modalidades existentes para que o Estado possa realizar suas contratações, contudo, existem maus gestores públicos e maus licitantes, que em conluio ou não, burlam as exigências legais estabelecidas e buscam formas de fraudar os procedimentos licitatórios, causando assim um dano ao erário, de forma que nem sempre seja possível comprovar a existência do dano ocorrido e apontar os responsáveis por esse dano causado, impossibilitando a responsabilização legal dos agentes e aplicação das sanções previstas em lei.

Apesar de estar expressamente previsto no texto da Lei de Improbidade Administrativa, a exigência de comprovação do dano para que haja a responsabilização e o ressarcimento, conforme inteligência do artigo 21, I, da Lei nº 8.429/92, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, em setembro de 2014, na análise de

um caso em que houve a dispensa indevida de licitação proferiu decisão acerca desse detalhe legal, ou seja, acerca da necessidade ou não de efetiva comprovação do dano para configuração da lesão ao erário e delimitação do ressarcimento. Analisou neste julgado atos de improbidade cometidos em um processo licitatório, mais especificamente, a dispensa ilegal de um procedimento licitatório, concluindo que, para dispensa ilegal de licitação, o dano ao erário é *in re ipsa*, ou seja, ao contrário do que dispõe a lei, não há necessidade de comprovação do dano, eis que o prejuízo é inerente à conduta do agente ímprobo, sendo possível então a responsabilização dos responsáveis, a aplicação das sanções cabíveis e o ressarcimento ao erário.

Portanto, um dos objetivos deste trabalho é demonstrar o quanto o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) pode ser lesado e ter prejuízo quando ocorrem as dispensas ilegais de licitação sem a responsabilização dos autores desta modalidade de improbidade administrativa e sem o respectivo ressarcimento ao erário. Neste caso, não é possível haver economicidade para o Estado, pois não há obtenção da melhor proposta para a administração devido à restrição da competitividade no certame, e não havendo economicidade, o objetivo principal da licitação será frustrado. Assim, uma das formas mais utilizadas para fraudar os procedimentos licitatórios é por meio das dispensas de licitação, em razão da dificuldade de comprovação da fraude e da responsabilização dos agentes causadores do dano.

Deste modo, está demonstrada a relevância do tema, não só para mundo jurídico e seus estudiosos e aplicadores, mas para toda sociedade, para o meio político e gestores públicos, que administram os bens e recursos públicos e devem usá-los com responsabilidade, de modo que a aplicação da teoria estudada neste artigo se mostra um importante instrumento no combate à corrupção, capaz de prevenir desvios de recursos públicos e reprimir condutas ilícitas no seio estatal, possibilitando que sejam realizadas as transformações político-sociais tão almejadas pela sociedade brasileira em face aos corriqueiros desmandos praticados por agentes públicos no trato da coisa pública, fatos que arranham a credibilidade de toda a Administração e lhe traz prejuízos incalculáveis.

A metodologia utilizada para a elaboração do presente trabalho foi a Pesquisa Bibliográfica, onde, por meio desta, se procura explicar o problema da exigência ou não de comprovação do dano ao erário para a devida responsabilização legal e ressarcimento ao erário, a partir de referências teóricas publicadas, conceitos doutrinários de importantes autores e operadores do Direito no Brasil, utilização das leis que disciplinam a matéria, e jurisprudência, em especial o julgado do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1376524/RJ, de 02 de setembro de 2014, que inaugurou a discussão da teoria do dano *in re ipsa* nos casos de dispensas indevidas de licitação, bem como outros julgados daquela Corte com o mesmo entendimento jurídico e também o entendimento das Cortes de Contas acerca do assunto.

Assim, as principais fontes utilizadas para a concepção do trabalho foram a Constituição Federal Brasileira, dos dispositivos das Leis nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), e dos ensinamentos de renomados juristas que dissertam acerca da matéria, tais como Marino Pazzaglini Filho, Léo da Silva Alves, Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves, Sérgio Ferraz, Lúcia Figueiredo, dentre outros, com o intuito de discorrer acerca do instituto jurídico do dano *in re ipsa* como solução para o problema apresentado.

Este trabalho acadêmico está dividido em três capítulos, sendo assim intitulados: Critérios legais para a dispensa de licitação; Improbidade Administrativa; Dano ao erário *in re ipsa* nas dispensas ilegais de licitação.

O capítulo introdutório se destina a apresentar panoramicamente o arcabouço da pesquisa realizada.

O primeiro capítulo trata dos critérios estabelecidos em lei que devem ser seguidos e respeitados nos casos de dispensas de licitação, elencados no artigo 24 da lei de licitação e contratos (Lei nº 8.666/93); o segundo capítulo, dividido em duas partes, num primeiro momento apresenta o conceito de improbidade administrativa e em um segundo momento aborda os preceitos estabelecidos na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e sua caracterização na dispensa ilegal de licitação; e por fim, o terceiro capítulo, subdividido em quatro partes, aborda a apuração da

improbidade administrativa e o uso da teoria do dano *in re ipsa* nas dispensas ilegais de licitação e a forma de responsabilização dos agentes envolvidos, faz uma análise acerca do controle externo no processo licitatório, e por último, demonstra a aplicação da teoria do dano *in re ipsa* nos julgados do Superior Tribunal de Justiça-STJ e como tem atuado as Cortes de Contas acerca da matéria.

Finalmente serão apresentadas as considerações finais e as referências bibliográficas utilizadas.

## 2 CRITÉRIOS LEGAIS PARA DISPENSA DE LICITAÇÃO

A licitação é obrigatória para contratações na administração pública em geral que tenham por objeto obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e concessões, permissões e locações da Administração.

A licitação é a regra para a Administração Pública, sendo orientada pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, além de outras providências. Preceitua, em seu artigo 2º, que “as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei”<sup>1</sup>.

Em complemento a essa disposição legal, dispõe o art. 3º que “a Licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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”.<sup>2</sup>

De acordo com Renato Lima Castro, a Licitação Pública deriva do princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual se traduz numa verdadeira condicionante à liberdade do administrador Público na escolha do contratante, uma

---

<sup>1</sup> BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Senado Federal. Brasília, DF. Art. 2º.

<sup>2</sup> BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Senado Federal. Brasília, DF. Art. 3º.

vez que está obrigado a contratar com aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público e seja mais vantajosa à Administração Pública.<sup>3</sup>

Assim, tanto a administração direta como a indireta (fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios) devem cumprir a determinação insculpida no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

A Constituição Federal brasileira faz uma ressalva acerca da exigência de licitação prévia, dispondo em seu artigo 37, inciso XXI, que há casos com ressalva, que deverão estar devidamente especificados em legislação própria. Dessa forma, é possível que lei ordinária fixe os casos de dispensas de licitação. Assim, coube à Lei de Licitações e Contratos discorrer sobre o tema, pois, como o fim a ser atingido pela Administração Pública é o interesse público, se a competição parecer ser contrária a este fim deverá ocorrer as dispensas de licitação admitindo-se a contratação direta.

A Lei nº 8.666/93, em seus artigos 24 e 25, disciplina os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Importante ressaltar que há uma diferenciação entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação. Mesmo podendo enquadrar-se uma contratação dentre alguma hipótese de dispensa, deve-se levar em conta, sempre, a relação custo-benefício entre licitar ou dispensar. Já na inexigibilidade não há a possibilidade de licitar, pela inviabilidade de competição.

Tratando-se de uma licitação dispensável, mesmo havendo possibilidade de competição entre os fornecedores, a licitação é dispensada, pois o fim da Administração Pública é o interesse público. As hipóteses previstas para dispensa estão taxativamente previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no art. 24 e seus incisos, podendo ser divididas em categorias, quais sejam: em razão do valor da contratação; em razão de situações excepcionais; em razão dos contratantes; e em razão do objeto contratado.

---

CASTRO, Renato de Lima. A presumida lesão ao erário em razão da frustração da Licitude de Procedimento Licitatório. Disponível em: [www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses09/RenatoLimaCastro.doc](http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses09/RenatoLimaCastro.doc). Acesso em: 10. Jan. 2017.

A dispensa de licitação deve necessariamente ser justificada e o respectivo processo deve ser instruído com elementos que demonstrem a caracterização da situação atípica que a justifique, conforme o caso, além dos imperativos de que os preços praticados sejam razoáveis e condizentes com aqueles de mercado e de que o contratado detenha regularidade fiscal, sem embargos à explicitação das razões de escolha do fornecedor.

O artigo 24 da referida lei, estabelece em seus 34 (trinta e quatro) incisos, os casos em que é possível haver a dispensa de licitação. Nos incisos I e II, elenca os casos de dispensa de licitação em razão do pequeno valor. Nas contratações de obras e serviços de engenharia, por exemplo, para que seja dispensada a licitação, o valor não pode superar a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor máximo permitido na modalidade de Convite. Por ter o valor bastante restrito, a licitação é dispensada.

Nos incisos III a IX, a lei dispõe acerca os casos de dispensa em razão de situações excepcionais, situações em que a demora do procedimento licitatório é incompatível com a urgência da celebração do contrato, ou, quando a sua realização não tiver empecilhos, ao invés de favorecer, contrariar o interesse público, e ainda, casos em que comprovar o desinteresse dos particulares no objeto do contrato.

