

Mauro Roberto Gomes de Mattos

LIMITES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

- LEI 8.429/92 ALTERADA
PELA LEI 14.230/21

7^a
edição

Revista e
atualizada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Art. 1º. O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 1º. Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 2º. Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 3º. O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 4º. Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 5º. Os atos de improbidade violam o patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, incluído o de Tribunais de Contas e do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 6º. Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 7º. Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

§ 8º. Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).



I - DA NECESSÁRIA ALTERAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em nossos comentários à Lei nº 8.429/92, alterada pela Lei nº 14.230/2021, alertávamos do defeito legislativo anterior, visto que a mesma possuía comandos

muito abertos, possibilitando o ajuizamento de natimortas ações de improbidade administrativa, além de permitir que a culpa fosse um dos elementos do tipo do art. 10, que versa sobre o prejuízo ao erário, equiparando-o ao dolo.

Após 30 (trinta) anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, verifica-se o manejo desproporcional de ações passou a ser uma realidade, questionando-se responsabilidades objetivas e atos ilegais, sem dolo e sem má-fé, com desvio do foco constitucional do combate ao ato desonesto, aquele praticado com extrema gravidade. Por essa razão, o legislador se viu na necessidade de deixar bem clara a abrangência do comando legal *sub oculis*.

O presente diploma legal se transformou em uma fonte de insegurança, dada a sua vagueza e falta de definição do núcleo do tipo do ato de improbidade, gerando uma sanha punitivista, caracterizando uma possível indústria das ações de improbidade administrativa.

E esses **fatores** convergiram em demonstrar a necessidade de se deixar explícito que somente **a prática de ato doloso pode ser punido a título de improbidade, definindo-o e deixando mais técnica a presente Lei.**

Deixamos consignado:¹

“A Lei de Improbidade veio à superfície com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública.

Todavia, como a lei em comento possui comandos muito abertos, é necessário que haja uma certa prudência no manejo indiscriminado de ações de improbidade administrativa para que não seja enfraquecida e se torne impotente, pelo excesso da sua utilização, para os casos que não comportem o devido enfraquecimento.

Isso porque o comando legal em questão se preocupou apenas em definir os tipos da improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11), sem, contudo, definir que venha a ser ato ímprobo.

Ao deixar de definir o conteúdo jurídico do que venha a ser o ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 permitiu ao intérprete uma utilização ampla da ação de improbidade administrativa, gerando grandes equívocos, pois possibilitou que atos administrativos ilegais, instituídos sem má-fé, ou sem prejuízo ao ente público, fossem confundidos com os tipos previstos na presente lei.”

Dizemos que a Lei de Improbidade Administrativa em sua redação *gênesis* se assemelhava à norma penal em branco, por possuir conteúdo incompleto e cujo “aperfeiçoamento” ficava por conta de quem a interpretava.

Muitas injustiças foram perpetradas revoltando os cultores do Direito, que se viram à mercê de uma persecução desenfreada do Ministério Público, autor de várias ações que sequer possuíam o mínimo de lastro de probabilidade, isto é, justa causa para a demanda, patrocinadas por uma inconsistente justificativa, prejudicando inúmeras carreiras de agentes públicos e empresas. Tal situação,

1. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Limite da Improbidade Administrativa. Comentários à Lei nº 8.429/92. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, ps. 27 e 28.

motivou Rodrigo Valgas dos Santos a escrever o “Direito Administrativo do Medo².”

Como essa situação se tornava insustentável no meio político, com a grande maioria dos agentes políticos respondendo a ações de improbidade administrativa por qualquer fundamento, mesmo que não fosse a corrupção ou a devassidão, a Câmara dos Deputados instalou, no dia 28/08/2019, uma Comissão Especial para analisar o PL nº 10.887/18, a fim de propor as atualizações devidas à Lei de Improbidade Administrativa.

