

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

DANILO ATALLA PEREIRA

**ASPECTOS RELEVANTES E ATUAIS DA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA NA LICITAÇÃO NO BRASIL**

SÃO PAULO
2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

DANILO ATALLA PEREIRA

**ASPECTOS RELEVANTES E ATUAIS DA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA NA LICITAÇÃO NO BRASIL**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em **Direito Administrativo**, sob a orientação do Professor Mestre Thúlio Caminhoto Nassa

SÃO PAULO

2017

DANILO ATALLA PEREIRA

**ASPECTOS RELEVANTES E ATUAIS DA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA NA LICITAÇÃO NO BRASIL**

São Paulo, ___ de _____ de _____

Resultado. _____

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de **ESPECIALISTA** em **Direito Administrativo**, sob a orientação do Professor Mestre Thúlio Caminhoto Nassa

Banca Examinadora

Nome Professor Dr. _____

Nome Professor Dr. _____

Nome Professor Dr. _____

À Cristiana Hauch, pelo amor incondicional, pela parceria e compreensão nas horas mais difíceis.

À minha pequena Luíza, inspiração de todos os meus dias.

Agradecimentos

Agradeço à minha família, e meus amigos pela maravilhosa convivência e pelos bons exemplos, que inspiram minha vida e me fazem uma pessoa melhor.

Ao corpo docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP pelos inestimáveis ensinamentos ao longo de dois anos

Agradecimento especial ao meu orientador, Professor Thúlio Caminhoto Nassa pelo importante auxílio na elaboração desta monografia.

A Deus, razão de tudo.

RESUMO

AUTOR: Danilo Atalla Pereira

TÍTULO: ASPECTOS RELEVANTES E ATUAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA LICITAÇÃO NO BRASIL

Tem o presente trabalho o escopo de analisar a questão da improbidade administrativa na licitação no Brasil, considerando seus aspectos relevantes e atuais.

Primeiramente trataremos da licitação, discorrendo sobre noções gerais, definição, princípios gerais, modalidades e tipos, bem como sobre as exceções ao dever geral de licitar.

Em seguida, trataremos da improbidade administrativa, seu conceito, peculiaridades, e as polêmicas envoltas na Lei 8429/1992, para depois tratar da improbidade propriamente na Licitação, que será o cerne do desenvolvimento dessa monografia.

Por derradeiro, trataremos da responsabilidade da autoridade administrativa e do ordenador de despesas, da comissão de licitação e do pregoeiro, do parecerista e dos contratados.

Palavras-chave: licitação, Lei 8666/1993, improbidade administrativa, responsabilidade, improbidade na licitação, Lei 8429/1992.

ABSTRACT

AUTHOR: Danilo Atalla Pereira

READING: ASPECTOS RELEVANTES E ATUAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA LICITAÇÃO NO BRASIL

The present work has the scope of the study the issue of administrative impropriety in the bidding in Brazil, considering aspects that are relevant and current

First we will treat of the tender, and elaborating on background, definition, general principles, modalities and types, as well as about the exceptions to the general duty to bid.

Then, we will provide administrative impropriety, its concept, peculiarities, and polemics cloaked in the Law 8429/1992, to after treat the impropriety itself in the Bidding, which will be the core of the development of this monograph.

Finally, we will discuss the responsibility of the administrative authority and the applicant of expenses, of the bidding commission and of the auctioneer, of the auditor and of the contractors.

Keywords: the bidding Law 8666/1993, administrative impropriety, responsibility, impropriety in the bidding, the Law 8429/1992.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. Noções Gerais de Licitação	3
1.1. Escorço Histórico	4
1.2. Definição e Princípios	8
1.3. Modalidades de Licitação	17
1.4. Tipos de Licitação	21
1.5. Licitação Dispensada, Dispensa de Licitação e Inexigibilidade de Licitação.....	23
2. A Improbidade no Direito Brasileiro	25
2.1. Conceito e peculiaridades.....	25
2.2. Fontes Normativas.....	27
2.3. Aspectos da Lei nº. 8429/1992.....	30
3. A Improbidade na Licitação	39
4. Responsabilidade	41
4.1. Responsabilidade da Autoridade Administrativa e do Ordenador de Despesa	41
4.2. Responsabilidade da Comissão de Licitação e do Pregoeiro	46
4.3. Responsabilidade do Parecerista	49
4.4. Responsabilidade dos Contratados	55
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa tratar de aspectos relevantes e atuais da improbidade administrativa no Brasil.

Por se tratar de monografia de um curso de especialização, terá uma natureza descritiva, não se atrevendo a discorrer, de forma mais alongada e profunda, ou ainda inovar sobre os temas objetos do presente estudo.

A licitação está fortemente presente no cotidiano da administração pública, sendo o mecanismo prévio e idôneo, do qual decorrerá o contrato administrativo, por meio do qual administração contratante se vinculará a terceiros para obtenção de obras, serviços, e ainda formalizar a compra e alienação de bens.

Na execução e concretização do procedimento licitatório, há um dever de probidade dos agentes públicos, ou seja, que aqueles que gerem a coisa pública se comportem de maneira honesta, transparente, visando sempre à consecução do interesse público.

Esse comportamento probo deve permear todos os atos dos agentes públicos, em especial quando se tratar de atuação em certames licitatórios, que comumente envolvem vultosos recursos.

Desta feita, o dever de probidade é inerente à atuação dos membros do Poder Público, que quando se apartam de tal dever devem ser punidos.

E para tanto, além da previsão no artigo 37, parágrafo quarto da Carta Política, foi promulgada a Lei 8429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Faremos uma breve apresentação das noções de licitação, seu histórico, definição legal, as modalidades e tipos de licitação, bem como discorreremos sobre a improbidade administrativa, conceito, aspectos legais, princípios pertinentes, tratando especificamente da

improbidade na licitação, bem como da responsabilidade dos agentes públicos com atuação no certame.

Como susodito, não temos a pretensão de esgotar o assunto, nem trazeremos soluções inovadoras, já que não é da natureza do trabalho aqui tratado.

1. Noções Gerais de Licitação

A licitação é o procedimento prévio, através do qual a Administração Pública realiza obras, adquire serviços, faz compras e aliena bens.

Em regra, as contratações pelo Poder Público devem ser precedidas de certame licitatório.

A exigência de prévia licitação para a Administração para as contratações da Administração encontra fundamento legal no artigo 37, XXI da Constituição Federal, que estabelece normas gerais sobre licitações contratos, e visa garantir que o ente público contrate pelo melhor preço, nas melhores condições, e ainda garanta a todos que preencham os requisitos necessários, a possibilidade de contratar com as pessoas jurídicas de direito público.