O inciso IV possibilita a dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública. O estado de calamidade pública deve ser declarado por Decreto do Executivo, e neste caso a anormalidade ou risco é generalizado, autorizando a dispensa de licitação em toda a área atingida e delimitada pelo Decreto. Calamidade pública, segundo o art. 1º do Decreto Federal nº 67.347, de 05.10.70, é "a situação de emergência, provocada por fatores anormais e adversos que afetam gravemente a comunidade, privando-a, total ou parcialmente, do atendimento de suas necessidades ou ameaçando a existência ou integridade de seus elementos componentes"<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Decreto nº 67.347, de 5 de Outubro de 1970. Estabelece diretrizes e normas de ação para defesa permanente contra as calamidades públicas, cria Grupo Especial e dá outras providências. Presidência da República. Brasília. DF. Art. 1º.

Já a emergência é uma situação que ultrapassa as rotinas administrativas e o cotidiano, exigindo providências imediatas, quando os fatos colocam em risco, comprometem ou causem prejuízos à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares. A emergência deve ser analisada de acordo com o caso concreto, justificando a dispensa de licitação por meio da relação com a anormalidade a ser corrigida ou com o prejuízo a ser evitado. Por tratar-se de um conceito subjetivo, deve estar baseado em fatos consumados ou eminentes, que podem ser devidamente comprovados ou previstos.

Já nos incisos X a XXII, a lei prevê que a licitação pode ser dispensada em razão do objeto contratado, como exemplo, as compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros alimentícios ou compra de materiais de uso pelas forças armadas. Já nos incisos finais, XXIII a XXXIV, a licitação é dispensável em razão da pessoa, que neste caso é possível devido apenas às pessoas envolvidas na licitação. Por exemplo: uma licitação de um objeto a ser fornecido exclusivamente para pessoa jurídica de direito público interno. Nesta hipótese o objeto da licitação só pode ser utilizado por pessoa jurídica de direito público interno e presentes alguns requisitos.

Dessa forma, mesmo nos casos de dispensas de licitação, há um procedimento formal, um rito a ser seguido. A Administração Pública é obrigada a caracterizar a situação justificadora da contratação, expor os motivos da escolha do contratado, justificar o preço, instruir o processo com toda a documentação prevista em lei e comprovar o motivo da dispensa.

### 3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

#### 3.1 Conceito de Improbidade Administrativa

O vocábulo improbidade é de origem latina, "*improbitate*", e significa, dentre outros sinônimos, falsidade, desonestidade, corrupção, desonradez, maldade etc. Por conseguinte, ímprobo é aquele que age com deslealdade no desempenho das suas atribuições funcionais, que infringe as normas previstas em lei e os preceitos morais estabelecidos na sociedade. Improbidade administrativa é, portanto, toda conduta ilegal, dolosa ou culposa do agente público no exercício de função, cargo, mandato ou emprego público, com ou sem participação de terceiro, que ofenda os princípios constitucionais da Administração Pública. Assim, constitui-se na violação do dever do agente público em atuar com probidade na gestão da coisa pública.

Vejamos o entendimento de improbidade administrativa, segundo Marino Pazzaglini Filho:

Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo "tráfico de influência" nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

(...)

De forma geral, a improbidade administrativa não reclama tanta elaboração para que seja reconhecida. Estará caracterizada sempre que a conduta administrativa contrastar qualquer dos princípios fixados no art. 37, caput da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), independentemente da geração de efetivo prejuízo ao erário.<sup>5</sup>

Da mesma forma se dá o entendimento de Léo da Silva Alves:

---

<sup>5</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 24.

Improbidade é desonestidade em seu sentido mais amplo. Implica na falta de zelo com dois elementos: o patrimônio público e o interesse público. Relaciona-se com a conduta do administrador e pode ser praticada não apenas pelo agente público, lato sensu, senão também por quem não é servidor e infringe a moralidade pública.

(...)

O ato de imoralidade, na opinião da melhor doutrina, afronta a honestidade, a boa fé, o respeito à igualdade, as normas de conduta humana e outros postulados éticos e morais. Qualquer cidadão pode propor ação popular, com objetivo de anular ato lesivo à moralidade administrativa. Não terá que arcar com as custas judiciais nem está sujeito à sucumbência, a não ser que fique comprovada a má-fé.<sup>6</sup>

Em 1988, com o advento da Constituição Federal Brasileira, foi mencionado pela primeira vez o termo improbidade administrativa, conforme descrito nos artigos 15, V, e 37, XXI, § 4º. Tempos depois, nasceu a Lei nº 8.429 de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), também conhecida como “Lei do Colarinho Branco”, e veio regulamentar o art. 37, § 4º da Constituição Federal ao dispor sobre as sanções políticas, civis e administrativas aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional, e especificou, embora não exaustivamente, alguns atos de improbidade administrativa e suas respectivas sanções cabíveis.

De forma geral, a improbidade administrativa é reconhecida de forma simples. Estará demonstrada sempre que a conduta administrativa for contrária a qualquer dos princípios fixados nos art. 37, caput, da Constituição Federal, e será independente da geração de efetivo prejuízo ao erário. No entanto, a Lei nº 8.429/92 divide e define, a título exemplificativo, os atos de improbidade administrativa em diferentes categorias. São elas: os atos efetivamente lesivos ao erário (art. 10); os atos que importam enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º); atos que acarretem ou não danos ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

---

<sup>6</sup> ALVES, Léo da Silva et al. Os crimes contra a administração pública e a relação com o processo disciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 216.

### 3.2 Lei Federal nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa

A Lei nº. 8.429/92 foi promulgada em 03 de junho de 1992, e dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, além de outras providências. Está organizada em 08 (oito) capítulos e é composta de 25 (vinte e cinco) artigos em seu bojo. Em seu primeiro capítulo a lei discorre sobre suas disposições gerais, contendo a titularidade passiva, titularidade ativa, os deveres dos agentes públicos, as consequências civis e extensão das sanções de natureza patrimonial ao sucessor do ímprobo.

Os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa foram elencados no art.1º da referida Lei:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.<sup>7</sup>

Nesta seara, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves explicam que a identificação do sujeito passivo deve ser a primeira medida a ser tomada, precedendo, então, a análise da condição do agente passivo, pois somente serão considerados atos de improbidade, para os fins da Lei nº 8.429/92, os praticados em detrimento das pessoas jurídicas elencadas no caput e parágrafo único do referido

---

<sup>7</sup> BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Senado Federal. Brasília, DF.

dispositivo<sup>8</sup>. Por outro lado, os sujeitos ativos dos atos de improbidade, ou seja, os responsáveis pelas condutas lesivas à Administração Pública são os agentes públicos ou terceiros.

A Lei nº 8.429/92 disciplina, nos seus artigos 2º e 3º, acerca do agente do ato de improbidade administrativa, ou seja, os sujeitos ativos da improbidade. Assim, existem dois tipos de sujeito ativo: o agente público, que pratica o ato de improbidade administrativa próprio; e o terceiro, que com ele concorre materialmente ou por indução, ou, ainda, que beneficia da prática do ato de improbidade.

No que se refere ao terceiro equiparado, este será o agente do ato de improbidade impróprio ou equiparado. Assim, o art. 3º da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) dispõe que suas disposições são aplicáveis 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. Trata-se de um terceiro, que não faz parte dos quadros da administração, sendo um particular que se beneficie do ato de improbidade praticado e, como consequência disto, será considerado coautor do ato de improbidade.

No entendimento de OLIVEIRA<sup>9</sup>, a Lei de Improbidade Administrativa tem por finalidade proteger a Administração em seu sentido mais amplo possível. Desta forma é abrangente o rol dos entes passivos dos atos de improbidade administrativa, mas, de forma geral, é sujeito passivo a pessoa jurídica de direito público interno, ou pessoa jurídica de direito privado e, ainda, a empresa ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de origem pública e aquelas cuja criação ou custeio o erário concorra.

Dessa forma, observa-se que a referida Lei disciplina três espécies de atos de improbidade administrativa, sendo as que causam enriquecimento ilícito, as que causam prejuízo ao erário público e as que atentam contra os princípios da

---

<sup>8</sup> GARCIA, Emerson;ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ed. Rev.Ampl.,Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.183.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Cristóvão Eder Maia. Considerações acerca da classificação legal dos atos de improbidade administrativa. Disponível em: [www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_outubro2001/corpodiscente/posgraduacao/consideracoes.htm](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_outubro2001/corpodiscente/posgraduacao/consideracoes.htm). Acesso em: 19 jan. 2016.

Administração Pública. Na modalidade de atos de improbidade que causam prejuízo ao erário público, capituladas no art. 10 e seus treze incisos, o caput da referida regra consigna como ato de improbidade o que resulta prejudicial ao erário quando o sujeito, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento por desaviso ou negligência, ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas.