O PL nº 10.887/18³ apresentado pelo Deputado Federal Roberto de Lucena, foi resultado do trabalho da Comissão de Juristas criada pelo então Presidente da Câmara, Deputado Federal Rodrigo Maia, e coordenada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Mauro Campbell, a qual tivemos a honra de compor como membro.

Na reunião inaugural, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, defendeu a necessidade de modernizar a legislação em face da estrutura “muito aberta”, o que acaba inviabilizando o próprio interesse público, dificultando a execução das políticas públicas, diante do temor que a lei causava nos agentes públicos.

A insegurança jurídica passou a ser mais frequente, pois todos os atos da administração pública, em tese, estavam expostos ao entendimento subjetivo do Ministério Público, nem sempre fidedigno ao escopo constitucional da Improbidade Administrativa, onde o ato ilícito justificava o ajuizamento da ação, mesmo não estando presente o elemento subjetivo do tipo.

Por essa razão, **reflexões** foram surgindo **com o objetivo de arejar o pensamento do legislador** para que a presente lei fosse mais **garantista** e realmente pudesse **fiscalizar os atos desonestos praticados com o dolo e má-fé**, abstraindo-se de pecados veniais, ou equívocos culposos, sem o substrato da desonestidade.

A estrutura da legislação embrionária permitia a ocorrência da responsabilidade objetiva pela prática de ato de improbidade daquele **que sequer participou minimamente para a ocorrência do ato ímprobo, ou dele tivesse conhecimento ou tenha concorrido**.

Dessa forma, a redação do artigo inaugural da Lei de Improbidade Administrativa **partia** dos “atos de improbidade” ao invés de trazer uma definição típica do núcleo do tipo do que venha a ser a prática de ato ímprobo. Tal equívoco foi amenizado pela Lei nº 14.230/2021, que **definiu o conceito sobre**

2. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. “Direito Administrativo do Medo. Risco e Fuga ‘da responsabilização dos agentes públicos’, RT, SP, 2ª ed., 2022.

3. Convertida na Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021 (DO de 26.10.2021).

a prática do ato de improbidade administrativa para que ele não permanecesse fluido ou aberto.

Somos da opinião de que **os tipos do direito sancionador**, aí se incluindo o penal e o administrativo disciplinar **devem ser fechados**, pois a experiência tem demonstrado que um Direito Administrativo Disciplinar aberto, tem gerado graves injustiças para com os investigados, visto que o poder punitivo estatal disciplinar, nem sempre se desprende de seus preconceitos de “lesado” na relação jurídica, deixando de se balizar pela imparcialidade e pelo acervo probatório produzido, para, independentemente do grau de reprovabilidade do ato tido como **infracional**, punir o agente acusado a qualquer custo, como uma forma de “torná-lo” uma fonte eficaz de exemplo negativo, tipo um freio inibitório à prática de futuros atos ilícitos, mesmo que não haja a menor evidência da prática de tais ilícitos funcionais.

O certo é que, a atual redação da Lei de Improbidade Administrativa, que veio para atualizar o texto embrionário da Lei nº 8.429/92, traz avanços no agir com responsabilidade perante a administração pública, tendo em vista que o texto anterior já havia completado quase 30 (trinta) anos de vigência e necessitava de ajustes urgentes, devido **ao seu perigoso caráter aberto**, que permitia graves injustiças, pois cabia ao intérprete completar o sentido amplo da lei em questão.

Pela nova norma, os atos de improbidade são praticados contra o patrimônio público e social de quaisquer dos poderes, dos entes federativos, incluídas as respectivas administrações diretas, indiretas e fundacionais, **desde que precedido de ato doloso, sendo excluído de tal contexto o ato ilegal desprovido de má-fé ou de devassidão.**

Por patrimônio público entende-se ser o conjunto de bens, direitos e valores pertencentes a todos os cidadãos.

Como afirmado por David Blanquer⁴, o patrimônio é um conjunto de bens, direitos e obrigações que se aglutinam por ter o mesmo sujeito titular.

