

**INSTITUTO SEM FINS LUCRATIVOS E REPUTAÇÃO ILIBADA QUE SE DEDICA AO
DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL E DESNECESSIDADE DE LICITAR.
AUSÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE E DESCABIMENTO DA PENA DE
DEVOLUÇÃO DE VALORES.**

Gina Copola

I – Reza o art. 24, inc. XIII, da Lei federal nº 8.666, de 1.993:

“Art. 24 É dispensável a licitação: (....)

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;”

Tem-se, portanto, que é permitida a contratação direta, por dispensa de licitação, de instituição que apenas e tão-somente seja (I) *brasileira*, (II) incumbida regimentalmente de pesquisa, ensino ou *desenvolvimento institucional*, que (III) detenha *inquestionável reputação ético-profissional*, e, por fim, que (IV) *não tenha fins lucrativos*.

Apenas isso, e nada além disso exige a lei para a contratação direta por dispensa no caso.

II – Tem-se, portanto, que basta o atendimento das exigências legais e o preço estar dentro do praticado pelo mercado para restar aperfeiçoada a contratação.

Com todo efeito, a entidade que é instituição brasileira sem fins lucrativos, com reputação ilibada, atuando há muitos anos no mercado, conhecida e reconhecida em todos os âmbitos da Administração Direta e Indireta, e incumbida estatutariamente do desenvolvimento institucional da Administração Pública, obviamente que se enquadra no dispositivo legal.

O estatuto social da instituição deve prever serviços de desenvolvimento institucional – que nada mais é que o desenvolvimento do ente público contratante nas mais diversas atividades que podem ser contratadas – que deve estar expressamente previsto.

Tem-se, por exemplo, que serviços como o de recuperação de dívida ativa, de realização de concursos públicos, de reforma administrativa, dentre outros, podem perfeitamente ser enquadrados dentre os serviços de desenvolvimento institucional, diversamente com o que ocorre com os serviços que representam atividades rotineiras da Administração, como ocorre com os serviços, por exemplo, de vigilância, limpeza, entre outros.

Sobre o conceito de desenvolvimento institucional, o e. Tribunal de Contas da União, Decisão nº **138/1998** – Plenário, já decretou que:

“de todas as expressões utilizadas pelo legislador no inciso, o desenvolvimento institucional foi a mais ampla. Se a doutrina até agora debate-se por açambarcar e analisar as acepções da palavra instituição, a rigor, desenvolvimento institucional compreenderia crescimento, progresso, de qualquer coisa em que possa estar compreendido no termo instituição”

A única ilação possível, de tal sorte, é o de que desenvolvimento institucional representa a melhoria (aperfeiçoamento, *upgrade*, crescimento) na capacidade de atuação de uma instituição, ou, em outras palavras, a atividade a ser contratada deve destinar-se a tornar a instituição mais *apta e capaz* para o pleno exercício de suas atribuições precípuas

III – É preciso, porém, que alguns requisitos sejam atendidos de forma inconteste, conforme tem decidido o e. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

a) o objeto social da contratada precisa ser preciso quanto à sua finalidade, e abranger perfeita e claramente atividades de cunho de desenvolvimento institucional;

b) o objeto do contrato celebrado precisa corresponder a uma das especialidades previstas no Estatuto Social da contratada, e não se referir a serviço corriqueiramente encontrado no mercado;

c) o contrato precisa ter o caráter *intuitu personae* sem subcontratação do objeto do contrato, sendo permitida apenas a contratação de pessoas físicas e jurídicas para desenvolver atividades meio, necessárias ao atendimento do objetivo contratual;

d) a reputação da contratada deve referir-se ao objeto pactuado e ser aferida no universo de outras entidades da mesma natureza no momento da contratação;

e) a razoabilidade do preço deve restar devidamente demonstrada, com pesquisa prévia de preços praticados pelo mercado;

f) a contratada não precisa ser a única que realize o serviço contratado, mas deve ser reconhecidamente capacitada e estar entre as que são reconhecidamente mais renomadas, e

g) o serviço deve ser efetivamente prestado na forma contratual.

IV – Tem-se, de tal sorte, que atendidos tais requisitos, a contratação restará legal e aperfeiçoada, motivo pelo qual não se poderá alegar improbidade administrativa no caso, sendo certo, ainda, que mesmo que a contratação não tivesse atendido os requisitos legais, tal ilegalidade somente poderia ser alçada à condição de improbidade administrativa, se existente o elemento subjetivo do *dolo*.

Isso porque para a configuração de tal ato de improbidade é imprescindível a ocorrência do elemento subjetivo do *dolo*, conforme a jurisprudência superior tem reiteradamente decidido.

É cediço em direito que só existe e só se configura um ato de improbidade administrativa se nele existir o elemento subjetivo do **dolo**.

Observa-se no caso presente a **absoluta ausência de dolo** o que desnatura e descaracteriza na essência o ato de improbidade administrativa, nos termos regidos pela **Lei federal nº 8.429, de 1.992**, e conforme esse e. Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido.