No art. 10 da lei, houve a tentativa de proteger não o patrimônio público propriamente dito, mas o Erário, o Tesouro, ou seja, o conjunto de órgãos administrativos responsáveis pelo movimento econômico-financeiro do Estado, coibindo-se, pois, atos que venham prejudicar a Receita Pública. Ressalta-se que o ato de improbidade previsto no artigo em questão, supõe-se que a conduta lesiva ao Erário dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, seja ilegal. Segundo Marino Pazzaglini Filho e outros, "a interpretação há de ser sistemática. O que a lei visa reprimir, neste dispositivo, é a conduta ilegal. Não intenta punir quem, agindo legalmente, por culpa, cause prejuízo ao patrimônio público. Apenas a perda patrimonial decorrente de ilicitude, ainda que culposa, ensejará a punição do agente público nas sanções do art. 12, inciso II."<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias e FAZZIO JR., Waldo. Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

## 4 DANO AO ERÁRIO *IN RE IPSA* NAS DISPENSAS ILEGAIS DE LICITAÇÃO

### 4.1 Apuração de Improbidade Administrativa

Em leitura à Lei nº 8.429/92, que trata dos crimes de improbidade administrativa, vê-se que há a previsão, em seu artigo 14, que “qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade”.<sup>11</sup>

O pedido de instauração chega até à autoridade competente por meio de representação, que é um documento no qual deve constar a qualificação do autor da ação, ou seja, da pessoa que figura como representante, com a finalidade de identificá-la da forma mais completa possível, indicando quem é o autor do ato ímprobo objeto da representação, bem como as possíveis provas do ocorrido. Tais formalidades são vitais e necessárias, e a ausência de qualquer um dos requisitos de admissibilidade pode decorrer na rejeição da representação por parte da autoridade administrativa, não impedindo, porém, que o Ministério Público represente. Vejamos:

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

Após a autoridade competente receber a representação, não pode procrastinar a apuração dos fatos, visto que o § 3º do artigo 14 da lei em cerne,

---

<sup>11</sup> BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Senado Federal. Brasília, DF.

determina que atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos. Preceitua ainda que em se tratando de servidores federais, será processado na forma prevista nos artigos 148 a 182 da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

Em seguida, comunica-se ao Tribunal de Contas competente ou ao Conselho do Tribunal de Contas, bem como ao Ministério Público, informando que existe um procedimento administrativo instaurado para apurar um ato de improbidade administrativa. O artigo 16 (dezesseis) dispõe que após feita esta comunicação, surge a possibilidade de sequestro dos bens do agente público ou de terceiro que enriqueceu ilicitamente ou causou prejuízo ao erário:

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos Arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.<sup>12</sup>

Tendo sido efetivada a medida cautelar de sequestro dos bens, cabe ao Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada, propor a ação principal que deve ter rito ordinário no Poder Judiciário. O prazo para propositura de tal ação é de até 30 (trinta) dias. Importante ressaltar, que não é cabível transação, tendo em vista que a Administração Pública tem por objetivo o bem comum, logo, não pode negociar ou dispor de um direito da coletividade, qual seja, ter a verdade dos fatos apurada e penalizado o agente público ou terceiro improbo, como prevê o artigo 17,

---

<sup>12</sup> BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Senado Federal. Brasília, DF.

§1º. A Fazenda Pública poderá ainda, quando for o caso, promover ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

O Ministério Público, ainda que não atue no processo como parte, tem o dever de atuar como fiscal da lei (*custos legis*), sob pena de nulidade. Essas e outras imposições formais devem ser rigorosamente observadas no que tange o processo de que apura a improbidade administrativa:

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas no Arts. 16 a 18 do código de processo civil

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação. § 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento. § 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito

§ 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput § 1o, do Código de Processo Penal

Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilícitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.<sup>13</sup>

A Constituição Federal dispôs em seu art. 37, § 4º, que:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos públicos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos

---

<sup>13</sup> BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Senado Federal. Brasília, DF.

bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.<sup>14</sup>

Conforme nos ensina George Sarmiento, a improbidade administrativa é ato ilícito que pode repercutir nas instâncias cível, penal e administrativa pela imposição de sanções distintas, previstas em lei, e só aplicáveis mediante o devido processo legal em que sejam asseguradas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.<sup>15</sup>

Deste modo, como as sanções previstas na Constituição Federal são de natureza cível, devem ser aplicadas no âmbito da ação civil pública. Entretanto, considerando a independência das instâncias civil, penal e administrativa, nada impede que o mesmo ato de improbidade administrativa seja objeto de ação penal e de processo administrativo disciplinar. É possível concluir que os atos de improbidade administrativa podem ser apurados tanto no âmbito do judiciário como no do administrativo.

## **4.2 Controle externo no processo licitatório**

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 71, assevera que o Controle Externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (a nível federal), de maneira não subordinada, pois a função deste Tribunal é exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização.

Conforme ensina Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, os Tribunais de Contas, no Brasil, atuam como órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em “exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a

---

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal. Brasília, DF.

<sup>15</sup> SARMENTO, George. Improbidade administrativa. Porto Alegre: Síntese, 2002

execução financeiro-orçamentária, em face dos três poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional”<sup>16</sup>.

Em se tratando de controle externo nas licitações, a Lei nº 8.666/93, disciplina tal questão em seu artigo 113 e parágrafos, estabelecendo como critérios do referido controle a legalidade, a regularidade da despesa e sua execução, e o combate às irregularidades na aplicação da referida lei, nos termos da Constituição Federal:

**Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente**, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. (Negritei)

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.<sup>17</sup>

O controle externo realizado pelos Tribunais de Contas nos procedimentos licitatórios pode ser exercido por meio do regular exercício da função fiscalizadora atribuída a eles; mediante provocação por qualquer pessoa física ou jurídica, licitante ou contratado, os quais poderão representar ou denunciar àquele Tribunal em face de irregularidades na aplicação da Lei n.º 8.666/93, conforme § 1º acima citado e § 2º do artigo 74 da Constituição Federal e, ainda, por meio da análise prévia dos atos convocatórios pelas Cortes de Contas, conforme § 2º supracitado.

---

<sup>16</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime Jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

<sup>17</sup> BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Senado Federal. Brasília, DF.

Conforme José Afonso Silva, o controle externo é, pois, basicamente, controle de caráter político, no Brasil, mas sujeito a prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas, que, assim, se apresenta como órgão técnico e suas decisões são administrativas, não judiciais.<sup>18</sup>

De acordo com o disposto no art. 41, inciso II, da Lei nº. 8.443/92 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, compete ao TCU (por simetria também aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios) acompanhar os editais de licitação e os contratos, inclusive administrativos, pela publicação no Diário Oficial da União ou por outro meio estabelecido no regimento interno, para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas dos responsáveis sujeitos à sua jurisdição.

Assim, está demonstrado que os Tribunais de Contas, a qualquer momento, podem fazer a análise de todo e qualquer ato praticado no curso do procedimento licitatório, com vistas a garantir a total conformidade do certame licitatório com o sistema normativo vigente. No curso das apurações a cargo dos Tribunais de Contas, são várias as possibilidades de se identificar condutas que contrariam as disposições legais durante o curso de um processo licitatório, podendo ser tipificadas como atos de improbidade administrativa.

Na consecução de suas atividades, o Tribunal de Contas dispõe dos processos de fiscalização, processos de contas (prestações de contas) e de tomada de contas especial, entre outros processos, que são hábeis a viabilizar o controle do uso regular das verbas públicas e, se for o caso, por meio deles, após assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, é possível determinar a suspensão de um procedimento licitatório ou de um contrato já em execução, por exemplo, responsabilização do gestor pelos danos causados ao Erário e impor-lhe o ressarcimento, além da aplicação de sanção pecuniária. Portanto, dos processos em que são constatadas pelos Tribunais de Contas quaisquer lesões ao Erário, decorre, pois, uma decisão condenatória ao gestor responsável.

---

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

### 4.3 Improbidade administrativa e o dano ao erário

Tem-se como espécie de improbidade administrativa o afastamento indevido de licitação, expressamente regulamentada no seguinte dispositivo da lei 8.429/92:

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

O referido caso correspondente ao inciso VIII do art. 10, que em seu caput exige demonstração de dano ao erário, ou seja, o prejuízo causado precisa ser comprovado e, nesse caso, é condição determinante para a efetivação do ressarcimento, nos moldes do art. 21, I, da lei em questão que assevera que “a aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento”<sup>19</sup>.

Tendo em vista que a dispensa indevida de licitação, configurada como ato de improbidade, causa prejuízo ao Estado, leva-se a crer que qualquer dispensa indevida de licitação gera prejuízo ao Erário. No entanto, nem sempre uma dispensa indevida de licitação, amoldada como improbidade, causará prejuízo patrimonial para os cofres públicos. Exemplificando, se uma dispensa de licitação em que os bens contratados foram fornecidos por um preço acima do valor de mercado, enquadra-se certamente no disposto no artigo supracitado, pois houve

---

<sup>19</sup> BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Senado Federal. Brasília, DF.

uma dispensa de licitação ilegal e os preços foram acima do valor de mercado, tendo assim prejuízo econômico para os cofres públicos.