O patrimônio é uma “*universitas iuris*” ou unidade fictícia ou ideal, artificialmente criada pelo direito para unificar o tratamento jurídico de distintas relações jurídicas.

Dessa forma, o patrimônio público, que como já dito é o conjunto de bens, direitos e valores que pertencem a todos aos cidadãos e forma também o patrimônio social e como tal deve ser preservado e bem cuidado pelo gestor público.

Esse é o bem jurídico tutelado pela atual lei de improbidade administrativa, ou seja, conservação do patrimônio público e social de qualquer dos

4. BLANQUER, David. Curso de Derecho Administrativo, tomo II, El fin y los medios, teoría y practica. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2006, p. 109.

valores dos entes federativos (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios).

Em uma concepção restrita, pode-se entender que o patrimônio público é o conjunto de bens e direitos, mensurável em dinheiro, que pertence ao ente de direito público, conforme o disposto no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65.

O patrimônio público, de forma mais ampla, é tido como o conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, que pertence ao povo, para qual o Estado e a Administração Pública existem, justamente para administrá-los com probidade e eficiência.

A Lei de Improbidade Administrativa visa manter hígida a boa preservação do patrimônio público e social, abrangidos os princípios éticos, que embora não sejam bens, fazem parte do patrimônio moral de nossa sociedade, e devem ser protegidos pelo Estado e observados por todos os agentes políticos ou públicos e também para todos que se relacionam ou recebem verbas públicas. Esses valores éticos e morais estão disciplinados no artigo 11 e seus incisos da presente lei e possui como destinatários não só os agentes públicos, mas todos aqueles que se relacionam com a administração pública de forma direta ou indireta, devem se comportar com retidão e com lisura, não pactuando ou permitindo a prática de ato imoral ou devasso.

O objetivo da nova redação do artigo 1º foi o de nortear a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa explicitando de forma objetiva a que ela se destina.

A expressão patrimônio público e social foi incorporada pela Lei nº 7.347/85 em recente alteração promovida pela Lei nº 13.004/14 (art. 4º), que inclui entre as finalidades da ação civil pública a proteção do referido patrimônio público e social e, por essa razão, foi adotada no atual artigo 1º da lei em questão.

Assim, foi suprimida da redação inaugural do artigo 1º da Lei nº 8.429/92, no que se refere à disposição quanto à extensão das sanções cominadas às entidades em relação às quais o Poder Público tenha concorrido para a criação. Essas disposições foram elencadas na parte específica da lei que se relaciona às sanções cabíveis.

Dessa forma, os atos de improbidade devem ser praticados com dolo contra o patrimônio público e social para se inserir no presente contexto legal.

Sucedem que não é todo ato que atente contra esses bens juridicamente tutelados que estará, em tese, inserido no escopo da atual Lei de Improbidade Administrativa, pois, para ser tipificado como ato ímprobo, é necessário que ele seja praticado com dolo e que no exercício indevido das funções públicas, o agente desvie-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens patrimoniais indevidas para si ou para outrem (art. 9º), ou gerar prejuízo ao patrimônio público (art. 10), ou viole os

princípios norteadores da Administração Pública (art. 11), tudo de forma livre e consciente, com dolo.

A Improbidade Administrativa é a ilegalidade qualificada pelo dolo do agente, como delineada pela nova e atual versão da Lei nº 8.429/92. Apesar da Improbidade Administrativa depender da prática de um ato ilícito, nem todo ato ilegal ou imoral é ímprobo, pois ele é ligado ao elemento desonestidade. Ou seja, para serem tipificadas como ímprobos as condutas previstas nos artigos 9º, 10 e 11, da presente lei, necessário se faz que esteja presente o dolo e a desonestidade, verificada pela devassidão do ato ímprobo.

Por essa razão, Vera Scarpinella Bueno⁵ leciona que “o fator diferenciador entre um ato ilegal e um ato de improbidade está, pois, na conduta do agente, e não na ilegalidade objetiva do ato.”