Com efeito, é necessária a **má-fé** e a **desonestidade** como fatores preponderantes do tipo contido na lei.

Sem a figura do dolo resulta e é virtualmente impossível a caracterização de improbidade em ato algum de autoridade.

Com todo efeito, tanto na doutrina quanto sobretudo na jurisprudência superior é pacífico e convergente o entendimento de que a ação de improbidade administrativa deverá ser manejada para os casos em que fica inequivocamente demonstrado que o agente público *utilizou de expediente que possa ser caracterizado como de má-fé*, com a nítida intenção de beneficiar-se pela lesão ao erário, e apenas assim.

O elemento subjetivo dos tipos contidos da LIA é o **dolo** e apenas o dolo, decorrente da vontade do agente público em locupletar-se às custas do erário, enriquecendo-se em detrimento do Poder Público.

V - E mais: se a contratação atendeu aos requisitos acima descritos – **dentre eles, e, sobretudo, se os serviços foram efetivamente prestados** – não há que se falar em devolução de valores.

É o que já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº **927.905-MG**, relator Ministro MAURO CAMPBELL, 2ª Turma, julgado em 02/09/2010, com a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. HORAS EXTRAS PAGAS ILEGALMENTE. RESSARCIMENTO. NÃO-CABIMENTO. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS

1. Conforme narra o próprio Ministério Público no especial, sua pretensão recursal diz respeito à devolução do que foi pago ilegalmente a servidora a título de hora extras, como permitido pela parte recorrida. A origem constatou que os serviços foram efetivamente prestados e

afastou a necessidade de devolução dos valores mencionados em razão da boa-fé da beneficiária.

2. Esta Corte Superior possui entendimento consolidado no sentido de que, em matéria de improbidade administrativa no âmbito da contratação ou prestação ilegais de serviços, **é indevida a devolução das quantias percebidas caso tenha ocorrido a contraprestação.** Precedentes.

3. Daí porque não é possível acolher a pretensão recursal, mas não em razão da desnecessidade de configuração do elemento subjetivo, e sim porque o ressarcimento estaria condicionado a um prejuízo suportado pelo erário que incorre na espécie.

4. Recurso especial não provido”
(Destacamos)

Tem-se, portanto, que mesmo que ocorrer a prestação ilegal dos serviços não há que se falar em devolução de valores se os serviços foram efetivamente prestados.

VI - Ademais, é cediço em direito que o dever de ressarcimento ao erário somente ocorre quando se verifica o efetivo dano ao erário, o que não se verifica quando ocorre a efetiva prestação dos serviços pelo contratado, e conforme já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº **1.038.777-SP**, relator Ministro LUIZ FUX, 1ª Turma, julgado em 3/2/11, com a seguinte ementa:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO. ESPECIALIZAÇÃO NOTÓRIA. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS DEMANDADOS. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. (...)

7. *In casu*, a ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo) coadjuvada pela inexistência de

dano ao patrimônio público, uma vez que o pagamento da quantia de R\$ 49.820,08 (quarenta e nove mil, oitocentos e vinte reais, oito centavos) se deu à luz da efetiva prestação dos serviços pela empresa contratada (fl. 947), revelando error in iudicando a análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo” (Destacamos)

Ou seja, a efetiva prestação dos serviços pelo contratado afasta a necessidade de ressarcimento ao erário, sobretudo quando não se verifica o elemento subjetivo do dolo.

VII - E também o e. Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº **1.237.583-SP**, rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, julgado em 8 de abril de 2014, decidiu que

“De outro lado, conforme entendimento jurisprudencial do STJ, a existência de prejuízo é condição para se determinar o ressarcimento ao erário. Nesse sentido, dentre outros: REsp 1214605/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Dje 13/06/2013; REsp 1038777/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Dje 16/03/2011”

E, ainda no mesmo diapasão, decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº **1.200.379-MG**, rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª Turma, julgado em 15/10/2013, com a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA SEM A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE. ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONSIGNA A AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. INADEQUAÇÃO DA PENA DE RESSARCIMENTO.

1. Recurso especial no qual se discute a possibilidade de aplicação da pena de ressarcimento em razão do reconhecimento da prática de ato ímprobo, consistente na não

realização do procedimento de inexigibilidade de licitação para a contratação de escritório de advocacia.

2. Conforme entendimento jurisprudencial do STJ, a existência de prejuízo é condição para se determinar o ressarcimento ao erário. Nesse sentido, dentre outros: Resp 1214605/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 13/06/2013; REsp 1038777/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 16/03/2011.

3. Recurso especial não provido”

E o v. acórdão cita precedentes no mesmo sentido.

Não há que se falar, portanto, em ressarcimento ao erário quando ausente o prejuízo, e os serviços foram efetivamente prestados a preços justos.

É nosso singelo entendimento.