

ano 18 - n. 73 | julho/setembro - 2018  
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v18i73  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional  
[www.revistaaec.com](http://www.revistaaec.com)

# A&C

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &  
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



**Luís Cláudio Rodrigues Ferreira**  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

<p>A246 A&amp;C : Revista de Direito Administrativo &amp; Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003.</p> <p>Trimestral ISSN: 1516-3210</p> <p>Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba</p> <p>1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.</p> <p>CDD: 342 CDU: 342.9</p>
--

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico: Walter Santos

**Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.**

**Qualis – CAPES (Área de Direito)**

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

**Entidade promotora**

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

**Foco, Escopo e Público-Alvo**

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

**Linha Editorial**

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

**Cobertura Temática**

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

**Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação**

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

**Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)**

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

### **Diretor-Geral**

Romeu Felipe Bacellar Filho

### **Editores Acadêmicos Responsáveis**

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

### **Assessor Editorial**

Felipe Klein Gussoli

### **Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajaville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (UniBrasil-PR)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cámen Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clêmeron Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG-GO)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Odilon Borges Junior (UFES)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Eros Roberto Grau (USP)	Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP-PR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Carlos Abraão (UEL-PR)	Rogério Gesta Leal (UNISCRS)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Weida Zancaner (PUC-SP)

### **Homenagem Especial**

Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)  
Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)  
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)  
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)  
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)  
Paulo Henrique Blasi (*in memoriam*)  
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)  
Rolando Pantoja Bauzá (*in memoriam*)

## **Improbidade administrativa e dano ao Erário presumido por dispensa indevida de licitação: uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

*Administrative improbity and damage to the Treasury presumed by improper exemption of licitation: a criticism to the jurisprudence of the Superior Court of Justice*

**Luzardo Faria\***

Universidade Federal do Paraná (Brasil)  
fariarluzardo@hotmail.com

**Bruno Guimarães Bianchi\*\***

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)  
bruno@brazgamamonteiro.com.br

**Recebido/Received:** 27.07.2018 / July 27<sup>th</sup>, 2018

**Aprovado/Approved:** 15.11.2018 / November 15<sup>th</sup>, 2018

---

Como citar este artigo/*How to cite this article*: FARIA, Luzardo; BIANCHI, Bruno Guimarães. Improbidade administrativa e dano ao Erário presumido por dispensa indevida de licitação: uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 163-187, jul./set. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i73.1012.

\* Mestrando e Bacharel em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Secretário Executivo da Revista de Investigações Constitucionais. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogado. *E-mail*: <fariarluzardo@hotmail.com>.

\*\* Pós-Graduando em Licitações e Contratos Administrativos na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado. *E-mail*: <bruno@brazgamamonteiro.com.br>.

**Resumo:** O presente artigo tem como objeto de estudo analisar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em ações de improbidade administrativa, de que o dano ao Erário nos casos de dispensa indevida de licitação é presumido, devendo os acusados ressarcirem a Administração Pública no valor integral do contrato. No entanto, este entendimento merece reparos, na medida em que viola preceitos legais e constitucionais sobre o tema. Sendo assim, em um primeiro momento, será analisada a forma – muitas vezes deturpadas – pela qual a Lei de Improbidade Administrativa vem sendo aplicada pelos tribunais pátrios nesses 25 anos de sua promulgação. Após, será feito o corte metodológico de estudo do presente artigo, apresentando os precedentes que adotam o entendimento da presunção de dano ao erário por dispensa indevida de licitação. Estabelecidos os pontos a serem analisados, tratar-se-á da vedação ao enriquecimento sem causa da Administração Pública e de que forma ela se aplica ao caso da dispensa indevida de licitação. Na sequência, será demonstrado de que forma a presunção de dano neste caso específico viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Por fim, serão apresentadas as conclusões do presente trabalho, com sugestões de premissas a serem adotadas daqui em diante pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento de casos de improbidade administrativa envolvendo a dispensa indevida de licitação.

**Palavras-chave:** improbidade administrativa; dano ao erário; dispensa indevida; licitação; Superior Tribunal de Justiça.

**Abstract:** The objective of this article is to analyze the understanding of the Superior Court of Justice in actions of administrative improbity that the damage to the Treasury in cases of improper exemption of licitation is presumed, and the condemned must reimburse the Public Administration for the full amount of the contract. However, this understanding deserves reparation, once it violates legal and constitutional precepts. Thus, in a first moment, will be analyzed the form – often perverted – by which the Law of Administrative Improbity has been applied by the Brazilian courts in those 25 years of its promulgation. Afterwards, precedents that adopt the understanding of the presumption of damage to the treasury due to improper exemption of licitations will be presented. Then, it will analyze the prohibition of unjust enrichment of the Public Administration and in which way it applies to the case of improper exemption of licitations. It will then be shown how the presumption of damage in this particular case violates the constitutional principle of the presumption of innocence. Finally, the conclusions of the present work will be presented, with suggestions of premises to be adopted from now on by the Superior Court of Justice in the judgment of cases of administrative improbity involving the improper exemption of licitations.

**Keywords:** administrative improbity; damage to the Treasury; improper exemption; licitation; Superior Court of Justice.

**Sumário:** **1** O controle da improbidade administrativa no Brasil: mais de 25 anos de “caça aos ímprobos” – **2** A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre atos de improbidade administrativa por dano ao Erário presumido em razão de dispensa indevida de licitação – **3** Fundamentos para a revisão da jurisprudência – **4** Conclusão: critérios para a incidência do art. 10, VIII da Lei nº 8.429/92 – Referências

## 1 O controle da improbidade administrativa no Brasil: mais de 25 anos de “caça aos ímprobos”

A corrupção é um problema histórico para o Brasil. Desde as clássicas lições de Raymundo Faoro já se sabe que o patrimonialismo – modelo deturpado de gestão administrativa, no qual a esfera pública é confundida com a esfera privada por

aqueles que detêm o poder – resistiu a todas as “transformações fundamentais” da sociedade brasileira, permanecendo em vigor há séculos.<sup>1</sup>

Evidentemente, esse tipo de desvio de conduta<sup>2</sup> – praticado por agente que se utiliza da posição ou do cargo que ocupa para obter a satisfação de interesses particulares – não é um problema exclusivamente brasileiro e tampouco é recente.<sup>3</sup> Ele se manifesta há muito tempo e, infelizmente, já pode ser considerado como algo incrustado na realidade social.<sup>4</sup>

Diante desse contexto, o que nunca faltou no Brasil foram propostas de imposições legislativas como forma de solucionar o problema da corrupção.<sup>5</sup> O fenômeno parece ser histórico e ter fortes raízes sociais e culturais. Nesse sentido, Sérgio Buarque de Holanda destaca que é habitual pensar que “a rigidez, a impermeabilidade, a perfeita homogeneidade da legislação constituem o único requisito obrigatório da boa ordem social”. No entanto, o próprio sociólogo já advertia que “essa vitória nunca se consumará enquanto não se liquidem, por sua vez, os fundamentos personalistas e, por menos que o pareçam, aristocráticos, onde ainda assenta nossa vida social”.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 819.

<sup>2</sup> Aqui, é importante destacar que a *corrupção* não é exclusiva do setor público. Ela também está intimamente ligada com o setor privado. Prova disso é o esforço recente dos agentes econômicos no estabelecimento de governança corporativa e *compliance* (Código de Conduta) visando diminuir os desvios de conduta, canalizado principalmente na chamada Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/2013). Não obstante, para fins do presente trabalho, será estudada apenas a corrupção referente ao setor público, porquanto consubstanciada na prática de atos ímprobos.