A regulamentação do dispositivo constitucional se dá por meio da Lei 8666/1993, da Lei 8987/1995, a qual disciplina concessões e permissões de serviços. Também a Lei 10.520/2002 que regulamenta a modalidade pregão, tanto presencial, quanto eletrônico, e visa à aquisição de bens e serviços comuns, regulamentada pelos Decretos 3555/2000 e 5450/2005; e, ainda, a Lei 11.079/2004 que regula as parcerias público-privadas.

Tais diplomas legais representam a moldura jurídica estruturante das licitações e contratos administrativos.

A competência para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos é da União, tendo os demais entes federados competência residual para criar normas peculiares que, obviamente, não podem contrariar normas gerais, especialmente no que tange ao procedimento de licitação, formalização e execução dos contratos, bem como nos prazos e recursos previstos na legislação federal.

A regra geral do dever de licitar, ressalvados os casos previstos na legislação, encontra três exceções na aludida Lei 8666/93, que se materializam por meio do artigo 17, que prevê hipóteses de licitações dispensadas; artigo 24, que trata das possibilidades de dispensa de licitação, com rol taxativo; e o artigo 25 que estabelece possibilidades de licitações inexigíveis.

1.1. Escorço Histórico

A Licitação surgiu na Europa medieval, em razão da necessidade do Poder Público adquirir certos bens e, ainda, obter obras e serviços aos quais não tinha pronto acesso.

Era algo bastante rudimentar, no qual se distribuíam informativos, estabelecendo local, data e horários para que os particulares interessados em fornecer para a administração comparecessem e ofertassem suas propostas.

Utilizava-se do sistema “Vela e Pregão”, no qual, estando presentes o representante estatal e demais interessados, era acesa uma vela, sendo possível aos participantes/ licitantes ofertar lances até que a vela apagassem por si só, ou caso queimasse até o final, seria declarado vencedor aquele que tivesse oferecido a última menor proposta.

No Brasil, o que se tem de notícia mais remota acerca do procedimento licitatório, refere-se ao Decreto 2926/1862, que aprovava o regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Estruturou-se no âmbito federal por meio do Decreto 4536/1922 (Código de Contabilidade da União), sistematizou-se com o Decreto 200/1967, que dispunha sobre a organização da Administração Federal, estabelecendo diretrizes para sua reforma administrativa, cujo conteúdo foi estendido aos Estados e Municípios por meio da Lei 5456/1968, e Lei 6946/1981, que atualizou os limites de valor aplicáveis às diferentes modalidades de licitações, simplificou a organização de cadastros de licitantes, dentre outras providências.

Com a redemocratização do país ocorrida em meados da década de 80, do século passado, foi editado o Decreto-Lei 2300/1986, que instituiu o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, e teve como mérito compilar normas gerais e específicas do instituto da Licitação, e que sofreu posteriores alterações geradas pelos Decretos-Lei 2348/87 e 2360/87.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, também conhecida por “Constituição Cidadã”, o procedimento licitatório recebeu *status* constitucional de observância obrigatória por todos os entes da administração pública, União, Estados e Município, tendo referência

expressa no artigo 37, XXI¹, que estabeleceu que as obras, serviços, compras e alienações dos entes públicos, em regra, fossem contratados mediante processo de licitação pública, cuja competência para legislar sobre cabe à exclusivamente à União², consoante expresso comando do artigo 22, XXVII, do texto constitucional.

A Lei 8666/1993 se tornou um marco histórico na sistemática das Licitações e Contratos, ao regulamentar o artigo 37, XXI da Constituição Federal, estabelecendo normas gerais, atendendo aos ditames do aludido artigo 22, XXVII, também da Lei Maior, revogando e substituindo toda a legislação anterior que tratava do tema.

Em que pese a notável evolução obtida com o surgimento da Lei 8666/1993, é fato que a mesma continha uma série de elementos e exigências, que gerava excessiva formalidade e burocracia, ferindo muitas vezes de morte um dos princípios norteadores da Licitação, que é a busca da melhor proposta nas contratações públicas, infringindo ainda o princípio da eficiência da Administração Pública, que fora explicitado através da Emenda Constitucional 19, de 1998, a que instrumentalizou a reforma do Estado brasileiro, que tinha por escopo a reforma do aparelho estatal, buscando uma modificação orgânica e funcional do Estado brasileiro, promovendo daí a substituição do estado burocrático para um modelo gerencial.

Surge nesse cenário a Medida Provisória 2026/2000, transformada na Medida Provisória 2182, que foi reeditada por 18 (dezoito) vezes, instituindo a modalidade Pregão na seara da União, e que com a promulgação da Lei Federal 10.520/2002, teve sua aplicação estendida aos demais entes federados.

¹Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

²Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

(...)

A modalidade pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, surgiu com um rito mais célere, expedito, menos burocrático, com inversão das fases previstas, permitindo que numa primeira etapa fosse feita análise das propostas, ofertados lances, e, posteriormente, fosse exigida a documentação de habilitação apenas daquele que se houvera sagrado vencedor no certame, ao contrário do que ocorre na Lei 8666/93, onde a fase externa se inicia com a análise da documentação de todos os licitantes, inclusive daqueles que posteriormente irão apresentar propostas manifestamente inexequíveis, o que além de uma enorme perda de tempo, pode dar azo a uma série infundável de recursos, antes mesmo que se inicie a avaliação das propostas propriamente ditas.

Com a escolha do Brasil para sediar a Copa do Mundo de Futebol, em 2014, e os Jogos Olímpicos de 2016, buscou-se um regime, de caráter excepcional, que imprimisse agilidade e celeridade nas contratações e execução das obras de tais eventos.

Criou-se então o Regime Diferenciado de Contratações, que surgiu por meio da Lei 12462/2011, e foi regulamentado pelo Decreto 7581/2011.

Não olvidando que estamos no Brasil, o que foi criado em caráter excepcional e deveria, inclusive, perder eficácia após a realização de tais eventos, em razão de certa permissividade, sofreu sucessivas alterações legislativas, tendo seu leque de aplicação demasiadamente ampliado para as obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, obras de infraestrutura em aeroportos situados até 350,00 km das cidades sedes daqueles eventos esportivos, obras e serviços do Sistema Único de Saúde, obras e serviços de sistema público de ensino, obras de mobilidade urbana, ampliação de estrutura logística, dentre tantas outras, o que podemos dizer esvaziou em parte os ditames da Lei 8666/93.

A simples leitura do artigo 1.º, do diploma legal que institui o RDC, mostra a inacreditável deformação que o instituto sofreu³, havendo uma injustificável ampliação de seu âmbito de incidência.

³Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

Um ponto que parece atrair bastante àqueles que gerem a coisa pública, e talvez seja o ponto mais polêmico, quiçá obscuro de tal diploma legal, é a sigilosidade do orçamento estimado da contratação, que tem previsão no artigo 6.º, § 3.º, da dita Lei, ficando autorizado ao Poder Público contratante só divulgar esse orçamento ao cabo da Licitação.

Atualmente tramita o Projeto de Lei do Senado 559/2013 – nova Lei de Licitações e Contratos, que foi encaminhado para a Câmara dos Deputados em março/2017.

O projeto visa aperfeiçoar a legislação vigente, tornando os processos de compras mais céleres e menos custosos, promovendo a inversão de fases como já ocorre no Pregão, dando maior relevância ao informalismo, atrelando a escolha da modalidade à natureza do objeto e não mais a valores dos contratos, maior interação entre a Administração e potenciais interessados, de modo a evitar medidas procrastinatórias, menor burocracia quanto aos documentos que instruem o feito, possibilidade de diálogo competitivo em contratações cujo objeto contenha complexidades que extrapolem o conhecimento do agente público, permissão de melhor utilização da tecnologia da informação, saneamento de irregularidades, supríveis ao final do procedimento, bem como uma série de outras mudanças, que têm gerado acalorados debates no meio jurídico.

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo

VII - das ações no âmbito da segurança pública;

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A.

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

(...)

1.2. Definição e Princípios

Discorreremos sobre definição de licitação, seus fundamentos legais e, ainda, sobre os princípios que a norteiam de forma breve e sucinta, uma vez que não é o objetivo deste trabalho.

Feito esse esclarecimento, é cediço que, ao contrário do que ocorre com os particulares, o Poder Público não dispõe de ampla liberdade e discricionariedade para contratar obras e serviços, adquirir ou alienar bens, como melhor aprouver a seus agentes.

Está, em regra, obrigado a realizar prévio certame licitatório, ressalvadas as hipóteses de dispensa de licitação (artigo 24 da Lei 8666/93) e inexigibilidade de licitação (artigo 25 da Lei de Licitações). A dispensa de licitação, ou a inexigibilidade, no entanto, mantêm a necessidade de cumprimento da legislação, bem como da formalização de tais procedimentos.

A exigência da realização de prévio certame licitatório nas contratações pelos entes públicos se alicerça em duas (02) ideias mestras, que são a busca da melhor proposta, bem como garantir que todos possam contratar com o Poder Público, desde, é claro, que preencham os requisitos necessários.

Sabemos que em razão de todas as vicissitudes que cercam o procedimento licitatório, e sua intrincada legislação, a aquisição por preços mais vantajosos, principalmente, ocorre com pouca frequência, uma vez que tais ideias têm uma natureza muito mais teórica, do que efetivamente prática.

A Constituição expressamente impõe em seu artigo 37, XXI a exigência de realização de procedimento licitatório:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam

obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Tal exigência também consta do artigo 175 do texto constitucional no que se refere às concessões e permissões de serviços públicos.

Nas palavras do grande mestre Celso Antônio Bandeira de Mello⁴:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

O não menos festejado Hely Lopes Meirelles⁵ conceitua:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Tem como pressuposto a competição.

Para Carlos Pinto Coelho Motta⁶:

A Licitação constitui, portanto, o instrumento de que dispõe o Poder Público para coligir, analisar e avaliar comparativamente as ofertas, com a finalidade de julgá-las e decidir qual será a mais favorável. Esse instrumento é obrigatório, como mencionado em diversos dispositivos da Carta Magna (art. 22, XXVII, com redação dada pela Emenda Constitucional 19/98; art. 37, XXI, art. 175).

Já no escólio de Toshio Mukai⁷:

Nesse sentido, pode-se definir a licitação como uma *invitatio ad offerendum*, isto é, um convite do Poder Público aos administrados para que façam suas propostas e tenham a chance de ser por ele contratados, para executarem determinada prestação (de dar ou fazer).

⁴ MELLO, 2015, p. 536

⁵ Por isso visa a proporcionar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório, e o contrato subsequente. Citado por MEIRELES, 2010, p. 28

⁶ MOTTA, 2011, p. 2

⁷ MUKAI, 2010, p. 1

Não há na doutrina uma conceituação uníssona, havendo diversas conceituações, dos mais renomados juristas, e vale repisar, não transcreveremos aqui um sem número de definições, pois não é esse o escopo do trabalho.

Com base nas definições acima transcritas, já podemos ter em mente os traços essenciais do que seja o procedimento de licitação e seus objetivos.

Nesse esteio, além da previsão legal e do conceito doutrinário, necessário termos em mente, que o certame licitatório está atrelado ao cumprimento de uma série de princípios.

Surge daí algumas indagações: o que são princípios? Princípio é norma? Para o que servem? Quando e como devem ser usados?

Visando dirimir tais questionamentos, buscaremos os ensinamentos de alguns doutrinadores de escol, dos quais destacamos Celso Antônio Bandeira de Melo, e Robert Alexy, que a nosso ver são os principais baluartes das duas (02) correntes doutrinárias que balizam o tema.

Segundo o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Para logo em seguida arrematar:

(...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade, ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

De acordo com o magistério do saudoso Geraldo Ataliba⁹:

⁸ MELLO, 2015, p. 54.

Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).

Para o jurista alemão Robert Alexy¹⁰:

(...) El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida possible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla ou um principio (...)

Logo, para Celso Antônio, os princípios têm uma importância até maior que a norma propriamente dita, pois a ofensa em relação a algum deles, implica em ofensa ao sistema de maneira geral, e não a um mandamento específico, pois os princípios permeiam todo o arcabouço jurídico. Para Alexy, os princípios são *standards* de interpretação, têm função essencialmente hermenêutica e integradora de busca da melhor interpretação do direito.

Além dos princípios explícitos que norteiam a Administração Pública, de um modo geral, com destaque para aqueles insculpidos no *caput* do sempre mencionado artigo 37 da Carta Magna, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência, além dos implícitos, dos quais destacamos o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da finalidade, princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da indisponibilidade do interesse público, princípio da motivação, e o princípio da segurança jurídica, é certo que os feitos licitatórios seguem princípios que lhe são próprios e

⁹Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da Administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências. Citado por ATALIBA, 1985, p. 5

¹⁰ALEXY, 2001, p. 86-87.

estão previstos nos artigos 3.º, *caput* e § 3.º, 4.º, *caput*, 50 e 64, *caput*, todos da Lei 8666/1993¹¹.