O entendimento é divergente, porém, quando há uma dispensa indevida de licitação e os bens foram efetivamente fornecidos no valor de mercado. Numa análise formal, preliminarmente, verifica-se que neste caso não há como amoldá-lo ao tipo previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/92. Neste caso, em tese, não haveria a prática de ato de improbidade, pois se o ato é ilegal e presentes os demais requisitos exigidos na Lei, como a má-fé, por exemplo, também restará configurada a improbidade administrativa, contudo, previsto em outro artigo da referida lei que dispõe dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, dentre eles a legalidade:

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente.<sup>20</sup>

#### **4.4 Aplicação do dano ao erário *in re ipsa***

Embora o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário seja no sentido que não é possível considerar que houve dano ao erário sem que haja a comprovação material, ou seja, sem a quantificação do dano, podemos dizer que o instituto do dano *in re ipsa*/presumido tem sido utilizado na jurisprudência brasileira de forma cada vez mais crescente. Há corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de o ordenamento jurídico admitir, em vários casos, a presunção de lesividade ao patrimônio público, fundamentado nos artigos 4º da Lei nº 4.717/65 (Lei que regula a Ação Popular) e 10 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade

---

<sup>20</sup> BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Senado Federal. Brasília, DF.

Administrativa). De acordo com esse último entendimento, extrai-se que o dano decorre da própria ilegalidade do ato praticado, sem a necessidade de efetiva comprovação ou quantificação. O administrador que determinou a prática do ilícito deverá indenizar o erário, haja vista que o patrimônio enriquecido não o terá sido com ausência de título jurídico, mas sim em decorrência de uma lesão aos seus valores fundamentais, como o da moralidade administrativa.

Sobre tal tema, Hugo Nigro Mazzilli teceu importantes considerações, conforme a seguir:

O dano à moralidade administrativa está sempre presente quando a Administração dispensa indevidamente licitação ou concurso<sup>21</sup>: estará contratando pessoal sem a seleção necessária, desconsiderando critérios de probidade e impessoalidade e deixando de selecionar os melhores; estará, em suma, abrindo mão do dever de buscar os melhores preços e a melhor qualidade de materiais ou concorrentes; estará ferindo a moralidade administrativa. Além disso, é extremamente provável que, de acréscimo, ainda haja danos materiais concretos à qualidade da obra ou dos serviços contratados – e esses fatos devem ser investigados. Por fim, é raro terem sido os serviços ou a obra executados de boa-fé, quando contratados ilicitamente sob dispensa de concurso ou licitação quando exigíveis.

Corretamente arrematam Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, cuidando de caso análogo: “A presunção de lesividade desses atos ilegais é fácil de intuir. Se o ordenamento jurídico obriga o procedimento licitatório, para o cumprimento da isonomia e da moralidade da administração, o esquivar-se a esse procedimento constitui inequívoca lesão à coletividade. Será esta ressarcida pela devolução do dispêndio à revelia do procedimento legal. Aquele que praticou os atos terá agido por sua conta, riscos e perigos. Ainda que pronta a obra, entregue o fornecimento ou prestado o serviço, se impassível de convalidação o ato praticado, impõe-se a devolução. Não estaremos diante do chamado enriquecimento sem causa. Isso porque o prestador do serviço, o fornecedor ou executor da obra serão indenizados, na medida em que tiverem agido de boa-fé. Entretanto, a autoridade superior que determinou a execução sem as cautelas legais, provada sua culpa (o erro inescusável ou o desconhecimento da lei), deverá, caso se negue a pagar espontaneamente, em ação regressiva indenizar o Erário por sua conduta ilícita. O patrimônio enriquecido, o da comunidade e nunca o da Administração (pois esta é a própria comunidade), não o terá sido com ausência de título jurídico. Mas sim, em decorrência de uma lesão aos seus valores fundamentais, como o da moralidade administrativa. Compete à parte, e não à

---

<sup>21</sup> Nesse sentido, REsp n. 260.821-SP, STJ, m.v., j. 21-05-02, Rel. Min. Eliana Calmon; RE n. 160.381-SP, 2ª T. STF, v.u., j. 29.03.1994, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 12.08.1994, p. 20.052

Administração, a prova de que o dano, decorrente da presunção de lesividade, é menor do que a reposição integral”<sup>22</sup>.

Se é verdade que não pode a administração locupletar-se ilicitamente, ao mesmo tempo não pode realizar despesas não autorizadas pela lei.

Ainda que devam receber pela obra ou serviços os que acaso os tenham realizado de boa-fé, pela sua retribuição, quando devida, deve arcar o administrador ímprobo que contratou indevidamente, e não a coletividade, que não pode ser condenada a custear as contratações ilegais que o administrador faça de seus favorecidos.<sup>23</sup>

Sabe-se que as licitações, de maneira geral, tem o objetivo de assegurar a igualdade de condições entre os interessados, de forma a sempre obter a melhor proposta para a administração. A licitação não foi prevista apenas para a escolha de alguma proposta que não apresente preço excessivo, pois a própria lei já veda o superfaturamento acarretando na desclassificação das propostas, conforme artigo 48, II, da Lei 8.666/93. A licitação objetiva a melhor proposta, vale dizer, a que represente menos custo para a administração, a oferta mais vantajosa, a depender da modalidade licitatória utilizada.

De acordo com o entendimento da Procuradora de justiça do Estado de São Paulo, Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira, para a obtenção dessa melhor proposta, a alma da licitação é a competitividade. Ou seja, a administração chama os interessados em contratar determinado objeto, determinando que as propostas sejam mantidas em sigilo, presumindo-se que aqueles que acodem ao chamado e atendem os requisitos exigidos, buscarão apresentar o menor preço possível para vencer o certame, sabendo que os demais concorrentes também terão a mesma conduta. Dessa competição resulta a melhor proposta para a administração. Não uma proposta que apresente, simplesmente, um preço de mercado.

Ainda segunda a jurista,

---

<sup>22</sup> FERRAZ, Sérgio e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Dispensa e inexigibilidade de licitação. 3. ed. São Paulo: Malheiros. p. 107-108.

<sup>23</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 171.

o preço de mercado constitui uma faixa de valores praticada no ramo, que vai desde um valor menor até um maior aceitável para o objeto a ser licitado. Essa variação decorre dentre os quais a maior ou menor eficiência do fornecedor — que determina a agregação, ao preço do produto ou serviço, de maiores ou de menores custos indiretos — assim como a maior ou menor pretensão de lucro e à estratégia de vendas, tudo em obediência à lei da oferta e da procura. Comprar a preço de mercado não significa comprar com o melhor preço, com o preço mais baixo. Significa, apenas, comprar a preço praticado por alguns fornecedores que, não necessariamente, terão a mesma eficiência de outros, ou a mesma estratégia, ou, ainda, a mesma pretensão de lucro.

Logo, exigir a prova de dano ao erário em casos de dispensa indevida de licitação conspira contra uma das finalidades deste instituto, expressa no artigo 3º da Lei 8.666/93, de selecionar a proposta mais vantajosa para a administração. Lembre-se, nesse passo, que a Constituição Federal, dentre as diversas normas que regem a administração pública, exige que os gastos públicos sejam marcados pela economicidade, como resulta claro da leitura do artigo 70, caput, da Constituição Federal, que indica esse princípio, dentre outros, para a realização da fiscalização a cargo dos tribunais de Contas.<sup>24</sup>

Não se tem economicidade sem a obtenção da melhor proposta para a administração. E não se podem ignorar atos que atentem aos princípios norteadores da administração pública ou à legalidade do processo licitatório. Desta vista, constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que frustre a licitude do processo licitatório ou dispense-o indevidamente. O dano patrimonial decorre, simplesmente, da prática dos comportamentos ímprobos descritos pela norma. Esta interpretação é fruto da lógica conjugação do inciso VIII do art. 10, com o *caput* da disposição.

Atenta-se que a presunção do dano não é matéria indiferente ao Direito Administrativo, já que art. 4º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a Ação Popular, traz inúmeras hipóteses de dano presumido ao erário, cujas presunções foram preestabelecidas por expressa disposição legal ao longo de seus oito incisos.

---

<sup>24</sup> VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira Prado. Improbidade administrativa, dispensa de licitação e dano ao erário. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-25/mp-debate-improbidade-administrativa-dispensa-licitacao-dano-erario>. Acesso em 12 fev.2017.

A fim de resguardar coerência e lógica ao regime jurídico administrativo nacional, há que se interpretar o art. 10, inciso VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, da mesma forma em que se interpreta o art. 4º da Lei de Ação Popular, já que, nas duas hipóteses, o legislador explicitou as hipóteses fáticas em que o dano ao erário é presumido. Neste sentido, registre a importante decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

A lesividade decorre da ilegalidade. Esta é *in re ipsa*. O agente administrativo apenas pode decidir em face das finalidades encampadas no ordenamento jurídico. A ele é dada a competência apenas para que atinja boa prestação dos serviços públicos. O fim gizado na norma constitucional ou legal é o objetivo único do agente. Sua competência destina-se a alcançar os fins traçados no sistema normativo. A ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano.<sup>25</sup>

Anote-se, ademais, que o art. 2º, alínea c, da Lei de Ação Popular reputa como nulo e lesivo ao patrimônio público, o ato administrativo que contenha ilegalidade de seu objeto. Parece incontroverso, na espécie, que a frustração da licitude de processo licitatório ou sua dispensa indevida materializa, exatamente, um objeto ilícito, cuja graduação da ilicitude chega a seu grau máximo.