<sup>3</sup> Conforme análise de Mateus Bertoncini, “os agentes públicos, de longa data, em especial os detentores de poder político, em considerável medida, ao assumirem suas funções passam a fazer da coisa pública e do Estado a coisa própria, espaço privado, de uso pessoal; desviam a entidade estatal do atendimento das finalidades públicas a que se destina, para voltá-las aos seus interesses particulares e de seus apaniguados, lesando, assim, o indisponível interesse público” (BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa*: 15 anos da Lei 8.429/92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30-31). Sobre a relevância do interesse público para o Direito Administrativo contemporâneo, ver: GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

<sup>4</sup> Para uma visão dos sistemas de controle da corrupção em outros países, ver: BUTELER, Alfonso. Los sistemas para el control de la corrupción pública en el orden global. *Revista de Derecho Económico e Socio-ambiental*, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 239-261, set./dez. 2017.

<sup>5</sup> Até porque a própria definição de corrupção (não apenas no viés criminal, mas também para suas implicações na seara administrativa e cível), que é, logicamente, uma etapa prévia ao combate desse fenômeno, depende da legislação de cada país. Nesse sentido: GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015. p. 130.

<sup>6</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 24 ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1992, p. 133; 135. Também é interessante destacar, nesse ponto, o estudo realizado por Rogério Gesta Leal, de onde se depreende que pelo menos desde a década de 1940 o Brasil vem tentando combater, sem sucesso, a corrupção com mais e mais instrumentos legais. Cf. LEAL, Rogério Gesta. Os bens jurídicos tutelados na Lei de Improbidade Administrativa e o dever de correspondência dos agentes públicos em face das responsabilidades jurídicas consecutórias. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 75-103, jul./set. 2013. p. 85-88.

Não foi diferente no momento de definição do texto da Constituição Federal de 1988. Pretendeu-se estabelecer metas a serem cumpridas por todos os agentes da Administração, pautando suas condutas quando do exercício da função pública através dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros.

Nessa linha, o próprio texto constitucional dispõe expressamente, em seu art. 37, §4º, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Em cumprimento a esse dispositivo e para dar cabo ao combate à corrupção que decorre da aplicação dos princípios da atuação administrativa, em 02/06/1992 foi promulgada a Lei nº 8.429, que viria a ser conhecida como Lei da Improbidade Administrativa. Na “Exposição de Motivos” desta Lei, redigida pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, afirmava-se que a repressão legítima à “prática desenfreada e impune de atos de corrupção no trato com os dinheiros públicos, [...] depende de procedimento legal adequado” fazia-se necessário o desenvolvimento de “meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito”.<sup>7</sup>

A Lei nº 8.429/1992 nasce, então, visando revolucionar o tratamento dado à corrupção e outros atos desviantes no Brasil. Neste sentido, é importante destacar que ela tem como objeto o combate à prática dos atos ímprobos que, por sua essência, exigem o elemento objetivo e também o subjetivo, devendo restar demonstrado o dolo ou ainda a culpa grave<sup>8</sup> – esta aceitável apenas com relação aos atos previstos no art. 10 da Lei nº 8.429/1992. É dizer, a Lei de Improbidade Administrativa visa sancionar e repreender o gestor público ímprobo, desonesto – ou seja, aquele que tem a intenção de praticar desvio de finalidade no exercício da função pública – e não o inábil, no sentido de negligência, imprudência ou imperícia escusáveis.

Em um evento de comemoração aos 20 anos de promulgação da Lei, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Ayres Britto, afirmou que a Lei nº 8.429/1992 representa “o mais denso e importante conteúdo do

<sup>7</sup> PASSARINHO, Jarbas. *Exposição de Motivos nº EM. GM/SAA/0388*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaoemotivos-149644-pl.html>>. Acesso em 10 jul. 2017.

<sup>8</sup> Apesar de a Lei nº 8.429/92 admitir a responsabilização por ato de improbidade administrativo cometido com culpa grave quando se tratar de dano ao Erário, é importante destacar que relevantes vozes doutrinárias advogam pela inconstitucionalidade dessa previsão. Nesse sentido: HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 187-211, jan./mar. 2014. p. 191-195.

princípio da moralidade, do decoro e da lealdade”. E completou aduzindo que “a Lei de Improbidade Administrativa é revolucionária porque modifica para melhor a nossa cultura”.<sup>9</sup>

No ano de 2017, a Lei nº 8.429/1992 completou 25 anos de vigência, confirmando-se cada vez mais como um instrumento legal reiteradamente utilizado pelos órgãos de controle para o combate à corrupção e ao desvio da função pública para proveito pessoal.

Segundo dados do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, em pouco menos de 10 anos de contagem ocorreram aproximadamente 50.000 sentenças condenatórias em ações de improbidade administrativa, que, além de outras cominações previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992,<sup>10</sup> imputaram aos réus o dever de ressarcir aos cofres públicos um valor total maior que um trilhão de reais. Salta aos olhos, ainda, o fato de que, no período entre 2012 e 2016, o número de condenações saltou de 1.790 para 13.755 condenações, ou seja, setuplicou em apenas quatro anos.<sup>11</sup>

Tal cenário pode ser explicado, por um ponto de vista, pelo aperfeiçoamento técnico dos órgãos de controle, que atualmente dispõe de métodos mais eficazes de combate à corrupção. Com os instrumentos tecnológicos existentes atualmente, a atuação concatenada dos órgãos de controle permite a comunicação e a troca de informações de forma praticamente instantânea. Os mecanismos de comunicação entre o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos Estaduais, os canais de denúncias presentes, bem como a maior exposição de atos obscuros

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=209014>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

<sup>10</sup> *Lei nº 8.429/92. Art. 12.* Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: *I* - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; *II* - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; *III* - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. *IV* - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

<sup>11</sup> Dados disponíveis em: <[http://www.cnj.jus.br/improbidade\\_adm/relatorioQuantitativoCondenacoes.php](http://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/relatorioQuantitativoCondenacoes.php)>. Acesso em: 12 jul. 2017.



na mídia são elementos hábeis a ensejar que o controle de eventuais atos ímprobos seja muito mais acessível.

Entretanto, os números alardeados acima também servem para demonstrar que cada vez mais está havendo um ajuizamento desenfreado de ações de improbidade administrativa, o que denuncia um cenário bastante preocupante.<sup>12</sup>

Atualmente são poucos os limites que impedem o Ministério Público de ajuizar uma ação civil pública com base na Lei nº 8.429/1992. Em caso de improcedência da ação, não há qualquer consequência prática à autoridade pública que, por equívoco ou até mesmo de forma dolosa, impute a alguém conduta ímproba que, na verdade, este sujeito não cometeu. Como bem assevera Cristiana Fortini, “não se pode [...] desprezar os desacertos que as autoridades públicas envolvidas na atividade de controle podem praticar. Se prefeitos, servidores e empregados públicos cometem ilícitos, assim também podem agir magistrados, membros do Ministério Público, conselheiros e ministros dos Tribunais de Contas”.<sup>13</sup>

Neste sentido, seja de forma intencional ou apenas por uma busca insaciável pela justiça – cujo sentido, diga-se, é definido pelo próprio sujeito que se utiliza da função, reavivando-se o período inquisitorial –,<sup>14</sup> é inegável que por vezes os órgãos de controle cometem excessos, “encontrando improbidade” onde se está a visualizar apenas uma ação regular (ainda que de conveniência e oportunidade questionáveis) ou, quando mais, uma ação meramente negligente/imprudente/imperita.