Esses princípios são: publicidade dos atos praticados no bojo do certame licitatório; exigência de seguimento de um procedimento formal; direito a um julgamento objetivo; adjudicação compulsória em favor do vencedor do certame; probidade administrativa, princípio esse último, que guarda íntima relação com o objeto desta monografia.

Seguindo a linha adotada, discorreremos brevemente sobre tais princípios.

Desde a divulgação do Edital, que inaugura a fase externa da Licitação, o procedimento deve privilegiar a **publicidade de seus atos**, como é a regra geral em relação a todos os atos administrativos, o que em nada se contradiz com a regra de sigilosidade das propostas, até a abertura destas.

Nesse ponto uma crítica ao Regime Diferenciado de Contratações – RDC, que conforme já mencionado no item anterior, prevê a sigilosidade do orçamento estimado da contratação, conforme disposição contida no artigo 6.º, § 3.º, da dita Lei, que autoriza ao Poder Público contratante só divulgar esse orçamento ao cabo da Licitação.

¹¹Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

(...)

Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.

Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

(...)

O **procedimento licitatório é formal**, devendo atender aos preceitos previstos na legislação que regula a matéria, e que têm caráter geral, autorizada às administrações a feita de adequações pontuais, de caráter procedimental, que devem ser previamente estabelecidas, sem possibilidade de alterações no curso do processo.

Isso não implica que a administração deve se apegar a formalismos tolos e desnecessários, descendo a minúcias que podem até afastar licitantes e gerar favorecimentos indevidos, devendo sempre haver aproveitamento máximo do ato, inclusive possibilitando eventual correção de falhas sanáveis.

Princípio da igualdade entre os licitantes, que decorre do texto constitucional, e também da própria natureza do certame licitatório, que como já explicitado, além da busca da melhor proposta, e via de consequência, a contratação mais vantajosa, visa também permitir igualdade de oportunidades a todos que preencham os requisitos para contratação.

A ideia de igualdade não afasta a prerrogativa de a administração estabelecer regras e requisitos mínimos para participação no certame, de modo a garantir que não sejam despendidos tempo e recursos com que não tenha condições de atender a demanda e contratar com o Poder Público, atentando para a indisponibilidade do interesse público.

Da mesma forma que não se deve descer a minúcias desnecessárias e discriminatórias, inconcebível se pensar num Edital genérico, impreciso, cheio de lacunas, que possa acarretar graves equívocos e interpretações errôneas.

Nesse ponto, mais do que nunca, imperioso ressaltar o ideal de **igualdade entre os licitantes**, que não é abalado nem pela participação de cooperativas, que têm tratamento privilegiado na legislação tributária.

Em tal aspecto, a Lei 11488/2007, dirimiu quaisquer dúvidas, conforme leciona Hely Lopes Meirelles¹².

¹²Com o advento da Lei 11.488, de 15.6.2007, a polêmica sobre a participação das cooperativas em licitações alcançou seu desfecho, pois, de acordo com o artigo 34 da norma supracitada, “aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no artigo 3º,

A mencionada Lei 123/2006, dito Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, introduziu uma série de normas que garantem um tratamento diferenciado a essas empresas, de modo a fomentar a sua inclusão e participação nos processos licitatórios promovidos pelos entes públicos.

Tal tratamento refere-se a privilégios no que tange a apresentação de documentos e preferência de contratação das MEs e também das EPPs considerando-as empatadas por “ficção legal”.

Para as empresas que não se enquadram na Lei 123/2006 e as microempresas e empresas de pequeno porte que tenham ofertado propostas que sejam até 10% superiores à melhor oferta inicial (e em caso de pregão até 5%) inicia-se aí um procedimento para definição do vencedor do certame, com bases nos artigos 44 e seguintes do Estatuto em referência.

Necessário que tais tratamentos diferenciados à microempresa e empresa de pequeno porte constem expressamente do ato convocatório (princípio da vinculação ao Edital).

Há que se preservar também o **sigilo nas propostas**, de modo a garantir a competitividade do certame e evitar conluios entre os participantes.

Além da legislação de regência, pelo **princípio da vinculação ao Edital** é imperativa a obediência aos termos do instrumento editalício que, a grosso modo, representa a Lei interna do certame, e deve conter cláusulas claras e objetivas, descrever adequadamente o objeto licitado, e afastar qualquer tratamento discriminatório a quaisquer dos Licitantes.

No que diz respeito ao princípio do **juízo objetivo**, o administrador deve pautar sua atuação e julgamento em fatos concretos, com supedâneo na legislação e nos termos do Edital, o que diminui sensivelmente a margem para subjetivismos, bem como a

caput, II da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados quanto os não cooperados, o disposto nos capítulos V a X, na Seção IV, do Capítulo XI e no Capítulo XII da referida Lei Complementar”. O cap. V do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte ordena, justamente, o tratamento diferenciado para acesso das microempresas, das empresas de pequeno porte e – por força da Lei 11.488, de 2007 – das cooperativas que atendam aos critérios de receita bruta definidores daquelas ao mercado de aquisições públicas. Citado por MEIRELLES, 2010, p. 46.

discricionabilidade injustificada, de modo que norteie seu julgamento em critérios prévios e claros estabelecidos no instrumento convocatório.

Nesse particular necessário nos socorreremos novamente dos doutos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles¹³:

Certamente que as opções de conveniência e oportunidade de escolha, dentro do critério objetivo do julgamento e no interesse do serviço público, ficam ao alvedrio da Administração quando as propostas se equivalem. O que não se permite e o julgamento subjetivo ou inteiramente livre, desvinculado de qualquer critério objetivo estabelecido para o confronto das propostas e limitativo do arbítrio do julgador.

A falha ou omissão que prejudique o julgamento objetivo das propostas induz à nulidade do Edital.

Pelo **princípio da adjudicação compulsória ao vencedor**, surge para o vencedor do certame, o direito subjetivo à adjudicação, que é a atribuição do objeto da licitação para aquele que teve sua proposta classificada em primeiro lugar.

Não pode a administração atribuir o objeto a *outrém*, exceto se o vencedor desistir do certame, ou não formalizar o contrato no prazo assinalado.

A adjudicação não garante necessariamente que seja firmado o contrato, de tal sorte que o Poder Público pode anular, revogar ou postergar a contratação, estribado em critérios de interesse público.

No que tange à **probidade administrativa na licitação**, sobre a qual discorreremos mais detalhadamente em momento posterior, a sua inclusão dentre os princípios que informam o procedimento licitatório, chega a ser redundante, pois o dever de probidade é intrínseco a atuação do agente público, de modo geral.

¹³ MEIRELLES, 2010, p. 53.