O ato de improbidade administrativa descrito no art. 10, inciso VIII retrata, na realidade, o injusto penal encartado no art. 89, *caput*, da Lei de Licitações Públicas, segundo o qual se constitui em fato delituoso “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade”.

Assim, ao se dispensar indevidamente um processo licitatório, seja por intermédio de simples contratação direta ou por considerar-se como uma hipótese de dispensa, será violado o escopo maior da licitação pública que é garantir o princípio da isonomia e conferir à Administração Pública a proposta mais vantajosa.

É inadmissível que o agente público, que tem suas funções e atribuições estabelecidas em texto legal, desvirtue suas atribuições, contratando sem licitação,

---

<sup>25</sup> RE 160.381-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 29.03.94, DJ. 20-03-1994, p. 20052, citado na Apelação Cível n.º 784190-5-2.

causando dano à administração Pública, que deixará de obter a proposta mais vantajosa em razão da ausência de competição no certame licitatório.

É esclarecedora a lição de Sérgio Ferraz e Lúcia Figueiredo, segundo os quais:

(...) quem gastar em desacordo com a Lei, há de fazê-lo por sua conta, risco e perigo. Pois, impugnada a despesa, a quantia gasta irregularmente terá de retornar ao erário público. Não caberá a invocação, assaz de vezes realizada, de enriquecimento da Administração. Ter-se-ia, consoante essa linha de argumentação, beneficiado com a obra, serviço e fornecimento, e, ainda mais, com o recolhimento dos responsável ou responsáveis pela despesa considerada ilegal.<sup>26</sup>

Além do descrito no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, no sentido de que a contratação de obras ou serviços com o poder público deve ser precedida de licitação, tem-se o descumprimento de regras funcionais, segundo as quais exigem do agente público agir em absoluta conformidade com a lei, praticando ações administrativas em busca da satisfação do interesse público. Portanto, o sujeito que pratica o ato ímprobo deve ser devidamente responsabilizado arcando com as consequências oriundas do ato danoso por ele praticado.

Conforme entendimento de Renato Lima Castro<sup>27</sup>, a improbidade administrativa, contida no âmbito do direito administrativo sancionador, não pode desconsiderar o comportamento ímprobo do agente público, que, por meio de ação ou omissão, viola a igualdade dos licitantes e impede que a Administração Pública obtenha a proposta mais vantajosa, escopo da licitação pública, sem lhe impor a devida sanção.

Totalmente implausível que o titular da Ação de Improbidade Administrativa, necessite comprovar um dano presumido pela norma de regência, quando a comprovação do dano, na espécie, é de inviável demonstração.

---

<sup>26</sup> Citado na Apelação Cível n. 570605 5/2-00, Comarca de Itaporanga, julgada no dia 28 de abril de 2008, relator Desembargador Pires de Araújo.

<sup>27</sup> CASTRO, Renato de Lima. A presumida lesão ao erário em razão da frustração da Licitude de Procedimento Licitatório. Disponível em: [www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses09/RenatoLimaCastro.doc](http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses09/RenatoLimaCastro.doc). Acesso em 10/01/2017, às 11:30hs.

A simples contratação direta de uma empresa para prestar serviço ao poder público, sem a prévia licitação, elimina a participação de outros licitantes que, em igualdade de condições, poderiam apresentar preços mais vantajosos à Administração Pública.

Assim, difícil, ou quase impossível, de se definir quantas empresas poderiam ter participado de um processo licitatório destinado à prestação do objeto licitado, ampliando o número de ofertas à Administração Pública, possibilitando-a obter a proposta mais vantajosa. Seria impossível ao titular da ação de improbidade administrativa demonstrar que, concretamente, a Administração Pública não obteve a proposta mais vantajosa, diante da frustração da licitude do processo licitatório ou mesmo de sua dispensa indevida. Esta produção probatória seria no mínimo inviável e indemonstrável.

Desta impossibilidade de mensurar os danos efetivamente ocasionados resulta uma consequência inarredável: os agentes públicos devem ser condenados a pagar à Administração Pública o valor contratado (cuja contratação adveio, por óbvio, da frustração da licitude de uma licitação), em solidariedade com os particulares que tenham concorrido para a concretização do fato ímprobo (art. 59, par. Único da Lei de Licitações – interpretação em sentido contrário).

Wallace Paiva Martins Júnior, de igual sorte, admite a presunção do dano nas hipóteses encartadas no art. 10 da Lei n. 8429/92, senão vejamos:

Em alguns atos de improbidade administrativa (notadamente os do art. 10, mas não exclusivamente), o ressarcimento do dano é obrigatório em face da lesão patrimonial, que pode ser presumida *ex vi legis* ou demandar prova de sua efetiva ocorrência”. Entende-se que, nos casos do art. 10, a lesividade dos atos arrolados é **presumida**, tal e qual ocorre com as situações descritas no art. 4º da Lei n. 4.717/65, porque a lei já indica os casos de lesão ao patrimônio público.<sup>28</sup> (grifei)

---

<sup>28</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa, p. 270, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

#### 4.4.1 Nos julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ

Em setembro do ano de 2014, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, proferiu importante julgamento acerca da necessidade ou não de efetiva comprovação do dano para configuração da lesão ao erário e delimitação do ressarcimento. Aquela Corte analisou atos de improbidade cometidos em um processo licitatório. Mais especificamente, analisou a dispensa ilegal ocorrida no bojo de um procedimento licitatório.

No julgamento do caso, o Superior Tribunal de Justiça - STJ entendeu que o fato de ter havido a dispensa de licitação de forma ilícita, em descumprimento às regras estabelecidas no dispositivo legal, por si só, já representa prejuízo ao erário, pois ao deixar de contratar a melhor proposta, o Poder Público já se encontra efetivamente prejudicado pela conduta ímproba do agente responsável. Portanto, nas dispensas ilegais de licitação, o dano ao erário é *in re ipsa*, ou seja, ao contrário do que estabelece a lei, não há necessidade de comprovação ou quantificação do dano, eis que o prejuízo é inerente à conduta do agente ímprobo.

Assim julgou o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PREJUÍZO AO ERÁRIO *IN RE IPSA* NA HIPÓTESE DO ART. 10, VIII, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

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.) (Negritei)<sup>29</sup>

Fazendo a análise do caso concreto julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, para a configuração da improbidade administrativa prevista no artigo 10, VIII, da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), é desnecessária a comprovação de dano efetivo ao erário, pois ao estabelecer que “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens”<sup>30</sup> constitui improbidade administrativa, que causa dano ao erário. A mesma lei ainda arrola diversas condutas ímprobas, dentre elas a de dispensar indevidamente um procedimento licitatório.

Se realmente fosse necessária a demonstração do dano efetivo com a quantificação material do dano causado, essa conduta não teria sido prevista. Bastaria a disposição do caput mencionado, que prevê como improbidade administrativa o ato que causa dano ao erário. Logo, se além dessa conduta descrita de forma genérica, houve a descrição da conduta específica de dispensar indevidamente a licitação ou procedimento licitatório, não se deve entender que, aqui, há necessidade de demonstração do prejuízo efetivo.

Em análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, é evidente que, desde as primeiras decisões daquele Tribunal Superior até os dias atuais, firmou-se o entendimento, na hipótese de dispensa indevida de licitação e até em outras fraudes na licitação, de que o dano ao erário deve ser considerado *in re ipsa*, sem a necessidade de demonstração de efetivo prejuízo financeiro, conforme decisões a seguir:

---

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Direito Administrativo. Atos Administrativos. Improbidade Administrativa, REsp 1.376.524 / RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/9/2014, Brasília, DF, DJe, 9/9/2014.