Acresça-se a isso, ainda, o fato de que processos judiciais por ato de improbidade envolvem, via de regra, figuras públicas, que chamam a atenção da sociedade e, por consequência lógica, da mídia.<sup>15</sup> Nesta toada, não é raro que veículos

<sup>12</sup> Esse problema é bem analisado por Mauro Roberto Gomes de Mattos em: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Ilegalidade e Abuso de Poder na Investigação Policial e Administrativa, na Denúncia, e no Ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, quando Ausente uma Justa Causa*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 77-124, abr./jun. 2005.

<sup>13</sup> FORTINI, Cristiana. Novo marco legal sobre abuso de autoridade é mais que oportuno. *Conjur*, São Paulo, 20 de abr. de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-20/interesse-publico-marco-legal-abuso-autoridade-oportuno>>. Acesso em: 10 jul. 2017. Da mesma autora e também analisando o tema da corrupção, cf. FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. *Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 151-172, mai./ago. 2018; FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. *Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

<sup>14</sup> No tocante a esse ponto, é interessante trazer à baila a reflexão realizada por Rogério Gesta Leal: “claro que não se podem afastar argumentos morais das decisões judiciais, o desafio é que a articulação entre os princípios e as decisões políticas seja coerente no sentido de que se dê a aplicação do princípio no qual se apoia a decisão e não meramente a aplicação de uma regra particular anunciada em nome daquele princípio” (LEAL, Rogério Gesta. *Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014. p. 91).

<sup>15</sup> Nesse sentido, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, analisando como noções como ética e moralidade tornam-se temas centrais do Direito contemporâneo, afirma que “en el interés actual por la Ética hay razones circunstanciales, como pueden ser los escándalos que nos sirve con mayor o menor intensidad y frecuencia la prensa diaria en todo el mundo” (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Caraterización constitucional*

de comunicação revolvam integralmente as ações de improbidade, buscando fatos ou curiosidades que atraíam a atenção de seu público acerca do administrador envolvido.

Essa busca desenfreada pela condenação de agentes públicos pelo cometimento de atos de improbidade administrativa tem se transformado em “uma verdadeira *caça às bruxas*, que desrespeita o procedimento e garantias previstos na Constituição para os acusados em prol de punição rápida e exemplar”, conforme bem denuncia Felipe Klein Gussoli. Infelizmente, o resultado disso é o de que “a caça e a corrida empreendidas contra a corrupção terminam no palco, onde a sociedade assiste como plateia a humilhação dos sujeitos que a seus olhos desde sempre foram desonestos”.<sup>16</sup>

Para além da questão do avanço nas formas de investigação e controle da Administração Pública, é de se destacar que a ausência de mecanismos de restrição e limitação impostos ao exercício do controle também se mostra como uma das causas do crescimento de condenações por improbidade. Afinal, há pouquíssimos limites à atuação do Ministério Público, assim como também não há nenhuma consequência caso, ao final da ação, fique claro que não havia nenhum ato ímprobo na conduta do gestor público questionado.

Em contrapartida, caso sejam condenados os agentes envolvidos, concedem-se todas as glórias possíveis aos promotores de justiça que bancaram o ajuizamento da ação e ao juiz da causa que teve *pulso firme* para condenar figura pública, sem se curvar ou amedrontar diante deste. E, assim, ficam eles conhecidos perante a sociedade civil como defensores da “boa moral” e dos “bons costumes”, verdadeiros paladinos da justiça.<sup>17</sup>

É evidente que este cenário de exaltação dos órgãos de controle que combatem a corrupção de forma desenfreada e descontrolada é prejudicial: ações por improbidade ajuizadas aos montes, com os controladores acreditando que estão cumprindo seu papel com tal conduta.<sup>18</sup> Nesses momentos, deve-se sempre ter em

de la ética pública (Especial referencia al marco constitucional español). *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr. 2014. p. 70). Tanto é assim que inclusive há análises sobre a possibilidade de se entender o estudo da corrupção como um campo autônomo do Direito. Nesse sentido, cf. BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

<sup>16</sup> GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da lei de improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coords.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 264.

<sup>17</sup> Para uma crítica severa desse cenário, ver: GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

<sup>18</sup> Nesse sentido, afirma Mauro Roberto Gomes de Mattos: “é necessário que haja uma certa prudência no manejo indiscriminado de ações de improbidade administrativa para que não seja enfraquecida e se torne

mente que “ao combater a improbidade, urge que o Ministério Público conduza-se com probidade”.<sup>19</sup>

De modo geral, o que se percebe é que a Lei nº 8.429/92 ao mesmo tempo em que se apresenta como um dos mais utilizados instrumentos de combate à corrupção no país, também sofre diversas deturpações no cotidiano forense, criando um terreno fértil para a prática de excessos ilegais, com a interpretação ampliativa dos dispositivos legais em desfavor dos réus.<sup>20</sup>

## 2 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre atos de improbidade administrativa por dano ao Erário presumido em razão de dispensa indevida de licitação

Esse momento de “caça às bruxas” que está se vivendo no que tange à improbidade administrativa também possui consequências nefastas nos tribunais. Em prol da justiça e do fortalecimento da Administração Pública, combate-se a corrupção atropelando-se garantias constitucionais e criando entendimentos que destoam de qualquer fundamentação jurídica razoável. O combate se dá de forma *presumida*: se o acusado não foi capaz de demonstrar sua inocência, é porque o ato ímprobo existiu e ele merece condenação.

O entendimento que se busca aqui analisar é o realizado pelo Superior Tribunal de Justiça em face do disposto no art. 10, VIII da Lei nº 8.429/92, que considera ato de improbidade administrativa por prejuízo ao Erário “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”.

Como é lógico deduzir, esse dispositivo objetiva evitar que a Administração Pública despenda recursos financeiros públicos de modo desnecessário. Aliás, conforme se retira do art. 3º da Lei nº 8.666/93, a exigência constitucional de realização de licitação para contratações administrativas decorre, entre outros fatores, da necessidade de “seleção da proposta mais vantajosa para a administração”. Com efeito, não se pode considerar “lícito e nem moral que o agente atue

---

impotente, pelo excesso de sua utilização, para os casos que não comportem o devido enquadramento” (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*: comentários à Lei nº 8.429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 32).

<sup>19</sup> TRÊS, Celso Antônio. A atuação do Ministério Público contra a improbidade administrativa: probidade no combate à improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Improbidade administrativa*: 10 anos da Lei n. 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 92.

<sup>20</sup> Para esse cenário também contribui intensamente o cenário de forte ativismo atualmente vivenciado no Poder Judiciário brasileiro. Sobre o tema, em uma visão crítica e destacando as consequências pejorativas que advêm desse tipo de situação, cf. ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.

em nome do Poder Público como um devasso, gastando em excesso, com total falta de pudor”.<sup>21</sup>

O problema, entretanto, está na interpretação que o STJ vem adotando a respeito dessa norma. No recente julgamento do AgRg no REsp 1.499.706/SP, o Ministro Gurgel de Faria confirmou a jurisprudência de que “o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (*dano in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta”, fazendo constar inclusive na ementa que esse é o “entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõe a Primeira Seção”.<sup>22</sup>

De fato, o STJ vem seguindo esse entendimento já alguns anos, como se pode perceber, entre tantos outros, nos seguintes julgados: REsp 817.921/SP, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, *DJe* de 06/12/2012; AgRg nos EDcl no AREsp 178.852/RS, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, *DJe* 22/05/2013; AgRg no AgRg no REsp 1.288.585/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes, 1ª Turma, *DJe* de 09/03/2016; AgRg no AREsp 617.563/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, *DJe* 14/10/2016; AgInt no AREsp 530.518/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, *DJe* 03/03/2017; REsp 1.376.524/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, *DJe* 09/09/2014; AgRg no AREsp 930.080, 2ª Turma, Rel. Ministra Assusete Magalhães, *DJe* 17/03/2016.