Além desses, como já esclarecido, a Lei de Licitação arrola dentre seus princípios os da legalidade, impessoalidade, moralidade, e probidade administrativa, além da boa-fé objetiva, sem descer a maiores minúcias.

1.3. Modalidades de Licitação

Seguindo o plano de discorrermos brevemente sobre o procedimento licitatório, tratando de suas noções gerais, histórico, definição, legislação correlata e princípios informadores, de modo a garantir uma maior compreensão acerca do instituto, buscaremos, agora, dar uma noção geral sobre as modalidades de licitação contempladas na legislação.

A Lei 8666/93, que representa regra geral sobre a Licitação no Brasil, contempla cinco modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso leilão, conforme disposto em seu artigo 22¹⁴.

¹⁴ Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

A essas modalidades, a Lei 10520/2002 acrescentou a modalidade pregão¹⁵, que pode se dar tanto de forma presencial, quanto eletrônica.

O artigo 23 da Lei 8666/93¹⁶ estabelece uma série de valores que norteiam o administrador na escolha da modalidade mais adequada. Já a Lei 10520/2002 não estabelece valores, estando sua escolha atrelada à natureza do objeto.

A **Concorrência** é a modalidade adequada para os certames que envolvem recursos mais vultosos, e admite a participação de qualquer interessado, mesmo aqueles não cadastrados, contemplando inclusive prazos mais dilatados para convocação, que pode ser de 45 dias (art. 22, § 1.º) ou 30 dias (art. 21, § 2.º).

A modalidade concorrência pode ser adotada para qualquer contratação, mas, em virtude de expressa determinação legal, deve, obrigatoriamente, ser utilizada na alienação de imóveis, concessão de uso, de serviço ou de obra pública e licitações internacionais.

Junto com o pregão, são as duas modalidades passíveis de adoção para o sistema de registro de preços.

Exige habilitação preliminar, buscando garantir a aferição da plena qualificação dos interessados em executarem o objeto.

¹⁵Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

¹⁶Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

A **Tomada de Preços** é a modalidade que pode ser escolhida quando o certame contemplar valores logo inferiores àqueles previstos para a concorrência, entre licitantes que se cadastrem até o terceiro dia anterior á data do recebimento das propostas.

Recebida a documentação de habilitação pela Comissão e credenciados os licitantes, tem início a fase de análise e julgamento das propostas.

O **Convite** é uma modalidade mais simples, adequada a contratações de menor vulto, e se caracteriza pelo envio de convites, a pelo menos três interessados que possam atender ao objeto almejado, registrados ou não, para que apresentem suas propostas no prazo de cinco dias úteis.

Em regra, são necessárias pelo menos três propostas válidas e a abertura dos envelopes é pública.

Deve atender aos limites de valor fixados em Lei para contratação de serviços, obras e aquisição de bens.

O **Concurso** destina-se à escolha de trabalhos técnicos ou artísticos, que envolvam criação intelectual.

Sua utilização é mais comum para a escolha de projetos, onde o menor preço não é o critério de seleção.

Ao vencedor podem ser atribuídos prêmios ou remuneração.

Leilão é a modalidade adequada para venda de bens, que geralmente são inservíveis para o Poder Público, e ainda bens apreendidos ou empenhados, bem como para a destinação de bens imóveis adquiridos por meio de feito judicial ou dação em pagamento.

Pode ser utilizado leiloeiro oficial ou servidor da administração, devendo haver adequada descrição dos bens e avaliação prévia.

O **Pregão**, que inicialmente não estava dentre aquelas modalidades previstas na Lei 8666/1993, foi instituído pela Lei 10520/2002 e, como referido anteriormente, não se atrela a valores, como ocorre nas demais modalidades, mas serve para a aquisição de bens e serviços comuns.

O conceito de bens e serviços comuns se caracteriza inicialmente por ser vago e impreciso.

Traz como grande inovação a inversão das fases de habilitação e julgamento, servindo somente para aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles que possam ser facilmente aferidos, de modo objetivo, não se prestando para aquisições que envolvam critérios de escolha norteados na melhor técnica, ou preço e técnica.

O critério de escolha é necessariamente o menor preço.

Pode ocorrer na forma presencial, ou eletrônica, quando são utilizados recursos de tecnologia da informação.

1.4. Tipos de Licitação

As modalidades de Licitação estão atreladas à ideia de procedimento, ou seja, como se desenvolverá o certame licitatório.

Já os tipos de licitação guardam íntima relação com o critério de julgamento, buscando a proposta mais adequada às necessidades do Poder Público.

Os tipos de licitação são menor preço, técnica e preço, melhor técnica.

O rol de tipos de Licitação tem expressa previsão legal, e está taxativamente elencado no artigo 45 da Lei 8666/93, que dispõe:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido ao disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

§ 3º No caso da licitação do tipo "menor preço", entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior.

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo.

§ 5º É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.

§ 6º Na hipótese prevista no art. 23, § 7º, serão selecionadas tantas propostas quantas necessárias até que se atinja a quantidade demandada na licitação.

Nessa linha, o **menor preço** é utilizado para selecionar propostas que se estribem exclusivamente no menor preço ofertado para compras e serviços, de modo geral e, ainda, contratação de bens e serviços de informática, em hipóteses constantes em Decreto editado pelo Poder Executivo.

Melhor técnica, é aquela em que independente do preço, critérios técnicos vão orientar a escolha do ente público. Envolvem serviços de natureza intelectual, projetos, cálculos, engenharia consultiva de um modo geral, muitas vezes utilizados na elaboração de projetos técnicos e executivos que vão constar de certames licitatórios.

O tipo **técnica e preço** tem a escolha amparada numa média ponderada, baseada nos preços ofertados e na técnica. É a modalidade obrigatória para aquisição de bens e serviços de informática, quando se tratar de concorrência ou tomada de preço.

1.5. Licitação Dispensada, Dispensa de Licitação e Inexigibilidade de Licitação

Como exaustivamente explicitado, a regra para o Poder Público é o dever de licitar.

Mas a legislação também estabelece exceções a essa regra, como nos casos em que a Licitação é dispensada, segundo mandamento do artigo 17, I e II da Lei de Licitação.

Hely Lopes Meirelles¹⁷ justifica tal distinção:

Esses casos encontram justificativa na natureza dos negócios, que têm destinatários certos, ou na inviabilidade de competição licitatória. Por isso a lei já considera dispensada a licitação, podendo a Administração realizar tais negócios por contratação direta com o interessado.

Há também caso de dispensa de Licitação, onde a realização de certame licitatório é possível, mas a administração pode deixar de realizá-la, caso lhe convenha. Tem fundamento legal no artigo 24 da Lei 8666/1993, cujo rol é taxativo.