Para Marcelo Harger⁶, o conceito de improbidade é:

“Ato de improbidade é o ato ilícito doloso, decorrente de desonestidade do agente, que cause prejuízo à Administração, acarrete enriquecimento ilícito a um cidadão ou pessoa jurídica que esteja prevista em um dos incisos do art. 10 da Lei nº 8.429/92. Por outro lado, não são atos de improbidade aqueles praticados em decorrência de improbidade do administrador público, que representem equívocos exclusivamente formais ou praticados de boa-fé.”

João Pedro Accioly⁷ define:

“O agir ímprobo e o agir desonesto e moralmente condenável, que contende com os deveres éticos.”

Não se pode confundir que meras irregularidades que não sejam praticadas com grave desonestidade⁸ funcional se equiparem aos atos ímprobos, como era previsto na legislação revogada. Não há dúvida, para que se possa qualificar o ato ilícito em ato ímprobo, faz-se indispensável que se tenha prova de agir doloso do agente público, o que afasta dessa seara a singela irregularidade administrativa.

Assim, em que pese a relevância da Lei de Improbidade Administrativa para a defesa da moralidade administrativa, fica cristalinamente definido pela

-
1. BUENO, Vera Scarpinella. In, BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (Coord). Improbidade Administrativa, questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 390.
 2. HARGER, Marcelo. Improbidade Administrativa - Comentários à Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.
 3. ACCIOLY, João Pedro. Improbidade Administrativa e Proibição de Contratar com o Poder Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 12.
 4. “(...) 3 - A existência de meras irregularidades administrativas não enseja a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92. A razão para tanto é que “a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé; e por isso, necessário o dolo genérico na conduta do agente” (STJ, REsp 151.2047/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2º T., julgado em 21/05/2015, Dje 30/06/2015). 4 - Agravo interno improvido.” (STJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, AgInt no REsp 1561858/RS, 1ª T., DJ 15/05/2018). Sobre esse julgado a Lei nº 14.230/2021 retirou o dolo genérico para exigir o dolo direto.

ARTIGO 10, VIII

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente acarretando perda patrimonial efetiva. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021).


COMENTÁRIOS
I – PREVISÃO LEGAL DE LICITAÇÃO

A Lei nº 14.230/2021 alterou a redação do presente inciso VIII, do artigo 10, da Lei nº 8.429/92, com a redação que era dada pela Lei nº 13.019/2014, para alargar o seu campo de atuação em situações concretas que não estavam abarcadas pela redação original do inciso em questão, ressaltando expressamente a necessidade de perda patrimonial, e o elemento subjetivo doloso³⁶².

Eis o quadro comparativo entre a redação inicial e a atual:

Redação Inicial	Redação Atual
VIII – Frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fim lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;	VIII – Frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva;

A redação inicial se limitava a reprimir os atos de improbidade administrativa que frustravam a licitude do processo licitatório ou dispensava-o indevidamente, sem respaldo legal.

362. "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR – REEXAME NECESSÁRIO – ADVENTO DA LEI N.º 14.230/2021 – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – NÃO CABIMENTO DO REEXAME – PREVISÃO EXPRESSA – LEI DE APLICAÇÃO IMEDIATA – MÉRITO – TIPIFICAÇÃO DE ALGUNS ATOS PELOS ARTIGOS 10, VIII E 11, I E II, DA LEI N.º 8.429/92 – REVOGAÇÃO PELA LEI N.º 14.230/2021 – RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA AOS ACUSADOS – DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR – FACILITAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE TERCEIRO – AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE DE ATOS OFICIAIS – ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO – NÃO DEMONSTRADO – SENTENÇA MANTIDA.

- A Lei federal n.º 14.230/2021 promoveu significativas alterações na Lei n.º 8.429/92; dentre outras, incluiu a previsão expressa de que não cabe reexame necessário nas sentenças de improcedência ou de extinção sem resolução de mérito, proferidas nas ações civis públicas por atos de improbidade administrativa.