Em suma, em diversas oportunidades o STJ já se manifestou no sentido de que a *dispensa indevida de licitação, nos termos do art. 10, inc. VIII, da Lei nº 8.429/1992, gera dano presumido ao Erário*, não sendo necessário que o autor da Ação Civil Pública demonstre a efetiva ocorrência do mesmo.

Dentre os argumentos utilizados para afirmar este entendimento cabe destacar os seguintes: (i) supostamente, ao dispensar indevidamente a licitação, o agente público impede que a Administração colete e selecione as propostas mais vantajosas e atrativas para a consecução do interesse público, de forma que há a presunção de que a proposta contratada não é a economicamente mais viável e menos dispendiosa; e (ii) o dano é presumido por força de lei, à luz do disposto no art. 4º, inc. III, da Lei n. 4.717/1965,<sup>23</sup> que regula a ação popular e que considera nulo o contrato celebrado sem prévia concorrência pública.

<sup>21</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 279.

<sup>22</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1499706/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 02/02/2017, *DJe* 14/03/2017. Cumpre ressaltar, entretanto, que o Min. Napoleão Nunes Maia foi voto vencido nessa ocasião, por entender que “para que o implicado seja incurso no art. 10 da Lei 8.489/1992, é preciso que tenha praticado um dano efetivo ao erário, empiricamente verificável pelos sentidos, a meu ver. As sanções legais são por demais severas para se que admita como fato típico a ocorrência de um suposto dano intangível, presumido, hipotético, que se aceita como existente por simples inferência”.

<sup>23</sup> *Lei n. 4.717/1965. Art. 4º*. São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º: III - A empreitada, a tarefa e a concessão do

Nesses julgados, o entendimento exarado pelo STJ é no sentido de que o agente ímprobo deverá ressarcir os cofres públicos no montante integral do bem ou serviço adquirido pela Administração, sem levar em consideração a demonstração inequívoca de sobrepreço do bem ou serviço, ou ainda se houve, ao menos em parte, efetiva prestação deste.

Tal entendimento, conforme será abordado na sequência, passa ao largo da questão de eventual enriquecimento sem causa da Administração Pública, na medida em que, além de permanecer com o bem ou serviço prestado, ela terá direito ao ressarcimento do valor dispendido pelo gestor público.

Em todos os casos acima colacionados exatamente esta foi a providência adotada: *determinou-se o ressarcimento do valor integral gasto pela Administração Pública, sem sequer se tratar da devolução do bem, pagamento quanto ao serviço parcialmente prestado ou ainda indenização por perdas e danos*. Preocupa-se, na verdade, apenas com a questão do ressarcimento ao Erário por dano que, como visto, entende-se por presumido.

Anteriormente, a Corte Federal possuía entendimento majoritário no sentido diametralmente oposto, segundo o qual não há como se condenar um agente público por força do art. 10, VIII da Lei nº 8.429/1992 sem a comprovação efetiva do *quantum* do dano.<sup>24</sup>

É claro que alguns Ministros ainda continuam sustentando esse entendimento. Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento do REsp 1470675/DF, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina, o qual asseverou que “no caso, inexistente prova inequívoca de prejuízo ao Erário, razão pela qual não há como sustentar a condenação dos recorrentes com suporte no art. 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa”.<sup>25</sup>

Portanto, em que pese a jurisprudência do STJ quanto ao dano presumido por dispensa indevida de licitação ainda não seja absolutamente pacífica (o que, como se sabe, é uma prática muitas vezes comum até mesmo nos tribunais superiores), fato é que *está em desenvolvimento no Superior Tribunal de Justiça uma corrente jurisprudencial que reputa que a dispensa indevida de licitação é um ato de improbidade administrativa por causar dano presumido ao Erário*.

---

serviço público, quando: a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral; b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo. c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.

<sup>24</sup> É o que se verifica, por exemplo, nos seguintes julgados: EREsp 575.551/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, *DJe* 30/04/2009; REsp 939.118/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, *DJe* 01/03/2011; AgRg no AREsp 107.758/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, 1ª Turma, *DJe* 10/12/2012; REsp 1214605/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, *DJe* 13/06/2013.

<sup>25</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1470675/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/10/2016, *DJe* 09/02/2017.

Por esse motivo, a questão reclama análises mais aprofundadas. À luz de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no que tange à doutrina da impossibilidade do enriquecimento sem causa e da presunção de inocência nas relações sociais, deve-se reputar que o entendimento que se mostra mais coerente é o da necessidade de comprovação efetiva do prejuízo, não podendo ele ser meramente presumido (*in re ipsa*), nas ações de improbidade por dispensa indevida de licitação.

### 3 Fundamentos para a revisão da jurisprudência

Como se disse, os dois principais argumentos que demonstram a necessidade de superação da jurisprudência segundo a qual a dispensa indevida de licitação gera um dano presumido ao Erário são: (3.1.) o *princípio da vedação ao enriquecimento sem causa da Administração Pública*; e (3.2.) o *princípio da presunção de inocência*.

Passa-se agora, então, a uma análise mais detida de cada um deles.

#### 3.1 A vedação ao enriquecimento sem causa da Administração Pública: aplicação do art. 884 do Código Civil ao Direito Administrativo

A cláusula geral da proibição do enriquecimento sem causa no Direito brasileiro consta no art. 884 do Código Civil, que possui a seguinte redação: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. Ainda que o dispositivo trate mais especificamente do dever de ressarcimento dos benefícios auferidos sem justa causa, é evidente que ele também possui uma função preventiva, no sentido de impedir que tais enriquecimentos sequer venham a acontecer.

Desse dispositivo, é possível extrair três requisitos considerados essenciais para a configuração do enriquecimento ilícito:<sup>26</sup> (i) a existência de um enriquecimento; (ii) o prejuízo sofrido por alguém em decorrência desse enriquecimento; (iii) a ausência de uma causa justa para esse enriquecimento.