E por fim, temos também a hipótese de inexigibilidade de Licitação, prevista no artigo 25 da Lei de Licitação para aquelas hipóteses em que é inviável a competição, como por exemplo, quando o fornecedor é exclusivo (inciso I), ou quando aquele com quem se deseja contratar é o único que possui possibilidade de satisfazer o objeto almejado (II e III).

Sobre essa hipótese, nos socorremos novamente dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles¹⁸:

Em todos esses casos a licitação é *inexigível* em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato.

Lucas Rocha Furtado¹⁹ também nos dá importantes subsídios sobre o instituto:

Algumas observações sobre essa hipótese de inexigibilidade de licitação (fornecedor exclusivo) tornam-se necessários. Em primeiro lugar, deve o administrador muito

¹⁷MEIRELLES, 2010, p. 143.

¹⁸MEIRELLES, 2010, p. 157.

¹⁹FURTADO, 2015, p. 162.

bem justificar porque necessita de contratar algo que apenas uma pessoa poderia fornecer. Em segundo lugar, deve ser demonstrada a exclusividade do fornecedor. A parte final do inciso I do art. 25 determina que “a comprovação de exclusividade deve ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou serviço pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.”

Convém esclarecer que a mera apresentação de atestado em que consta a comprovação de exclusividade não é suficiente para se afirmar que a licitação é realmente inexigível. O administrador público, por ter obrigação de zelar pela boa e regular aplicação dos recursos por ele geridos, deve adotar as providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

2. A improbidade no Direito Brasileiro

2.1. Conceito e peculiaridades

O dever de probidade é inerente à atuação daqueles que tratam da coisa pública.

José dos Santos Carvalho Filho²⁰ nos ensina, com a didática que lhe é peculiar:

O termo probidade, que provém do latino *probitas*, espelha a ideia de retidão ou integridade de caráter que leva à observância estrita dos deveres do homem, quer públicos, quer privados; *honestidade*, *pundonor*, *honradez*, como assinalam os dicionaristas. De fato, ser probado é ser honesto e respeitador dos valores éticos que circulam o indivíduo no grupo social.

Logo, a improbidade, que será objeto do nosso estudo, representa ideia em sentido contrário, ou seja, o comportamento desonesto, desonrado, permeado pela má-fé.

Na lição de Alexandre de Moraes, os atos de improbidade são “aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública”²¹.

Marino Pazzaglini Filho²² ensina que:

Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, por diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública.

Na lição de José Afonso da Silva “(...) a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”²³.

²⁰ CARVALHO FILHO, 2012, p. 98.

²¹ MORAES, 2002, p. 320.

²²(...) e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo "tráfico de influência" nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos PAZZAGLINI FILHO, ROSA E FAZZIO JR., 1997, p. 37 e 38.

²³DA SILVA, 2006, p. 669.

Nesse aspecto, importante nos socorrermos das lições de Márcio Cammarosano²⁴, que em obra paradigmática sobre a moralidade administrativa preleciona que:

(...) a improbidade seria uma moralidade administrativa qualificada, de forma que toda improbidade constituiria ofensa à moralidade administrativa, porém não bastaria a pura contrariedade a este princípio para que se tenha também como caracterizada aquela.

É indubitável que o agente público deve agir com honestidade, honra, decência, e sempre colocando o interesse público, que é indisponível, acima de qualquer outro.

Não se concebe que na condução da *res publica* quaisquer de seus membros pautem sua atuação por interesses inconfessáveis, que se locuplete, que cause prejuízo ao erário, e ainda aja de forma apartada dos princípios que informam a administração pública, sejam eles explícitos ou implícitos, do quais podemos destacar: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, indisponibilidade do interesse público, supremacia do interesse pública, segurança jurídica, dentre tantos outros, cujo respeito, implica na boa gestão.

Boa gestão, que em instância última deve ser o fito de qualquer gestor, de forma efetiva, e não meramente retórica ou filosófica.

²⁴ CAMMAROSANO, 1997, p.149.

2.2. Fontes Normativas

Toda legislação que tratava do tema improbidade administrativa anteriormente à Constituição Federal de 1988, circunscrevia-se a tratar do enriquecimento ilícito.

Nossa primeira Carta Política, que remonta ao ano de 1891, era omissa quanto ao tema, o que não ocorreu com a Constituição de 1934, que o estatuiu, no artigo 113, inciso 38:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

O texto constitucional de 1938, surgido no bojo do “Estado Novo” também se omitiu quanto ao tema, que voltou à baila na Constituição de 1946, estendendo-se também para as entidades autárquicas, conforme mandamento insculpido em seu artigo 141, §31:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

(..)

Para combater a corrupção que grassava desenfreadamente no seio da coisa pública, o meio jurídico cobrava a regulamentação prevista constitucionalmente, o que começou a se delinear somente em 1951, com a apresentação pelo Deputado Federal, pelo Estado de Alagoas, Ari Pitombo, de Projeto de Lei, que se converteu na Lei 3164/1957, dita Lei Pitombo-Godói Ilha, em homenagem aos parlamentares, cujos esforços viabilizaram a promulgação do mencionado diploma legal, e regulava o sequestro e perdimento de bens em prol da Fazenda Pública em relação aos bens adquiridos por servidor público, com influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

A aplicação restrita do diploma, cuja incidência se dava apenas no bojo da Administração Pública direta e autarquias, não surtiu o efeito almejado, mas representou um efeito moralizador, tendo como principal destaque a definição da titularização da respectiva Ação em favor do Ministério Público (artigo 1.º, §2.º).

Posteriormente, veio ao mundo jurídico a Lei 3502/58, também conhecida como Lei Bilac Pinto, em homenagem ao autor do Projeto de Lei, cuja sanção coube ao Presidente Juscelino Kubitschek, estendendo a abrangência da legislação anterior, pois tipificou os atos de enriquecimento ilícito, ampliou o conceito de servidor, o ressarcimento ao erário, a perda da função pública, e estabeleceu a possibilidade de indenização por perdas e danos, caso se caracterizasse o enriquecimento ilícito.

Sobre a Lei Bilac Pinto, Fernando Capez destaca o contido no artigo 5.º que “... outorgava às entidades prejudicadas a legitimidade ativa para o pedido de sequestro e perda de bens, remetendo ao procedimento previsto pelo Código de Processo Civil para o sequestro (§ 3.º).²⁵”

Em 1988 promulgou-se a primeira constituição desde a volta do país ao regime democrático, ocorrida em 1985, após vinte anos de ditadura militar, desde o golpe militar de 1964.