- A Lei de Improbidade Administrativa enquadra-se como parte do Direito Administrativo Sancionador, conforme indicado no art. 17-D da Lei n.º 8.429/92, sendo aplicável, conforme entendimento do STJ, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, sendo o qual "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

- Para a caracterização dos atos ímprobos previstos nos artigos 10, XII e 11, IV, da Lei n.º 8.429/92, com redação dada pela Lei n.º 14.230/2021, é imprescindível a demonstração de dolo na conduta dos agentes, conforme disposto no art. 1º, § 1º, do mencionado diploma legal.

- Impõe-se a manutenção da sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais, uma vez que não comprovada a presença de irregularidades no procedimento licitatório, tampouco de dolo nas condutas dos requeridos.

Pela redação embrionária, havendo dispensa ou inexigibilidade de licitação indevida presumia-se o dano, independentemente dano ao erário, sem a necessária verificação se houve ou não prejuízo aos cofres públicos.

Somente o binômio ilegalidade (frustração) e prejuízo ao erário é que contemplava o aludido tipo. Só a frustração da licitação sem o prejuízo ao erário não seria capaz de gerar o ato ímprobo.

A redação conferida pela Lei nº 13.019/2014, trouxe o devido esclarecimento ao núcleo do presente tipo, para contemplar a frustração da licitude de processo licitatório, embasando também o processo seletivo para a celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, desde que haja prejuízo comprovado e real ao erário, coadjuvado pelo ato doloso.

Para haver a parceria com entes de direito privado ou público, deve-se promover, pelo menos, o processo seletivo, bem como verificar-se a melhor proposta para o tomador do serviço ou da parceria e a real necessidade do ente público.

A dispensa de licitação ou de processo seletivo, que traga prejuízo efetivo ao erário, pela nova redação do artigo 10, inciso VIII, caracteriza ato ímprobo, desde que verificado o aludido dolo específico.

Coube à Lei nº 14.230/2021 inserir ao presente inciso VIII, a necessidade de “perda patrimonial efetiva”.

Ou seja, não se admite mais o dano *in re ipsa*, decorrente da própria ilegalidade do ato que dispensa o processo licitatório, como entendido até então pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ³⁶³.

Agora, é necessário que se demonstre que a contratação direta causa lesão efetiva ao erário, e foi decorrente de ato desonesto, não sendo mais admitido o dano presumido (*in re ipsa*), pela ausência de licitação. **O legislador não permite mais se presumir o dano pela simples frustração do processo licitatório, há que se demonstrar a perda patrimonial, conjugada com a desonestidade.**

- Recurso não provido.” (TJ/MG, Rel. Des. Luís Carlos Gamboji, AP. Cível 1.0693.11.005734-8/001, 5ª C.C., DJ 14/03/2022).

363. “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DECORRENTE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO FRAUDULENTO. OCORRÊNCIA DO CHAMADO DANO IN RE IPSA. CARÁTER ÍMPROBO DA CONDUTA DO AGRAVANTE ASSENTADO PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. O acórdão recorrido está em consonância com a firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a frustração de procedimento licitatório, na medida em que impede o Poder Público de contratar a melhor proposta, rende ensejo ao chamado dano *in re ipsa*, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado, e descabe exigir do autor da ação civil pública prova a respeito dessa presunção. 2. Ademais, o Tribunal de origem, com base no acervo fático-probatório dos autos, assentou a presença de todos os elementos necessários à configuração do ato ímprobo. Nesse contexto, e diante das particularidades do caso, não é possível discordar de tais premissas fáticas, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.3. Agravo interno desprovido.” (STJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, AgInt no AREsp nº 1202522/DF, 1ª T., DJ de 31.08.2021).

Ausente a prova de efetiva perda patrimonial do Poder Público e o dolo, não há que se falar em violação ao inc. VIII, do artigo 10, da Lei nº 8.429/92³⁶⁴.

