

Improbidade administrativa: algo mais que presunção

Autor(a): Luciano Ferraz

Publicado em: 15 de julho de 2021

Publicação: conjur_import

Link JurisTube:

<https://juristube.com.br/colunistas/luciano-ferraz/improbidade-administrativa-algo-mais-que-presuncao-2>

Fonte original:

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

Identificador citável:

juristube.com.br/colunistas/luciano-ferraz/improbidade-administrativa-algo-mais-que-presuncao-2#ep-6c0c6765

Resumo

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

Texto integral

No dia 1º de junho de 2021, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou dois recursos especiais ao rito dos recursos repetitivos, a fim de decidir sobre o cabimento do dano presumido ao erário (in re ipsa) em hipóteses de: (a) frustração de licitude do procedimento licitatório; (b) dispensa indevida de licitação (Tema 1.096). Os Recursos Especiais representativos da controvérsia, relatados pelo ministro Og Fernandes, foram o RESp nº 1.912.668 e o RESp nº 1.914.458, os quais pretendem, nos termos do artigo 1.036 do Código de Processo Civil e do art. 256-E do Regimento Interno do STJ, " definir se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (in re ipsa)". A discussão em voga é assaz importante e gira em torno da interpretação do artigo 10, VIII da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), talvez a disposição mais utilizada para fundamentar ações de improbidade administrativa em matéria de licitações e contratos, muitas vezes movidas pela falsa impressão de que contratações diretas são ipso facto inválidas, e que contratações licitadas são da mesma forma válidas. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça chegou a se pacificar, em decisões da Primeira e da Segunda Turma, no sentido de que "as condutas descritas no artigo 10 da LIA demandam a comprovação de dano efetivo ao erário público, não sendo possível caracterizá-las por mera presunção ." (ver: STJ, RESp 1.228.306/PB, rel. min. Castro Meira, j. 09.10.2012, RESp 621.415/MG, rel. min. Eliana Calmon, j. 16.02.2006; RESp 805.080/SP, 1ª Turma, DJe 06.08.2009; RESp 939.142/RJ, 1ª Turma, DJe 10.04.2008; RESp 678.115/RS, 1ª Turma, DJ 29.11.2007; RESp 285.305/DF, 1ª Turma; DJ 13.12.2007; RESp 714.935/PR, 2ª Turma, DJ 08.05.2006; RESp 1.038.777/SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ 03.02.2011, Dp 16.03.2011). Mais recentemente, todavia, essa orientação tem sido ultrapassada, dando lugar à invocação do dano in re ipsa , o qual decorreria, conforme a tese própria, da suposição de que a realização do certame encontraria inobjetavelmente preços menores para a contratação (ver: RESP 817921/SP, min. Castro Meira, j. 27.11.2012, Dje 06.12.2012 e do RESp AgRg nos EDcl no AREsp 419.769/SC, rel.

min. Herman Benjamin, j. 18.10.2016, DJe 25.10.2016). Duas questões merecem destaque. Primeiro não é real a afirmativa de que sempre que a Administração realiza uma licitação ela obtém os melhores preços existentes no mercado. Isso não é uma verdade. É uma presunção dentro da presunção. Com efeito, seja porque ao lançar o edital a Administração não tem condições de saber quantos e quais os licitantes se apresentarão ao certame, seja porque antes da abertura das propostas comerciais é impossível saber qual será a proposta vencedora, qualquer presunção de que a contratação licitada se apresenta *ipso facto* como a mais vantajosa não passa de uma conjectura hipotética. Segundo porque o artigo 10, caput da Lei 8.429/92 menciona condutas objetivas que constituem o núcleo tipológico da infração, a saber: "perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres", todas articuladas ao efeito de constatar a diferença patrimonial efetiva para menos antes e depois do resultado do ato hostilizado. A boa hermenêutica recomenda que os incisos de um dispositivo legal devam ser interpretados de acordo com o caput. É esta uma conexão lógica que não abre espaço para uma desconexão interpretativa entre o inciso VIII e a cabeça do artigo 10 da Lei 8.429/92. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão monocrática, da lavra do em. min. Alexandre de Moraes (ARE 1265026/RJ, j. 13/05/2020), afastou a aplicação do dano presumido em matéria de contratação direta sem licitação, exatamente a tese que agora é objeto de discussão no Tema 1.096 do STJ. Nos termos do voto do ministro — que fez alusão ao posicionamento do então ministro Napoleão Nunes Maia no AgInt no AREsp 1.252.262 no STJ, "dano não se presume, salvante as hipóteses excepcionais do chamado *dammum in re ipsa*, ocorrente em situações absolutamente típicas, nas quais não se incluem os danos decorrentes de infrações apuráveis. Também convém por em destaque que, na ação de improbidade administrativa, a natureza, a extensão e a grandeza do dano são elementos axiais da dosimetria da sanção, de modo que a sua quantificação depende do dano devidamente apurado, o que exclui a alternativa de ele ser presumido". Realmente, danos apuráveis e quantificáveis no curso do processo judicial são danos do tipo patrimonial e que demandam efetiva comprovação. Em matéria de direito sancionatório, notadamente diante da dimensão das penas aplicáveis nas ações de improbidade administrativa, garantir enquadramento e adequação típica para as condutas impugnadas é, a bem da verdade, algo mais que presunção.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

FERRAZ, Luciano. Improbidade administrativa: algo mais que presunção. *conjur_import*, 15 jul. 2021. Disponível em: <https://conjur.com.br/2021-jul-15/interesse-publico-improbidade-administrativa-algo-presuncao2>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/luciano-ferraz/improbidade-administrativa-algo-mais-que-presuncao-2>. Acesso em: 2 out. 2026.

APA 7ª edição

Ferraz, L. (2021, July 15). Improbidade administrativa: algo mais que presunção. **conjur_import**. <https://conjur.com.br/2021-jul-15/interesse-publico-improbidade-administrativa-algo-presuncao2>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

FERRAZ, Luciano. 2021. "Improbidade administrativa: algo mais que presunção." **conjur_import**, July 15. <https://conjur.com.br/2021-jul-15/interesse-publico-improbidade-administrativa-algo-presuncao2>

BibTeX

```
@article{luciano-ferraz-improbidade-administrativa-algo-mais-que-2021,  
author = {Ferraz, Luciano},  
title = {Improbidade administrativa: algo mais que presunção},  
journal = {conjur_import},  
year = {2021},  
url = {https://conjur.com.br/2021-jul-15/interesse-publico-improbidade-administrativa-algo-presuncao2},  
urldate = {2021-07-15}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>