A doutrina já muito tempo antes do Código Civil de 2002 reputava que esse enriquecimento deve ser apreendido em um sentido amplo, “compreendendo qualquer

<sup>26</sup> Ainda que a doutrina majoritária concorde com a existência dos três requisitos elencados acima, há quem indique o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o prejuízo como um requisito independente para a configuração do enriquecimento sem causa. Nesse sentido: CASTRO NEVES, José Roberto de. O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio do direito civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 208.

aumento do patrimônio, ou diminuição evitada, e até vantagens não patrimoniais, desde que estimáveis em dinheiro”.<sup>27</sup>

Essa constatação causou o desenvolvimento de duas correntes a respeito da existência de “espécies” de enriquecimento sem causa. Há quem defenda que existe também um enriquecimento chamado de *real*, que está relacionado ao “objeto do enriquecimento e equivale ao valor objetivo da vantagem adquirida – o valor do uso do bem, do próprio bem, ou direito incorporado ao patrimônio do enriquecido”.<sup>28</sup> No entanto, a maior parte dos especialistas concorda com a tese de que o enriquecimento a que está se referindo aqui é apenas aquele de caráter patrimonial, calculado com base na diferença material causada por um determinado ato ao patrimônio financeiro de uma pessoa.<sup>29</sup>

Logicamente, seria impossível prever em um rol fechado todas as hipóteses em que um enriquecimento deverá ser considerado como desprovido de justa causa. Assim, foi proposital a semântica aberta utilizada no dispositivo legal transcrito acima, pois dessa forma se permite que os julgadores, quando se depararem com demandas que versem sobre esse tema, estejam aptos a analisar a questão com base nos fatos de cada caso concreto, possibilitando, assim, uma análise mais apurada acerca da existência ou não de justa causa para aquele enriquecimento.<sup>30</sup>

Ainda assim, deve-se buscar algumas definições (embora inevitavelmente amplas) do sentido de “justa causa”, a fim de impor alguns parâmetros um pouco mais objetivos para a apreciação judicial. Nesse sentido, parece prudente reputar que “o enriquecimento carece de causa quando o direito não o aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um fato que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial”.<sup>31</sup>

A não existência de uma causa juridicamente justa para o enriquecimento analisado é um requisito importante de ser lembrado porque o princípio em comento “não visa pura e simplesmente a eliminar o enriquecimento desprovido de causa – até porque este pode-se dar fortuitamente”. Seu objetivo, por outro lado, é “coibir a situação de desequilíbrio (injustiça) provocada pelo enriquecimento de alguém à custa do empobrecimento de outrem, *sem norma jurídica que o justifique*”.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 54, n. 173, p. 47-67, set./out. 1957. p. 19 *apud* SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 58.

<sup>28</sup> PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 26.

<sup>29</sup> É o caso de Sérgio Savi e de tantos outros autores por ele citados: SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 59.

<sup>30</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 62-63.

<sup>31</sup> COSTA, Mário Júlio Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 432-433.

<sup>32</sup> CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 105.



É verdade que o princípio da proibição do enriquecimento sem causa se desenvolve inicialmente no Direito Privado, por ter sido gerado a partir das relações sociais firmadas entre particulares. No entanto, isso não significa que sua aplicação deva estar constricta a esse âmbito. Muito pelo contrário, no caso do Direito Administrativo, por exemplo, é possível afirmar que “sua aplicação se mostra ainda mais necessária do que no campo privado”.<sup>33</sup> O que se deve fazer, portanto, é apenas uma adaptação desse princípio ao regime jurídico-administrativo, tendo em vista as peculiaridades que o caracterizam, não se permitindo um empréstimo descompromissado e inconsequente desse princípio do âmbito do Direito Civil.

O fenômeno da recepção do princípio da proibição do enriquecimento sem causa da Administração Pública possui dimensões globais, também sendo verificado em países como França, Alemanha, Espanha, Itália, Inglaterra e Uruguai.<sup>34</sup> Dessa forma, é possível afirmar que esse é um *princípio geral do Direito*, não tendo sua aplicação limitada a essa ou àquela área.

Uma das razões para isso é a de que é possível verificar, além da previsão legal explicitada acima, um fundamento ético-moral no princípio da proibição do enriquecimento sem causa da Administração Pública.<sup>35</sup> É que, com base no princípio da moralidade administrativa, não se poderia reputar constitucional um ato que beneficiasse financeiramente a Administração em detrimento de algum particular sem razão jurídica para justificar isso. Seria, pois, uma atitude imoral do Poder Público promover ou até mesmo consentir esse tipo de situação, porque em última análise o Estado estaria tirando proveito de um ato que restringe a esfera jurídica de um cidadão sem respaldo legal para isso.

O princípio constitucional da equidade, constante no art. 5º da Constituição Federal, também é um dos fundamentos para a tese de que a proibição do enriquecimento sem causa é um princípio geral do Direito. É que se a Constituição (ainda que implicitamente) exige que se deva dar a cada um apenas aquilo que lhe pertence por direito, consideradas as peculiaridades de cada indivíduo, não se poderia sustentar que fosse constitucional a situação de uma pessoa se enriquecer à custa de outra sem uma justificativa jurídica para tanto.<sup>36</sup> Isso seria o mesmo que retirar do empobrecido algo que era seu por direito e dar ao enriquecido algo que não deveria lhe pertencer.

<sup>33</sup> CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 90; 92.

<sup>34</sup> PUIG, Manuel Rebollo. *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 47-73.

<sup>35</sup> Também defende essa tese: PUIG, Manuel Rebollo. *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 8.

<sup>36</sup> CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 83-84.



No âmbito das contratações administrativas, a proibição ao enriquecimento sem causa da Administração se torna ainda mais veemente quando se verifica que o particular contratado não contribuiu e sequer tinha conhecimento da irregularidade que, posteriormente, viria a viciar com nulidade o contrato. Incidem, nesses casos, também os princípios da boa-fé e da proteção à confiança, para que o particular não seja prejudicado a devolver a Administração os gastos que teve na execução do contrato que, de boa-fé, confiava ser válido.<sup>37</sup>

A situação fica ainda pior quando foi a própria Administração Pública quem deu causa ao vício que gerou a nulidade do contrato, fazendo, assim, com que o Poder Público tentasse exigir do contratado a devolução dos valores já pagos a ele pelos serviços prestados.<sup>38</sup> Nesses casos, o contratado também se encontra protegido pelo princípio do *non venire contra factum proprium*, pois o enriquecimento da Administração com a cobrança desses valores seria ainda mais injusto, já que partiria de uma atitude contraditória do Poder Público, o que também é vedado pelo ordenamento.

Esses, aliás, são alguns dos casos em que a aplicação do princípio da proibição do enriquecimento sem causa ao Direito Administrativo se difere do Direito Civil, exigindo do operador do Direito que vá além daquilo que é tratado pela legislação, jurisprudência e doutrina cíveis.

No específico caso do Direito Administrativo, o enriquecimento da Administração Pública será constatado sempre que uma prestação contratual *foi executada e contribuiu com utilidades para a coletividade*. A questão é relevante porque se pode cogitar de casos em que contratos inválidos produzam efeitos que não são úteis para a Administração ou para a sociedade, como nas hipóteses em que o objeto do contrato é ilícito. Jacintho de Arruda Câmara cita, nesse ponto, um exemplo hipotético de uma contratação de bacharéis em Direito para a elaboração de sentenças que serão proferidas pelo Poder Judiciário. É evidente que o contrato é nulo, mas é também evidente que, ainda que fosse prestado, ele sequer poderia ser considerado como de utilidade para a Administração. Afinal, o Poder Público nem mesmo poderia aproveitar as minutas de sentença elaboradas pelos bacharéis, não havendo o que se falar, pois, em enriquecimento da Administração

<sup>37</sup> Nesse sentido, Manuel Rebollo Puig afirma que “esa defraudación a su buena fé hace todavía más patente la injusticia de su empobrecimiento y el correlativo enriquecimiento de la Administración. O tal vez el enriquecimiento injusto, consolidando en parte los efectos del contrato, se convierte en medio de protección del contratante de buen fé” (PUIG, Manuel Rebollo. *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 362-363).

<sup>38</sup> Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que: “Em hipóteses desta ordem, se o administrado estava de boa-fé e não concorreu para o vício do ato, evidentemente a invalidação não lhe poderia causar um dano injusto e muito menos seria tolerável que propiciasse, eventualmente, um enriquecimento sem causa para a Administração. Assim, tanto devem ser indenizadas as despesas destarte efetuadas como, *a fortiori*, não de ser respeitados efeitos patrimoniais passados atinentes à relação atingida” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 302 e 303).