<sup>30</sup> BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Senado Federal. Brasília, DF.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE. INDEVIDA DISPENSA DELICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DOMINISTÉRIO PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA DA EMPRESA CONTRATADA. PROVA DO PREJUÍZO. DANO IN RE IPSA. NECESSIDADE DE PRÉVIOPROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, INACUMULATIVIDADE DE PENAS E IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO QUE FOI RECEBIDO CARENTES DE PREQUESTIONAMENTO. DISCUSSÃO DOS TEMAS NO VOTO VENCIDO. SÚMULA 320/STJ. 1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública de improbidade para pleitear, também, o ressarcimento do erário. Súmula 329/STJ e Precedentes. 2. Evidenciado no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-processuais descritas pelo Tribunal de origem, a culpa por parte da empresa contratada sem licitação, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei nº 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12, II, do mesmo diploma. Precedentes. 3. **A indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano *in re ipsa*, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema. Precedentes da Segunda Turma.** 4. Carecem de prequestionamento dos temas jurídicos relativos às alegações de necessidade de prévio procedimento administrativo, de inacumulatividade de determinadas penas e de impossibilidade de restituição integral de todos os valores recebidos, incidindo, no caso, a Súmula 320/STJ. 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.<sup>31</sup>(negritei)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. FRACIONAMENTO INDEVIDO DE LICITAÇÃO. FRUSTRAÇÃO DE COMPETITIVIDADE. DANO AO ERÁRIO E PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. OCORRÊNCIA. MEMBRO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO MUNICIPAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL, RESTABELECE A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO E A SITUAÇÃO IRREGULAR DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. 1. Pretende a União restabelecer a condenação de Paulo Eduardo Martins por ato de improbidade administrativa, com a consequente condenação de ressarcimento ao erário. (...) Após realização de auditoria, constataram-se diversas irregularidades no procedimento licitatório (...) **5. Tudo isso leva à conclusão inafastável da ocorrência de ato ímprobo, uma vez que a Comissão Licitante, a fim de frustrar a competitividade da licitação e os princípios que regem o tema, fracionou o procedimento, ensejando dano ao erário.** 6. O STJ possui o entendimento de que, em casos como o ora analisado, o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade do procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é *in re ipsa*, na medida em

---

<sup>31</sup> STJ - REsp: 817921 SP 2006/0026590-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 27/11/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/12/2012

**que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta.** Precedente: REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 9.3.2012. 7. Recurso Especial provido para, em consonância com o parecer ministerial, restabelecer a sentença proferida em primeiro grau, que reconheceu a prática de ato ímprobo e a situação irregular do procedimento licitatório.<sup>32</sup> (negritei)

Entre várias outras decisões relevantes, mencionaremos, por último, julgado recente, de 02 de fevereiro do corrente ano, no qual o STJ, por meio do Ministro Herman Benjamin, consolidou ainda mais o entendimento acerca da aplicação do dano *in re ipsa*, conforme trechos da decisão referida a seguir:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. (...) DANO AO ERÁRIO. (...) DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DANO IN RE IPSA. (...). 1. Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Domingos Alcalde e Herval Rosa Seabra, objetivando ressarcimento dos danos materiais causados aos cofres do Município de Marília e danos morais causados à sociedade, consistente no reembolso de todos os valores gastos irregularmente em 1991, ano em que o primeiro réu exerceu o cargo de Prefeito de 1º de janeiro a 10 de novembro e o segundo réu, interinamente, de 11 de novembro a 31 de dezembro, tendo por objeto diversas irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas como falta e fracionamento de licitações, despesas impróprias com aluguel, alimentação, gráfica, publicidade e promoções artísticas, sob o fundamento de que teriam sido descumpridos os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. (...) 6. Ademais, o STJ firmou o entendimento de que a pretensão de ressarcimento dos prejuízos causados ao Erário é imprescritível, mesmo se cumulada com a ação de improbidade administrativa. Precedentes: REsp 1.429.304/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/9/2016; AgRg no REsp 1.517.891/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/8/2015. 7. O Tribunal a quo reconheceu que houve dano ao Erário. Vejamos: "Quanto às aquisições fracionadas da empresa Ações-

---

<sup>32</sup> STJ - REsp 1622290 / AL RECURSO ESPECIAL 2016/0224838-2, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 06/12/2016, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2016.

te (barras de ferro), **patente a lesão ao erário, pois efetuados gastos acima dos valores permitidos para compra direta, sendo que não eram despesas urgentes e não estavam dispensadas do processo licitatório, conforme constatou o perito a fls. 1042. Ainda, como ponderou a MM. Juiza: "os réus compraram bens sem licitação, quando já sabiam de antemão o preço do bem, cujo valor total não autorizava dispensa" (fls. 1143)" (fl. 1440, e-STJ). (...) 9. A fraude à licitação dá ensejo ao chamado dano *in re ipsa*. Nesse sentido: REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9/9/2014; REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012; REsp 1.190.189/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/9/2010, e REsp 1.357.838/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/9/2014. (...) 14. Agravo Interno não provido.<sup>33</sup> (negritei)**

Portanto, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça tem reiterado o seu entendimento acerca do dano presumido em casos de dispensas indevidas de licitação, demonstrando o quão relevante é o tema para a solução dos casos em que o Estado é lesado em procedimentos licitatórios sem que consiga reaver os recursos e sem haver a responsabilização dos agentes causadores do dano.

#### **4.4.2 Nos julgados dos Tribunais de Contas**

No âmbito dos Tribunais de Contas o instituto do dano ao erário *in re ipsa* é pouco citado e menos ainda utilizado em seus julgados. Em pesquisa a nível nacional a respeito do tema, tanto no Tribunal de Contas da União quanto nos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, foram encontrados apenas alguns registros que de fato firmaram entendimento que o dano ao erário no caso ali analisado era presumido, ou *in re ipsa*.

---

<sup>33</sup> STJ - AgInt no AREsp 530518 / SP AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0131500-2, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/02/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/03/2017.

Vejamos trechos de decisão do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, no julgamento de uma Prestação de Contas em procedimento licitatório, de relatoria do Conselheiro Ronaldo Chadid:

Trata-se da prestação de contas do procedimento de inexigibilidade de licitação n.º 01/2013, da formalização e execução financeira do Contrato Administrativo n.º 17/2013, celebrado entre o Município de Nioaque e a microempresa Marco Alessandro Viana, para contratação de show artístico para apresentação nas festividades do carnaval do ano de 2013, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Através de seu relatório de análise processual lançado às folhas 59/62, o núcleo de auxílio técnico atestou as seguintes pendências documentais na instrução da prestação de contas: Justificativa da inexigibilidade; Pesquisa de mercado; Razões para a escolha do artista; Atestado de exclusividade; e Justificativa do preço; Regularmente intimado a esclarecer as impropriedades verificadas (vide intimação às folhas 64), a Autoridade Ordenadora de Despesas, Sr. Gerson Garcia Serpa, não atendeu ao chamado da Corte, razão que motivou o decreto de revelia, nos termos da certidão às folhas 71.(...)  
**A dispensa ilegal do devido procedimento licitatório induz não só à nulidade do contrato, conforme determina do o artigo 42,§ 2.º da Lei 8.666/93; mas também impõe o dever de restituição da quantia paga, pelo dano presumidamente causado em decorrência da própria ilegalidade do ato praticado. O dano, neste caso, é preconcebido por lei. Significa dizer que diante da demonstração da indevida dispensa de licitação, se tem por concretizado o prejuízo ao erário. Em outras palavras, pode-se afirmar que ao invocar hipótese de inexigibilidade inexistente, o Prefeito de Nioaque violou o escopo maior da licitação pública, que é garantir o princípio da isonomia e conferir à Administração Pública a proposta mais vantajosa. E, descumprido estes comandos o da isonomia; e proposta mais vantajosa referendados pela Constituição Federal e pelas normas subjacentes, deverá ele ressarcir o erário do município, já que deliberadamente praticou o fato antecedente e pressuposto da lesão presumida, que não é outro senão a dispensa indevida do certame.(...)<sup>34</sup> (negritei)**

Outra Corte de Contas a acolher tal instituto e aplica-lo foi o Tribunal de Contas do Estado de Goiás, onde o Conselheiro Celmar Rech, relator do processo, explanou em seu voto a respeito do dano ao erário *in re ipsa* consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Importante destacar que para o Superior Tribunal de Justiça - STJ, em casos de fracionamento de compras e contratações com o objeti-

---

<sup>34</sup> TCE-MS - CONTRATO ADMINISTRATIVO: 122182013 MS 1432802, Relator: RONALDO CHADID, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 1224, de 18/11/2015

vo de se dispensar ilegalmente o procedimento licitatório, o prejuízo ao erário é considerado presumido (*in re ipsa*), na medida em que o Poder Público, por força da conduta ímproba do administrador, deixa de contratar a melhor proposta, o que gera prejuízos aos cofres públicos (STJ. 2ª Turma. REsp 1280321/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 06/03/2012).