Tal corte procurou, por meio de seu artigo 37, garantir a boa gestão da coisa pública, inclusive instituindo mecanismos que pudessem viabilizar efetivamente tal garantia, criando, por exemplo, a Ação Popular, prevista nos artigos 5.º, LXXIII, e 85, V, que consideram crime de responsabilidade os atos praticados pelo Presidente da República que afrontem a probidade na Administração.

Nessa linha moralizadora e de preocupação com a boa gestão da *res publica*, e ainda buscando garantir a punição daqueles que tivessem conduta ímproba, o texto constitucional previu em seu artigo 37, § 4.º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

²⁵ CAPEZ, 2015, p. 266.

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º 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.

A previsão constitucional de legislação específica sobre o tema se materializou quatro anos depois, em 1992, com a edição da Lei 8429/92, denominada Lei de Improbidade Administrativa – LIA que regulamentou o artigo 37, § 4.º da Carta Magna, e revogou expressamente em seu artigo 25, as Leis Pitombo-Godói Ilha e Bilac Pinto, que ainda estavam vigentes. Sobre tal situação, Capez²⁶ pontua:

Essas duas legislações conviveram até meados do ano de 1992. Atendendo à determinação constitucional contida no artigo 37, § 4.º, foi editada a Lei Federal n. 8.429/92, como um eficaz mecanismo de combate à malversação do dinheiro público, e tendo como meta precípua que os agentes públicos de qualquer nível de hierarquia sejam obrigados a zelar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos os quais lhe são afetos (art. 4.º). Essa lei acabou classificando os atos de improbidade em três modalidades distintas: atos dos agentes públicos que importem em enriquecimento ilícito, os quais estão explicitados exemplificativamente no art. 9.º e seus incisos; Atos dos agentes públicos que causem dano ao erário, arrolados não taxativamente no art. 10 e seus incisos; atos dos agentes públicos os quais violem os princípios gerais da Administração Pública ainda que não acarretem dano ao erário ou não importem em enriquecimento ilícito, previstos no art. 11 e seus incisos. Dessa feita, segundo a Lei, são atos de improbidade os praticados por agente público que importem em enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação a qualquer princípio da Administração Pública.

Depreende-se desse modo, que o legislador procurou estabelecer um leque bastante amplo de situações que dão ensejo à punição do agente público que se comporta de modo desonesto, imoral, podendo eventual punição decorrer, não somente de comportamentos que gerem enriquecimento ilícito, e do prejuízo aos cofres públicos, mas também de conduta que ofenda aqueles princípios constitucionais que devem estribar a conduta daqueles que devem gerir a coisa pública.

²⁶CAPEZ, 2015, p. 266 e 267.

2.3. Aspectos da Lei 8429/1992

Como já explicitado, o texto constitucional previu em seu artigo 37, § 4.º, a aplicação de uma série de sanções para os atos reputados como ímprobos, na forma e gradação previstas em Lei, sem prejuízo da correlata ação penal.

O diploma legislativo que atendeu tal comando constitucional foi a Lei 8429/1992, que tinha por objetivo maior garantir a atuação proba, honesta, transparente dos agentes públicos, estabelecendo daí uma série de condutas que caracterizam comportamento ímprobo, prevendo mecanismos de apuração e também de punição daqueles que pratiquem atos caracterizados como ímprobos.

Os artigos 9.º (enriquecimento ilícito), 10 (lesão ao erário) e 11 (desrespeito aos princípios informadores da administração pública) são os dispositivos legais que caracterizam as condutas tidas como ímprobas²⁷:

²⁷ Art. 9.º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1.º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1.º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1.º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1.º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

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

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

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

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei;

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XIX - frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente;

XX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

Como se percebe da mera leitura de tais artigos, a legislação contempla uma ampla gama de situações descritas como ímprobas, cujos tipos legais se caracterizam por serem bastante genéricos.

Considerando-se que além da invalidade dos atos tidos por ímprobos, a legislação estabelece uma série de sanções aos autores desses atos, como perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, indisponibilidade de bens, e ainda outras previstas em Lei, inclusive multa, bem como possíveis sanções na esfera penal, há que delimitar de forma bastante clara o que é improbidade administrativa, e ainda qual foi conduta daquele que será sancionado, de modo que seu ato se enquadre perfeitamente ao que está tipificado como improbidade e dê azo ao devido sancionamento.

É cediço que a legislação que trata da improbidade administrativa no Brasil não tem por fito punir o gestor incompetente, inábil, desidioso, mau gestor da coisa pública.

Marcelo Figueiredo²⁸ analisou a questão com rara habilidade:

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o **caput** e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

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

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
 II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
 III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

²⁸O importante será verificar e detectar, na atuação dos órgãos administrativos, violações ao Direito. Diante de um caso concreto, deverá o juiz ou administrador sindicá-lo exaustivamente o comportamento da Administração. Caso haja quebra de confiança, de lealdade, de ética, haverá maus tratos à moralidade administrativa.

(...)

Finalmente, cumpre observar que a presente lei pretende colher em suas malhas os atos de improbidade, que comportam, com veremos ao longo dos comentários, diversos “graus”, com diferentes consequências jurídicas. Nessa direção, não nos parece crível punir o agente público ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto da inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de “desonestidade”, ou de improbidade propriamente dita. Citado por FIGUEIREDO, 2005, p.42.

Como assevera Hernandez Gil, tentar definir a boa-fé é tão insólito como procurar a definição de boa conduta, de moral e ordem pública. Não é possível reduzir sua aplicação a casos determinados.

Tampouco a LIA visa punir aquele que praticou um ato ilegal, sem que essa ilegalidade não se amolde ao conceito de improbidade administrativa. Nesse aspecto, toda improbidade decorre necessariamente da prática de uma ilegalidade, mas nem toda ilegalidade importa em comportamento ímprobo.

Nesse contexto, Márcio Cammarosano²⁹ é bastante feliz e didático no trato do tema quando leciona que o comportamento ímprobo decorre necessariamente de uma imoralidade qualificada, ensejada pelo agir desonesto, doloso:

Probo do latim *probus*, é aquele cujo procedimento caracteriza-se pela retidão caráter, pela honestidade. Em sentido amplo designa também aquele que se comporta de maneira justa, criteriosa no cumprimento de seus deveres. É o homem íntegro, honrado. Todavia, para efeito de sujeitar quem quer que seja às severas sanções já mencionadas, é imperioso, num Estado Democrático de Direito como o nosso, e em face mesmo do primado da segurança jurídica, e, em matéria penal, do princípio da legalidade dos delitos e das penas (Constituição da República, art. 5.º, XXXIX), elencar os tipos de comportamentos que se deve qualificar como improbidade. A propósito, cabe advertir que ao legislador é dado alargar o conceito como melhor lhe aprouver, como se nada o limitasse, nem restringi-lo tanto a ponto de amesquinhar o preceito constitucional. Mas o que verificamos, procedendo ao exame da Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, é que ela, na sua letra, vai longe demais, prescrevendo constituir ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão, mesmo culposa, que enseja perda patrimonial de entidades referidas no seu art. 1.º (art. 10), exigindo mesmo do intérprete e aplicador muita prudência para que não se considere também, em face do disposto no art. 11, *caput*, ato de improbidade qualquer comportamento ou ato ofensivo à lei, decorrente de mero erro de fato ou de direito. Para nós só se pode falar em improbidade em face de imoralidade especialmente qualificada pelo atuar de forma desonesta, corrupta, dolosamente, portanto.