Essa nova situação jurídica estabelecida pela Lei nº 14.230/21 influenciou o cancelamento do Tema 1.096 do STJ, que versava sobre o dano presumido ao erário, na ausência de licitação. A decisão foi tomada no dia 22/02/2024, nos REsp's nº 1.912.668/GO e nº 1.914.458/PI, nos seguintes termos:

“Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: A Primeira Seção, por unanimidade, cancelou o tema 1096, com a determinação de que os Recursos Especiais afetados tenham regular processamento, assim como os casos que tiveram andamento suspenso quando da afetação do tema, nos termos da questão de ordem proposta pelo Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.”

O Tema foi afetado para discutir 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*).

Assim ficou ementado no REsp nº 1914458/PI³⁶⁵:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL AFETADO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. DISPENSA INDEVIDA OU FRUSTRAÇÃO DE LICITUDE. CONFIGURAÇÃO OU NÃO DE DANO PRESUMIDO AO ERÁRIO (IN RE IPSA). SUPERVENIÊNCIA DA LEI 14.230/2021, COM

364. “CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TEMA 1.199, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCIDÊNCIA SUPERVENIENTE DA LEI Nº 14.230/2021. ALTERAÇÃO DO ART. 11, DA REDAÇÃO ORIGINÁRIA DA LEI Nº 8.429/92. EXIGÊNCIA DO DOLO. MUNICÍPIO DE IPATINGA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. DOLO, MÁ-FÉ E DESONESTIDADE. PROVA. AUSÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA.

- O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema 1.199, por unanimidade fixou a seguinte tese: "1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”.

- Nos termos da nova redação do art. 10, inciso VIII da LIA, para configurar o ato ímprobo, a dispensa indevida do processo licitatório deve acarretar efetiva perda patrimonial do Poder Público, acrescido da demonstração do dolo específico, ou seja, "a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado".

- Ausente a comprovação do excesso de valor pago à contratação de banda que se apresentou por ocasião do aniversário da cidade, do dolo e do prejuízo aos cofres públicos, não está caracterizada ofensa ao art. 10, VIII, da Lei n. 8.492/92.” (TJ/MG, Rel. Des. Roberto Apolinário de Castro (convocado), AP. Cível 1.0000.22.037840-0/001, 1ª C.C., DJ 09/11/2022).

365. STJ, Rel. Min. Afranio Vilela, QO no RESP 1914458/PI, 1ª S., julgado em 22/02/2024.

ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO DO ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92. CANCELAMENTO DO TEMA 1.096.

1. Em julgamento finalizado em 1º/6/2021, a Primeira Seção do STJ afetou o processo ao rito dos recursos repetitivos (art. 257-C do RISTJ), para o fim de discutir a seguinte controvérsia: “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) “.
2. Após a afetação do Recurso Especial como representativo da controvérsia, sobreveio a Lei 14.230/2021, que alterou, profundamente, a Lei 8.429/92. A nova redação do art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, resolve, aparentemente, a questão objeto da controvérsia afetada, dispondo que, para fins de configuração de improbidade administrativa, o ato deverá acarretar “perda patrimonial efetiva”. Além disso, existem profundos debates sobre as questões relacionadas ao real alcance da nova redação do art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, bem como sua eventual retroatividade, que não foram objeto de discussão nos autos.
3. Levando em consideração essa situação e o disposto nos arts. 1.036, § 6º, e 104-A, I, do RISTJ, é prudente que eventual fixação de tese repetitiva sobre o tema seja realizada em recurso especial em que tenha havido ampla discussão sobre o alcance das inovações implementadas pela Lei 14.230/2021, o que não ocorreu no caso.
4. Questão de Ordem encaminhada no sentido de propor o cancelamento do Tema 1096, com a determinação de que os Recursos Especiais afetados tenham regular processamento, assim como os casos que tiveram andamento suspenso quando da afetação do tema”.