Assim, vislumbro a possibilidade de haver Tomada de Contas Especial em que não há imputação de débito, pela impossibilidade de quantificá-lo, havendo, porém, a comprovação de dano ao erário.<sup>35</sup>

Já no âmbito do Tribunal de Contas da União, em um de seus julgados, decidiu pelo não acolhimento do dano presumido em um dos casos analisados naquela Corte, no entanto, não firmou entendimento acerca da não possibilidade da aplicação da teoria do dano presumido em outros casos. Segue fragmentos da decisão do TCU:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E RECURSO INOMINADO EM FACE DE DECISÃO DESTA CORTE DE CONTAS QUE DECRETOU A INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS RECORRENTES. CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. RECEBIMENTO DO RECURSO INOMINADO COMO MANIFESTAÇÃO A QUE SE REFERE O ITEM 9.7.2. DO ACÓRDÃO 425/2016-PLENÁRIO. APRECIÇÃO DE MEDIDAS PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE DE USAR NO PRESENTE PROCESSO A TEORIA DO DANO IN RE IPSA. POSSIBILIDADE DE TRAZER AOS AUTOS AS EMPRESAS QUE FIRMARAM CONTRATO COM A PETROBRAS PARA AQUISIÇÃO DA REFINARIA DE PASADENA. CRIAÇÃO DE PROCESSO APARTADO PARA FAZER A CITAÇÃO DAS REFERIDAS EMPRESAS. DETERMINAÇÕES. **Quando houver dano ao erário quantificado nos autos, não só em relação ao quantum, mas também em relação aos atos ilícitos, ao nexo de causalidade e à existência de dolo e/ou culpa, não há o que se falar em aplicação da teoria do dano *in re ipsa*.** Nos contratos internacionais, ante a autonomia de vontade das partes, é legítimo que essas possam eleger a lei que lhes será aplicada. Sentença arbitral estrangeira aplicada sobre contrato internacional lastreada em negócio jurídico constituído a partir de vontades viciadas tem o condão de ofender a ordem pública nacional. A ofensa à ordem pública nacional constitui motivo suficiente para afastar a lei escolhida entre as partes para a solução de eventuais conflitos. Afastada a lei escolhida entre as partes para solucionar eventuais conflitos, os vícios no negócio jurídico devem ser apreciados à luz das normas do direito pátrio. No direito pátrio compete ao TCU, consoante previsto no art. 71, inciso II, da CF, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração federal direta

---

<sup>35</sup> TCE-GO - Acórdão nº 03793/2016 - Processo: 201100010020096, Relator: Celmar Rech, 26ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno - 09/11/2016 às 15:00.

e indireta, bem como daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Em casos excepcionais, a Corte de Contas pode, em nome do princípio da duração razoável do processo e da racionalidade processual, ordenar a citação de responsáveis que concorreram para o cometimento de mesma irregularidade em momentos distintos e até mesmo em autos apartados.<sup>36</sup> (negritei)

Novamente analisando o julgado supracitado do Tribunal de Contas da União, em seu relatório, o Ministro Vidal do Rêgo, elucida a respeito do dano ao erário *in re ipsa*, afirmando que esta teoria é ainda pouco utilizada e aceita no Direito Administrativo, mas que encontra respaldo legal para sua existência:

48. Em artigo elucidativo sobre a teoria explica Renato de Lima Castro, Promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Londrina:

Com esse raciocínio paralelo, guardadas as peculiaridades de cada ramo jurídico, no âmbito do Direito Penal impõe-se a sanção ao agente que pratica o comportamento descrito no tipo de injusto, independente da concreta lesão ao erário, ou mesmo a correspondente devolução das quantias eventualmente desviadas.

A improbidade administrativa, contida no âmbito do direito administrativo sancionador, não pode desconsiderar o comportamento improbo (e delituoso) do agente público, que, por meio de ação ou omissão, viola a igualdade dos licitantes e impede que a Administração Pública obtenha a proposta mais vantajosa, escopo da licitação pública, sem lhe impor a devida sanção: dever de indenizar.

Não é crível que o titular da Ação de Improbidade Administrativa, necessite comprovar um dano presumido pela norma de regência, quando a comprovação do dano, na espécie, é de inviável demonstração.

Nada mais exato. A simples contratação direta de uma empresa para prestar serviço ao poder público, sem a prévia licitação, elimina a participação de outros licitantes que, em igualdade de condições poderiam apresentar preços mais vantajosos à Administração Pública.

Nesse vértice, **quantas empresas poderiam ter participado de um processo licitatório destinado à prestação do objeto licitado, ampliando o número de ofertas à Administração Pública, possibilitando-a obter a proposta mais vantajosa? Como seria possível ao titular da Ação de Improbidade Administrativa demonstrar**

---

<sup>36</sup> TCU – Representação, Processo nº: 005.406/2013-7, ACÓRDÃO 1720/2016 – PLENÁRIO, Relator: Ministro Vidal do Rêgo, 6/7/2016

que, concretamente, a Administração Pública não obteve a proposta mais vantajosa, diante da frustração da licitude do processo licitatório ou mesmo de sua dispensa indevida?

Esta produção probatória seria diabólica, por que inviável e indemonstrável.

**É indubitoso que a existência de uma proposta prévia e arbitrariamente escolhida pelos agentes ímprobos, materializou danos ao erário, cuja dimensão, entretanto, não pode ser mensurada, pelas razões expostas, A presunção do dano, tal como admitido pela Lei de Improbidade Administrativa, compatibiliza-se com a natureza da matéria. [grifei]**

Desta impossibilidade de mensurar os danos efetivamente ocasionados resulta uma consequência inarredável: os agentes públicos devem ser condenados a pagar à Administração Pública o valor contratado (cuja contratação adveio, por óbvio, da frustração da licitude de uma licitação), em solidariedade com os particulares que tenham concorrido para a concretização do fato ímprobo (art. 59, § Único, da Lei de Licitações – interpretação em sentido contrário).

**50. Pelo exposto, entendo que a melhor solução é chamar os responsáveis pelo total da operação, uma vez que no dano *in re ipsa* decorrente de ato de improbidade administrativa caberá aos mesmos provar o valor que seria justo pela operação.** A teoria traz um misto de valor a título de ressarcimento (indenizatório) e valor a título de sanção pelo ato ilícito. Caso contrário, uma vez verificado ao final do processo, um valor diferente de dano e com lastro em outras metodologias de cálculo, estaríamos fadados à nulidade processual por vício de citação.

**O dano *in re ipsa* é aquele em que a presunção da sua ocorrência se dá pela força dos próprios fatos, ou seja, ocorre em situação na qual há suficiente indício de que o dano haja ocorrido em razão de ser consequência necessária e inevitável da conduta praticada.**

**É no Direito Civil que a teoria encontra maior guarida, especialmente no que se refere ao dano moral, que é de difícil mensuração e comprovação. Na seara administrativa, a aplicação da teoria ainda se encontra em estado embrionário, consoante se depreende dos precedentes citados pelo Ministro Aroldo Cedraz em seu despacho, concentrando-se, em essência, a casos de improbidade administrativa alcançados pela Lei 8.429, de 1992.**

**A teoria do dano *in re ipsa* faz com que não seja necessária a exigência da prova do dano, porquanto este pode ser presumido em razão da ilicitude dos fatos praticados.<sup>37</sup> (negritei)**

---

<sup>37</sup> TCU – Representação, Processo nº: 005.406/2013-7, ACÓRDÃO 1720/2016 – PLENÁRIO, Relator: Ministro Vidal do Rêgo, 6/7/2016

Na contramão da tendência do Superior Tribunal de Justiça de decidir pela utilização do instituto do dano *in re ipsa* nos casos de improbidade administrativa devido à dispensa ilegal de licitação, os Tribunais de Contas estão mais relutantes em aceitá-lo. Mas é certo que esta teoria tem ganhado cada vez mais força no mundo jurídico e que importantes juristas entendem pela legalidade de sua aplicação, o que levará em breve ao posicionamento pacífico a respeito do tema tanto no âmbito jurídico quanto no âmbito administrativo.

Dessa forma, exigir a comprovação/quantificação de dano ao erário em casos de dispensa indevida de licitação conspira contra uma das finalidades do processo licitatório, expressa no artigo 3º da Lei 8.666/93, de selecionar a proposta mais vantajosa para a administração. A Constituição Federal, dentre as diversas normas que regem a administração pública, exige que os gastos públicos sejam marcados pela economicidade, como resulta claro da leitura do artigo 70, caput, da Constituição Federal, que indica esse princípio, dentre outros, para a realização da fiscalização a cargo das Cortes de Contas.

## CONCLUSÃO

Em razão dos fatos apontados e analisados no presente trabalho, é possível concluir, a princípio, que o procedimento licitatório é de extrema relevância para o ente público, pois objetiva assegurar a igualdade entre os interessados que dela participam, permitindo a concorrência, de modo que o intuito de obter sempre a melhor proposta para a administração será alcançado, segundo os critérios estabelecidos na Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, Lei nº 8.666/93, e ainda em consonância com os demais princípios basilares do direito, quais sejam, a eficiência, economicidade, efetividade, publicidade, impessoalidade entre outros que devem sempre ser respeitados.

O procedimento licitatório deve ser a regra para a administração, independente de qual objeto se deseja contratar, devendo ser utilizado para que se promova a escolha de proposta que não apresente preço excessivo para a administração, haja vista que o superfaturamento acarreta a desclassificação das propostas, nos termos do previsto no artigo 48, II, da Lei 8.666/93. A licitação objetiva sempre a obtenção da melhor proposta, vale dizer, a proposta que represente o menor custo à administração, a oferta mais vantajosa e econômica, preservando sempre a qualidade do objeto auferido.

Para que esse objetivo principal da licitação seja alcançado, ou seja, a obtenção da melhor proposta, com o melhor custo e qualidade possível, é primordial que haja competitividade. Dessa forma, a administração faz a publicação de um edital com os requisitos e objeto a que se deseja contratar, e os interessados em participarem do certame licitatório apresentam as suas propostas, que devem ser mantidas em sigilo, seguindo os critérios estabelecidos na Lei nº 8.666/93. Presume-se que aqueles que acodem ao chamado, cumprindo todos os critérios legais exigidos no edital, buscarão apresentar o menor preço possível para vencer o certame, sabendo que os demais concorrentes também terão a mesma conduta. É por meio dessa competição que resultará a melhor proposta para a administração. A licitação, em tese, deve sempre ser uma garantia que a administração estará contratando com o melhor preço e qualidade existente no mercado.