(ainda que talvez se pudesse falar, em sede de responsabilização civil do Estado, de um dever de indenizar os bacheirões contratados irregularmente).<sup>39</sup>

Com essas explicações, fica fácil perceber como o entendimento que vem cada vez mais sendo adotado pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça a respeito da configuração de ato de improbidade administrativa por dano ao erário resultante de dispensa indevida de licitação vai de encontro ao princípio do enriquecimento sem causa.

É que, *ainda que a dispensa tenha sido realmente indevida e o contrato através do qual o particular se vinculou à Administração Pública seja consequentemente nulo, não se pode simplesmente obrigá-lo a ressarcir os valores que recebeu do Estado*, como se sua contratação tivesse gerado, presumidamente, um dano ao Erário.

Em primeiro lugar, *deve-se identificar se o contrato já havia sido executado* (ainda que parcialmente). Se o particular já havia prestado o serviço para o qual fora contratado ou entregue o bem solicitado pela Administração, não se pode determinar a devolução dos valores recebidos. Nesse caso, a Administração se enriqueceu diante da execução do contrato (considerando-se que se tratava de um contrato com objeto útil à coletividade), razão pela qual, anteriormente, cumpriu sua obrigação contratual de adimplir o particular.

Se, depois de verificada uma irregularidade no procedimento de dispensa da licitação, a Administração desejar receber novamente todo o montante que pagou ao contratado, se enriquecerá duas vezes: uma com a execução do contrato e outra com a devolução do dinheiro. É evidente, portanto, que aí se está diante de uma hipótese de enriquecimento sem causa. Pois, muito embora a devolução do dinheiro pudesse parecer uma consequência imediata da declaração de nulidade do contrato, se o particular não for ressarcido pelos custos que teve com a prestação do serviço, estará se empobrecendo por conta de uma situação que irá trazer benefícios financeiros para a Administração, mesmo sem previsão legal para tanto.

Aliás, o que a legislação prevê é exatamente o contrário. O parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93 dispõe que “*a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa*”.

<sup>39</sup> CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 104.

Vale ressaltar que Jacintho Arruda Câmara afirma expressamente que uma das situações específicas em que o princípio da proibição do enriquecimento sem causa da Administração deve ser aplicado é exatamente quando já houve a prestação do serviço ou a entrega do bem por parte do contratado. Nesses casos, segundo ele, há uma “impossibilidade material” de desconstituição dos efeitos do contrato, razão pela qual caso o particular fosse obrigado a ressarcir os valores recebidos do Estado, “o enriquecimento da Administração seria patente, como patente também seria a falta de causa jurídica que o justificasse”.<sup>40</sup> Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello é expresso ao defender que, por conta da incidência do princípio da proibição do enriquecimento sem causa, é “*direito do particular indenizar-se pela atividade que proveitosamente dispensou em prol da Administração*, ainda que a relação jurídica se haja travado irregularmente ou mesmo ao arrepio de qualquer formalidade, desde que o Poder Público haja assentido nela, ainda que de forma implícita ou tácita”.<sup>41</sup>

O mais curioso é que a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça confirma essa tese. É possível encontrar vários julgados no STJ em que se afirma que “havendo a prestação do serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública”.<sup>42</sup>

Ora, se, nesses casos, não se pode condenar o particular ao ressarcimento desses valores pois isso seria uma forma de enriquecimento ilícito da Administração Pública, como é que se justifica que, para fins de improbidade, essa situação pode ser considerada como um dano ao Erário?

Certamente não se encontra resposta para essa pergunta. E o motivo é muito simples: o STJ está sendo incoerente com sua própria jurisprudência ao condenar, por improbidade administrativa consistente em lesão ao Erário, os agentes públicos e empresas envolvidas em casos de dispensa indevida de licitação.

Além disso, também contribui para a caracterização do enriquecimento ilícito a presunção de que simplesmente por ter havido uma dispensa indevida, foi causado dano ao Erário. Por trás dessa lógica está a pressuposição de que o particular, beneficiando-se da dispensa indevida, apresentou uma proposta com valor superior ao que poderia ser considerado “normal” no mercado e, por conta disso, as finanças públicas teriam sido prejudicadas.

<sup>40</sup> CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 108.

<sup>41</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, fev./mar./abr. de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27 abr. 2016. p. 10.

<sup>42</sup> Nesse sentido: REsp 728.341/SP; REsp nº 1.184.973/MG; EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1055031/RJ.

Essa questão será melhor analisada no tópico seguinte, quando será demonstrado que o princípio constitucional da presunção de inocência também se constituiu como um dos fundamentos para a superação do entendimento jurisprudencial ora criticado.

Ainda assim, é importante ressaltar desde já que, além de caber ao autor da ação de improbidade o ônus de provar que o preço da proposta contratada estava acima do preço de mercado, *é apenas nessa faixa de diferença entre o preço de mercado e o preço da proposta que existe um dano ao Erário*. Desse modo, somente esse montante poderia ser objeto de ressarcimento por parte do particular contratado.

Afinal, mesmo que tivesse realizado um processo licitatório integralmente irregular, pode-se supor que a Administração não conseguiria uma contratação com um preço *menor* do que aquele identificado como um preço normal no mercado. Como consequência, tendo o serviço sido prestado e sabendo-se que, ainda que fosse outro particular contratado, ele não seria prestado por um valor menor do que aquele considerado normal para o mercado, *não se pode considerar como dano o valor de mercado*, já que seria um montante que a Administração iria dispende de qualquer forma.

### 3.2 O princípio constitucional da presunção de inocência: a proibição de presunções prejudiciais aos acusados no âmbito do Direito Administrativo Sancionador

O princípio da presunção de inocência – ao menos da forma como ele é compreendido atualmente – é um resultado das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX. Enquanto no Estado Absolutista antes preponderante o poder punitivo estatal praticamente não encontrava limites, era interesse da classe política ascendente naquele histórico que suas liberdades, inclusive no campo processual, fossem asseguradas. Com isso, passa-se a desenvolver a noção de presunção de inocência como elemento-chave do Estado de Direito. Prova disso é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 1789, que, em seu art. 9º, já previa que “todo homem se presume inocente até ser declarado culpado [...]”.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 11-55, jul./set. 2009. p. 23. É claro, diante disso, que a presunção de inocência corresponde a um direito humano universal, constituindo-se como mais um dos instrumentos jurídicos moldados para pôr freio à tirania e à opressão. Sobre essa função dos direitos humanos, ver: CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015. p. 57.