Mais à frente falaremos sobre a parceria com entidades sem fins lucrativos e o processo seletivo. Mas não se pode deixar de registrar que as irregularidades que porventura ocorram em um certame licitatório devem ser precedidas de má-fé por parte do agente público e, para se estender a responsabilidade para o particular ou para o terceiro, ele deve ser partícipe da imoralidade qualificada através de conluio ou da prática de ardid, gerando ou causando prejuízo ao erário³⁶⁶.

366. “ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 9º, 10 E 11 DA LEI 8.429/92. IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATO ÍMPROBO E DO ELEMENTO SUBJETIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10” (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, Dje de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Dje de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Dje de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Dje de 31/03/2014. IV. No caso, o acórdão recorrido, mediante exame do conjunto probatório dos autos, concluiu que “deve-se realçar ser incontroverso que as irregularidades descritas, em linhas passadas não ensejaram dano ao erário, fato inclusive admitido pelo MPF em seu recurso (fl. 544, v. 3). Note-se que o objeto do contrato de repasse (pavimentação da Rua Pio Salvador) foi atingido sem que os dispêndios superassem os recursos destinados à sua execução (v. fls. 121-135 do acórdão). Sendo assim, verifica-se,

O constituinte³⁶⁷ atual, preocupado com a melhor contratação para o patrimônio público, instituiu a obrigação de uma legislação infraconstitucional sobre a obrigatoriedade de licitação para as obras, serviços, compras e alienações.

A finalidade dessa obrigação constitucional é a preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade³⁶⁸ e da própria economicidade, dentre outros.

Buscou a CF/88, seguindo a esteira das suas novas preocupações, constitucionalizar formalmente os principais pontos a serem percorridos no processo de licitação, admitindo que a legalidade infraconstitucional pudesse prever casos de inexigibilidade de processo licitatório.

Afirmamos³⁶⁹ em outra oportunidade:

“A matriz da licitação é a Constituição Federal que estipula como regra o certame, ressaltando os casos especificados na legislação (arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93).”

Definimos a licitação como³⁷⁰:

“O processo instaurado pelo qual o ente público, visando ao interesse da coletividade, convoca os interessados para se submeterem às regras preestabelecidas, fornecendo suas propostas comerciais, a fim de selecionar-se a que é mais eficiente e vantajosa para o Estado.”

Para Toshio Mukai³⁷¹:

“A licitação significa um cotejo de ofertas (propostas), feitas pelos particulares ao Poder Público, visando à execução de uma obra pública, à prestação de um serviço, um fornecimento, ou mesmo a uma alienação pela administração, quando se há de escolher aquela (proposta) que maior vantagem oferecer, mediante um

de plano, que não há como imputar a conduta dos demandados nas hipóteses previstas no art. 10 da LIA, que pressupõe dano ao erário. Vê-se, outrossim, que não restou demonstrada, nem de longe, a ocorrência de enriquecimento ilícito de nenhum dos suplicados (art. 9º da LIA) (...) embora seja incontroversa a ocorrência de irregularidades no bojo dos certames (licitações nº 19/2004 e 28/2006), não ficou comprovada a má-fé dos recorridos, muito menos o conluio entre eles”, de modo que inexistente o dolo de fustigar os princípios da administração. Incidência da Súmula 7/STJ. V. Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido – para acolher a pretensão do agravante e reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa e do elemento subjetivo doloso, na conduta dos réus – demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.457.608/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; AgRg no AREsp 279.581/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/12/2013. VI. Agravo Regimental improvido.” (STJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, AgRg no AREsp nº 409591/PB, 2ª T., DJe de 16.11.2017).

367. Art. 33, XXI, da CF.

368. Cf. MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, São Paulo: Atlas, 2002, p. 881.

369. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O contrato administrativo, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2002, p. 349.

370. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Licitação e seus princípios na jurisprudência, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 126.

371. MUKAI, Toshio. Estatutos jurídicos de licitações e contratos administrativos, São Paulo: Saraiva, 2. ed., 1990, p. 1.