Diante do exposto ao longo deste trabalho, é possível averiguar ainda, que em hipóteses como a da dispensa indevida e ilegal de uma licitação, restará configurado causa de lesão ao patrimônio público. De fato, a Lei nº 8.429/1992 - Lei de Improbidade Administrativa, prevê tal conduta entre aquelas que acarretam prejuízo ao erário, por si só, independentemente da ocorrência de inexecução do objeto contratual.

Assim, o administrador público só deve utilizar-se da contratação direta, com a respectiva dispensa de licitação, quando realmente o objeto a ser contratado se justificar, segundo os critérios legalmente previstos. A dispensa de uma licitação trata-se de exceção, e essas exceções estão taxativamente dispostas no artigo 24 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), e, conforme já anteriormente mencionado, a licitação é a regra, já que o que se busca com ela é a melhor proposta para o licitante, orientada pela competição, com regras isonômicas. Na dúvida do gestor em qual modalidade de contratação utilizar-se, deve-se sempre optar por licitar e não pela dispensa.

A dispensa indevida de um procedimento licitatório, contrariando os dispositivos legais, caracteriza ato de improbidade administrativa que causa sim lesão ao erário e deve gerar uma responsabilização do agente e a restituição aos cofres públicos. As regras são claras e qualquer desvirtuamento do agente público no sentido de dispensar indevidamente um processo licitatório deve ser penalizado conforme previsto em lei.

Em razão do exposto, conclui-se também que a hipótese de dispensa ilegal de procedimento licitatório traduz o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, VIII da Lei Federal nº. 8429/92, de modo que há sim prejuízo ao erário, conforme entendimento jurisprudencial empossado pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo sem a comprovação material e quantificação do dano causado, presumindo-se que houve o dano devido ao desrespeito às regras legais estabelecidas.

O Administrador deve ter muita cautela ao efetuar a dispensa de uma licitação, considerando os limites impostos para tal discricionariedade, podendo o mesmo sofrer as sanções e punições previstas, não somente quando contratar

diretamente, mas também quando deixar de observar as formalidades exigíveis para tais procedimentos.

Na análise da espécie de ato administrativo que causa dano ao erário, normatizado no artigo 10, VIII, da lei de improbidade administrativa, a doutrina e jurisprudência brasileiras não tem entendimento pacífico em relação à comprovação ou não de dano real ao patrimônio público para que se configure um ato de improbidade administrativa ou se a mera conduta descrita no referido artigo é suficiente para causar o dano, considerando este como presumido, *in re ipsa*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ tem diversos precedentes no sentido de que há dano *in re ipsa*/presumido em decorrência de ato improprio perpetrado por agente público, independentemente de ficar efetivamente comprovado o prejuízo patrimonial, entendimento este que tem sido utilizado por alguns Tribunais de Contas na fiscalização de procedimentos licitatórios e julgamento desses casos.

Assim, sigo a trilha respaldada pela doutrina do Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar que não há a necessidade de comprovação de dolo, da má-fé e do dano real ao patrimônio público para que se configure ato de improbidade administrativa na hipótese em questão, pois, apenas pelo fato da não observância legal e dos princípios norteadores da administração pública no ato de dispensa do processo licitatório já ensejaria improbidade administrativa, autorizando assim aplicação das sanções previstas em lei e o ressarcimento do dano causado ao erário. Concluo então que a lesão ao erário é inerente à ilicitude do processo licitatório ou à dispensa indevida de licitação.

Logo, se forem exigidas provas materiais de dano ao erário em casos de dispensa indevida de licitação, conspirará contra uma das finalidades deste instituto, expressa no artigo 3º da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), de selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e respeitando os princípios básicos previstos na lei. Importante frisar, nesse passo, que a Constituição Federal do Brasil, dentre as diversas normas que regem a administração pública, exige que os gastos públicos sejam marcados pela economicidade, consoante entendimento claro da leitura do artigo 70, caput, da Carta Magna Federal, que indica esse princípio, dentre

outros, para a realização da fiscalização a cargo das Cortes de Contas, que atuarão na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, do bom gasto do dinheiro público, segundo os requisitos legais.

Esse entendimento e essa interpretação do dano presumido, sem a necessidade de efetiva comprovação/quantificação do dano causado, é uma evolução do mundo jurídico no que tange a aplicação tanto da Lei de Licitações e Contratos, quanto da Lei de Improbidade Administrativa, que no momento ainda não é de entendimento unânime e pacífico. No entanto, essa nova compreensão vem a cada dia mais sendo aplicada em decisões importantes que envolvem casos de improbidade administrativa e processo licitatório, sanando assim uma omissão da legislação que rege a matéria e que em alguns casos permite que haja prejuízo ao ente público sem que se responsabilize o agente causador do dano e que haja o devido ressarcimento aos cofres do Estado.

A sociedade e seus costumes são dinâmicos e mudam rapidamente com o passar dos anos, estando em constante transformação, e o Direito, como ferramenta na resolução dos conflitos sociais, tem a obrigação de acompanhar as mudanças da sociedade e evoluir rapidamente, aperfeiçoando-se sempre de modo a corrigir as falhas e lacunas deixadas pelos legisladores. Uma das maneiras de se corrigir essas imperfeições e brechas da lei, que se perpetuam por longo lapso permitindo que ocorram injustiças e não alcance os objetivos da sua criação, se dá por meio da formação de jurisprudências, um conjunto das decisões e interpretações das leis feitas pelos tribunais superiores, adaptando as normas às situações de fato.

No caso discutido no presente trabalho, principalmente no que tange à aplicação de sanções previstas nas leis de improbidade administrativa e de licitações e contratos da administração pública, responsabilização dos agentes causadores do dano e o ressarcimento ao erário, verificamos que desde a criação da lei que regula os procedimentos licitatórios, no ano de 1993, ocorrem no âmbito da administração pública inúmeras dispensas indevidas de licitação, contudo, mesmo quando verificadas as ilegalidades, seja pela própria administração, seja pelos Tribunais de Contas ou até mesmo pelo Poder Judiciário, nenhuma sanção poderia ser aplicada e

nem enquadrar os envolvidos nos casos de improbidade administrativa, devido a um lapso no texto da lei que até o momento ainda não foi sanado.

Dessa forma, o fato de o Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento dos casos de dispensas indevidas de licitação, criar esse novo entendimento, contra legem, diga-se de passagem, afirmando que é possível considerar um dano ao erário *in re ipsa*, com a desnecessidade da exigência de prova material e quantificação do dano, devido este ser presumido em razão da ilicitude dos fatos praticados, é uma grande evolução do direito e trará inúmeros benefícios à sociedade, pois, fará com que haja o ressarcimento dos cofres públicos e a justa punição dos responsáveis.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva et al. **Os crimes contra a administração pública e a relação com o processo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 216.

BRASIL. Decreto nº 67.347, de 5 de Outubro de 1970. Estabelece diretrizes e normas de ação para defesa permanente contra as calamidades públicas, cria Grupo Especial e dá outras providências. Presidência da República. Brasília. DF.

BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Senado Federal. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm)

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Senado Federal. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8666cons.htm)

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Direito Administrativo. Atos Administrativos. Improbidade Administrativa, REsp 1.376.524 / RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/9/2014, Brasília, DF, DJe, 9/9/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Direito Administrativo. Atos Administrativos. Improbidade Administrativa, REsp 1.376.524 / RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/9/2014, Brasília, DF, DJe, 9/9/2014.

CASTRO, Renato de Lima. **A presumida lesão ao erário em razão da frustração da Licidade de Procedimento Licitatório**. Disponível em: [www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses09/RenatoLimaCastro.doc](http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses09/RenatoLimaCastro.doc). Acesso em: 10 jan. 2017.

FERRAZ, Sérgio e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. p. 107-108.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4 ed. Rev.Ampl. Rio de Janeiro: Ampl, Lumen Juris, 2008.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 270.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 171.

OLIVEIRA, Cristóvão Eder Maia. **Considerações acerca da classificação legal dos atos de improbidade administrativa**. Disponível em: [www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_outubro2001/corpodiscente/posgraduacao/consideracoes.htm](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_outubro2001/corpodiscente/posgraduacao/consideracoes.htm). Acesso em: 19 jan. 2017.

PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias e FAZZIO JR., Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 24.

SARMENTO, George. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

STJ - REsp: 817921 SP 2006/0026590-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 27/11/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/12/2012

STJ - REsp 1622290 / AL RECURSO ESPECIAL 2016/0224838-2, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 06/12/2016, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2016.

STJ - AgInt no AREsp 530518 / SP AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0131500-2, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/02/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/03/2017.

TCU – Representação, Processo nº: 005.406/2013-7, ACÓRDÃO 1720/2016 – PLENÁRIO, Relator: Ministro Vidal do Rêgo, 6/7/2016.

VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira Prado. Improbidade administrativa, dispensa de licitação e dano ao erário. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-25/mp-debate-improbidade-administrativa-dispensa-licitacao-dano-erario>. Acesso em: 12 fev. 2017.