A doutrina costuma identificar três significados diferentes para o princípio da presunção de inocência: (i) como *regra de tratamento*, a presunção de inocência impede que o acusado seja *tratado* como culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o que inclusive traz reflexos no campo das medidas cautelares; (ii) como *fundamento do processo penal*, a presunção de inocência institui um modelo dogmático que se desenvolve como “instrumento de defesa da liberdade individual”, preocupando-se primordialmente em assegurar e proteger os direitos do acusado; (iii) como *regra probatória ou de juízo*, a presunção de inocência “impõe à acusação a tarefa da produção completa das provas acerca da culpabilidade do indivíduo” – e, com isso, gera, também, o dever de o juiz decidir a favor do acusado quando a acusação não for capaz de comprovar cabalmente suas imputações (*in dubio pro reo*).<sup>44</sup>

Dessas duas últimas facetas (princípio fundante e regra de juízo), Romeu Felipe Bacellar Filho extrai a conclusão de que o princípio da presunção de inocência também deve servir como um parâmetro interpretativo para os magistrados. Segundo ele, “se o julgador deparar com mais de uma interpretação possível em relação às circunstâncias do processo, deverá necessariamente adotar a mais favorável ao acusado, sob pena de violação à Constituição Federal”.<sup>45</sup>

O movimento de “caça aos ímprobos” a que se aludiu no tópico inicial acaba muitas vezes por gerar uma desconsideração do princípio da presunção de inocência. Os acusados de improbidade administrativa já são tão mal vistos pelos julgadores, pelos acusadores, pela mídia e pela sociedade que na prática são os próprios réus quem devem provar a sua inocência, em uma inconstitucional inversão pragmática do ônus da prova.

Essa questão, curiosamente (ou nem tanto), não é exatamente uma novidade para o mundo jurídico. Na Itália fascista da primeira metade do século XX desenvolveu-se uma escola processual penal intitulada “Escola Técnico-Jurídica”, dentro da qual eram comuns críticas à própria existência do princípio da presunção de inocência. Conforme ensina Aury Lopes Jr., o principal raciocínio utilizado para apoiar essa tese era o de que “como a maior parte dos imputados resultava ser culpada ao final do processo, não há que justifique a proteção e a presunção da inocência”.<sup>46</sup> Como se nota, é assustadora a relação entre esse tipo de pensamento e aquele que atualmente vigora em relação às ações de improbidade administrativa, principalmente quando hoje, à frente dos acontecimentos históricos, se é capaz de enxergar toda a ideologia que estava por trás do desenvolvimento

<sup>44</sup> CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre libertar e punir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 57-58.

<sup>45</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 382.

<sup>46</sup> LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 185.

dessa corrente doutrinária, bem como as nefastas consequências que dela advieram para milhões de pessoas.

É facilmente perceptível que a redação adotada para esculpir o princípio da presunção de inocência no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 não foi a mais adequada.<sup>47</sup> Ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a Constituição focou mais em uma presunção de *não culpabilidade* do que propriamente em uma de *inocência*. No entanto, apesar disso, Bacellar Filho explica que essa é apenas uma questão de ênfase, não trazendo prejuízos práticos para a dogmática jurídica, pois o dispositivo constitucional em comento, uma vez interpretado corretamente, permite com clareza a assunção do princípio da presunção de inocência.<sup>48</sup>

Em uma leitura mais rasa, seria comum supor que o princípio em questão diz respeito apenas ao Direito Penal, área em que é estudado com muito mais veemência. No entanto, já há alguns anos vem se consolidando uma doutrina acerca da existência de um núcleo comum de processualidade no Direito brasileiro, o que colocaria por terra esse tipo de obstáculo.

Fábio Medina Osório é um dos mais proeminentes defensores da tese de que é possível extrair da Constituição Federal de 1988 um regime jurídico comum para o que ele chama de “Direito Processual Punitivo”, que abrange tanto a esfera criminal, como a esfera administrativa e a esfera cível.<sup>49</sup> De fato, não seria razoável argumentar que princípios como o da tipicidade ou o da anterioridade, por exemplo, fossem aplicáveis apenas ao âmbito penal (onde são *mais frequentemente utilizados*). É evidente que também o Direito Administrativo Sancionador (tanto nos processos administrativos, como nos processos judiciais tais quais as ações civis públicas de improbidade administrativa) também exige a aplicação dessas normas, sob pena de inquestionável inconstitucionalidade.

<sup>47</sup> Mônica Ovinski de Camargo relata que a redação do dispositivo em comento foi objeto de grandes discussões durante a Assembleia Nacional Constituinte, realizada nos anos de 1987-1988. No fim, optou-se por “uma linguagem mais suave, que não causasse tanta repulsa à adoção do preceito, facilitando inclusive a sua futura aceitação em plenário” (CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre libertar e punir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 237).

<sup>48</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 369.

<sup>49</sup> “Daí porque falamos, a propósito, de um Direito Processual Punitivo, que pode ser tanto o direito Processual Administrativo quanto o Direito Processual Penal, ou tanto o Direito Processual Administrativo aplicado pela Administração Pública (ou indiretamente pelo Judiciário) como o Direito Processual Judiciário em sentido amplo, apto a abarcar até mesmo instrumentos como ações civis públicas para implementação de normas punitivas” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 408-409). Em sentido semelhante, Luiz Alberto Blanchet e Emerson Gabardo também defendem a existência de um “Direito Constitucional Sancionatório, que implica um regime jurídico ou um Direito público de intervenção que é o núcleo comum do Direito Penal, do Direito Administrativo ou até mesmo do Direito Civil” (BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012. p. 131).

Seguindo essa linha, Osório é expresso ao defender a aplicação do princípio da presunção de inocência no campo do Direito Administrativo. Afinal, para ele essa norma se trata de “uma garantia genérica da pessoa humana, estendida aos acusados em geral, a partir de um estatuto jurídico de liberdade outorgado originariamente aos cidadãos e às pessoas que transitam ou estão debaixo de um império de um Estado Democrático de Direito”.<sup>50</sup>

Assim, não restam dúvidas de que o princípio da presunção de inocência faz parte do conjunto de normas que devem ser rigorosamente observadas quando do julgamento de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa.<sup>51</sup>

A partir disso, a questão analisada neste trabalho – as condenações de improbidade administrativa por dano ao Erário presumido em razão de dispensa indevida de licitação – exige a lembrança de que se mesmo quando o juiz já tiver exaurido todos os métodos de investigação e avaliado todas as provas para esclarecer a verdade dos fatos, ainda não for possível formar um juízo de certeza acerca da culpabilidade do réu, o princípio da presunção de inocência, aliado ao do *in dubio pro reo*, demanda uma decisão absolutória, pois na ordem jurídico-constitucional brasileira não se pode condenar alguém com dúvidas ou presumir sua culpabilidade.<sup>52</sup>

Apesar de todas essas construções doutrinárias, o panorama da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito dessa matéria (analisado no tópico 2), demonstra que o entendimento que está cada vez mais sendo adotado desrespeita por completo o princípio constitucional da presunção.

Ora, a lógica que permeia essas condenações é a de que as dispensas indevidas de licitação causam *presumidamente* danos ao Erário. Ou seja, *presume-se que a licitação foi dispensada por conta de uma fraude dolosa*, arquitetada, entre agentes públicos e privados, com o objetivo de que a empresa contratada pela Administração Pública fosse a escolhida mesmo com a apresentação de uma proposta em valores muito acima da média do mercado. Por conta disso, ao não ter realizado o devido processo licitatório, a Administração deixou de “contratar a melhor proposta” e, com isso, angariou prejuízos.

<sup>50</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 410.

<sup>51</sup> Marcelo Harger defende esse mesmo posicionamento, ao afirmar que “é necessário que o autor prove a acusação, pois no direito brasileiro vigora o princípio da presunção de inocência que também é aplicável por ocasião da interpretação da lei de improbidade” (HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Coords.). *Coleção Direito Administrativo Positivo*. v. 7. São Paulo, Atlas, 2015. p. 106).

<sup>52</sup> CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre libertar e punir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 141.



A inversão da lógica do ônus probatório é evidente nessa linha de raciocínio – o que viola o princípio da presunção de inocência principalmente em sua terceira faceta (*regra de juízo*).<sup>53</sup> Afinal, não exige do autor da ação de improbidade (normalmente, o Ministério Público) que comprove o dano, permitindo-se a presunção deste. No entanto, *presumir a ocorrência de dano* – como faz a corrente jurisprudencial aqui criticada – *é presumir a culpabilidade dos agentes envolvidos no caso*, o que, como visto acima, é absolutamente vedado pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, inclusive em sede de improbidade administrativa.

Como será defendido no tópico conclusivo, para que as condenações em improbidade por dano ao Erário em decorrência de dispensa indevida de licitação fossem consideradas de acordo com a Constituição, seria necessário exigir que o autor da acusação comprovasse que não apenas a licitação foi dispensada indevidamente (o que, por si só, não é causa de improbidade), mas que essa dispensa causou um dano concreto às finanças públicas, indicando por meio de provas que o preço do contrato firmado pela Administração foi superfaturado em relação à média praticada no mercado para esse tipo de serviço.

#### 4 Conclusão: critérios para a incidência do art. 10, VIII da Lei nº 8.429/92

Como visto, a Lei nº 8.429/92, ainda que seja um importante instrumento para a consecução da moralidade administrativa e para o combate à corrupção, vem sendo utilizada como fundamento para o ajuizamento desenfreado de ações civis públicas que não raramente não possuem motivos de sê-lo. Esse cenário decorre do momento da “caça aos ímprobos” vivido no Brasil atualmente, aliado ao fato de que os controladores – neste caso, notadamente o Ministério Público – não possuem instrumentos eficazes para o controle de seus excessos.

E, neste contexto, ganhou guarida perante o Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a dispensa indevida de licitação gera dano presumido ao Erário, pelo simples fato de a Administração Pública deixar de (poder) contratar a proposta mais vantajosa. Como consequência, entende-se que os acusados devem ressarcir o Erário no valor integral da licitação indevidamente dispensada. Como exemplo, apresentou-se oito julgados recentes tanto da 1ª Turma quanto da 2ª Turma do STJ, que demonstram tal linha de pensamento.

No entanto, este entendimento não é o mais adequado à luz do Direito brasileiro. Em primeiro lugar, pois a qualificação do dano por dispensa indevida

<sup>53</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumirem-se depósitos bancários como enriquecimento ilícito do agente público para fins de improbidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 97-140, abr./jun. 2006. p. 101.



de licitação como sendo *in re ipsa fere* o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, previsto no art. 884 do Código Civil, mas que também é aplicável à Administração Pública, conforme se assentou no tópico 3.1 deste trabalho. Por força desse dispositivo, a presunção do dano – e consequente condenação ao ressarcimento integral do valor contratado – não é a solução adequada. Deve-se, na verdade, verificar qual foi a extensão do dano propriamente dito e se houve prestação – ainda que parcial – do serviço pelo particular contratado.

Na mesma toada, a caracterização do dano como sendo *in re ipsa* também viola a garantia constitucional da presunção de inocência, garantia esta que, apesar de ter sido formulada com vistas ao Direito Penal, também é aplicável à esfera do Direito Administrativo Sancionador. Isso porque, no entendimento que vem sendo recentemente adotado pelo STJ, se inverte a lógica do ônus probatório, no sentido de que caberá ao acusado – e não mais ao Ministério Público, órgão que propôs a demanda e a quem, em tese, caberia demonstrar a ocorrência do dano – provar que a dispensa da licitação não acarretou danos financeiros à Administração Pública. A inversão de tal ônus probatório, além de violar a própria Lei nº 8.429/92<sup>54</sup> – na medida em que esta prevê o sancionamento do agente ímprobo, não do inábil – viola também a garantia constitucional da presunção de inocência.

Por estes motivos, entende-se que a condenação pelo cometimento do ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, VIII da Lei nº 8.429/92 só pode ocorrer nos seguintes termos:

(i) por conta do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII da Constituição Federal), *deve haver a comprovação, pelo autor da ação de improbidade, de que o valor do contrato oriundo da dispensa de licitação reputada indevida está acima da média de mercado*, de modo a comprovar a existência do “dano ao Erário” exigido para a incidência do art. 10 da Lei de Improbidade;

(ii) nesse caso, em respeito à vedação ao enriquecimento sem causa da Administração Pública (art. 884 do Código Civil), quando o serviço ou o bem contratado já tiver sido prestado/entregue, *só poderá ser cobrado como ressarcimento essa diferença entre o valor contratado e o valor de mercado*, pois esse será o valor do dano concreto causado ao Erário;

(iii) ainda que se prove que o valor pactuado estava acima da média de mercado, por força do art. 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, *o particular contratado não poderá ser condenado a pena de ressarcimento desse valor excedente que recebeu, a não ser que se demonstre que ele também tenha contribuído com as irregularidades cometidas na dispensa da licitação*;

<sup>54</sup> Para uma análise específica acerca da inversão do ônus da prova em ações de improbidade administrativa, cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 131-152, out./dez. 2010.

(iv) caso não se comprove que o valor contratado estava acima da média de mercado, *os agentes públicos envolvidos na dispensa indevida da licitação no máximo poderão ser responsabilizados com base no art. 11, I da Lei nº 8.666/93* – isso, evidentemente, apenas se ficar demonstrado que agiram com a vontade livre e consciente (dolo) de frustrar o processo licitatório.

## Referências

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 54, n. 173, p. 47-67, set./out. 1957.

ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos *a posteriori*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 11-55, jul./set. 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, fev./mar./abr. de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1499706/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 02/02/2017, *DJe* 14/03/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1470675/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/10/2016, *DJe* 09/02/2017.

BUTELER, Alfonso. Los sistemas para el control de la corrupción pública en el orden global. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 239-261, set./dez. 2017.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre libertar e punir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015.

COSTA, Mário Júlio Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FORTINI, Cristiana. Novo marco legal sobre abuso de autoridade é mais que oportuno. *Conjur*, São Paulo, 20 de abr. de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-20/interesse-publico-marco-legal-abuso-autoridade-oportuno>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 151-172, mai./ago. 2018.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a administração pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da lei de improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coords.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*. Curitiba: Íthala, 2015.

HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 187-211, jan./mar. 2014.

HARGER, Marcelo. Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Coords.). *Coleção Direito Administrativo Positivo*. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 24. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

LEAL, Rogério Gesta. Os bens jurídicos tutelados na Lei de Improbidade Administrativa e o dever de correspondência dos agentes públicos em face das responsabilidades jurídicas consectárias. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 75-103, jul./set. 2013.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Improbidade administrativa e inversão do ônus da prova. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 131-152, out./dez. 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumirem-se depósitos bancários como enriquecimento ilícito do agente público para fins de improbidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 97-140, abr./jun. 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade e Abuso de Poder na Investigação Policial e Administrativa, na Denúncia, e no Ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, quando Ausente uma Justa Causa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 77-124, abr./jun. 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PASSARINHO, Jarbas. *Exposição de Motivos nº EM. GM/SAA/0388*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999.

PUIG, Manuel Rebollo. *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Caracterización constitucional de la ética pública (Especial referencia al marco constitucional español). *Revista de Investigaciones Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr. 2014.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012.

TRÊS, Celso Antônio. A atuação do Ministério Público contra a improbidade administrativa: probidade no combate à improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FARIA, Luzardo; BIANCHI, Bruno Guimarães. Improbidade administrativa e dano ao Erário presumido por dispensa indevida de licitação: uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 163-187, jul./set. 2018.

---