Em que pese tais assertivas, tem se tornado comum a propositura de Ações decorrentes de supostos atos ímprobos, nas quais não há qualquer demonstração, mesmo que superficial, de um agir doloso, desonesto, sequer da culpa grave.

Em julgado de lavra do Superior Tribunal de Justiça – STJ³⁰, tal situação resta bem caracterizada:

²⁹ CAMMAROSANO, 1997, cit. p. 149-161.

³⁰ REsp 1529530/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 27/06/2016.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS SEM CONCURSO PÚBLICO. AMPARO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). ART. 11 DA LEI 8.429/92. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a contratação de servidores públicos sem concurso público baseada em legislação local não configura improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/92, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo), necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública. A propósito: AgRg no REsp 1358567/MG, desta relatoria, Primeira Turma, DJe 09/06/2015; REsp 1.248.529/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/09/2013.

O comportamento malicioso, desonesto, deve estar necessariamente eivado de dolo ou culpa que denotem evidente má-fé, conforme lições da festejada jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹:

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.

O artigo 10 é expresso em admitir a possibilidade a título de culpa ou dolo, donde se depreende que os artigos 9.º e 11 exigem o elemento volitivo para configuração de ato ímprobo.

Ocorre que a culpa prevista nesse artigo 10 não é a culpa civil, decorrente da imprudência, imperícia ou negligência, mas sim a culpa grave.

Tampouco se caracteriza pela vontade de praticar um ilícito (pois estaríamos diante da figura do dolo), podendo se delinear a culpa grave como não inobservância de um dever de cuidado que é objetivo, de tal sorte que o agente age com menoscabo, se descarta das formalidades, o

³¹A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias, torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins. Citado por PIETRO, 2015, p. 990.

que acarreta um prejuízo aos cofres públicos. Lembrando que estamos nas searas administrativa e civil, tal figura se aproxima do instituto do dolo eventual, que é um instituto do direito penal.

A possibilidade de responsabilização consubstanciada na culpa grave é alvo de muitas críticas e provoca acalorados debates, pois muitos defendem a impossibilidade da coexistência da boa-fé e da improbidade.

A advogada e parecerista Gina Copolla³² opina pela impossibilidade da prática de ato de improbidade administrativa, decorrente de culpa, pois entende que o dolo é condição *sine qua non* para a configuração do ato ímprobo, sustentando que:

Tem-se, portanto, que a configuração do ato de improbidade administrativa necessita, obrigatoriamente, da ocorrência do dolo, não bastando, portanto, a culpa do agente, sendo que tal posicionamento doutrinário e jurisprudencial é majoritário. Com efeito, sem a figura do dolo, é virtualmente impossível a caracterização de improbidade administrativa, porque o ímprobo é aquele que teve a vontade, a intenção, ou o *animus* de causar lesão ou prejuízo ao erário, bem como aos princípios constitucionais que norteiam a Administração.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também lançou luzes sobre a questão em julgado cuja relatoria coube ao E. Desembargador Brandão Teixeira³³:

Ora, o ato de improbidade administrativa pela própria articulação das expressões refere-se a condutas não apenas ilegais, pois ao ato ilegal é adicionado um *plus* que, no caso concreto, pode perfazer ou não um ato de improbidade.

No mesmo sentido, colacionamos o seguinte Acórdão³⁴, que não deixa qualquer margem de dúvida quanto à possibilidade de responsabilização decorrente de culpa grave na hipótese de lesão aos cofres públicos, na forma do artigo 10 da Lei 8429/1992:

A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera

³² COPOLLA. 2016. p. 200-201.

³³ Daí que parte da doutrina bate-se pela perquirição do elemento subjetivo capaz de identificar não qualquer culpa praticada pelo agente público, mas necessariamente, um campo de culpa consciente, grave, denotando indícios de conduta dolosa. Não se trata de culpa leve, característica do agente inábil, aquela que conduz o administrador no erro interpretativo em busca do significado mais correto da aplicação da lei. Citado por TJ/MG. Apelação Civil nº 1.0267.05.930497-7/001(1). Relator Desembargador Brandão Teixeira. Dje 11/11/2005.

³⁴ AgRg no AREsp 206.256/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 20/03/2014.

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.

Ocorre que a eventual condenação lastreada na culpa grave, prevista no artigo 10, não pode acarretar condenações tão graves quanto àquelas que são impingidas aos que são condenados por conduta dolosa, decorrentes de um comportamento desonesto, desleal, fruto de evidente má-fé.

Na aplicação concreta das sanções decorrente de comportamento culposo, deverá o julgador lastrear seu julgamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a evitar qualquer injustiça.

Como já explicitamos, as penalidades cominadas àqueles que praticam atos reputados como ímprobos, são demasiadamente graves, por isso é fundamental a apreciação do elemento subjetivo.

Não há que falar em culpa objetiva. A conduta ímproba, além do elemento volitivo, deve se embasar em provas concretas, firmes e robustas.

Inadmissível a apuração de qualquer culpabilidade baseada em ilações e conjecturas e mesmo diante do princípio *in dubio pro societatis*, impensável se falar em inversão do ônus da prova. Mas, lamentavelmente, tal prática tem se tornado corriqueira, com a propositura de inúmeros feitos que ignoram a necessidade de demonstração do elemento subjetivo do agente, o que acarreta o ajuizamento de diversas Ações de Improbidade Administrativa, sem que haja, no pedido inicial, qualquer comprovação do dolo, sequer da culpa grave.

Fato esse que se agravou com a deflagração de diversas operações, com grande apelo midiático, como ocorreu nos casos do “Mensalão”, “Carne Fraca”, “Castelo de Areia” e “Lava Jato”, dentre outras, que demonstram absoluta falta de isenção/imparcialidade para apurar os fatos, propor os feitos e até para julgar as demandas, caracterizando-se o Poder Judiciário por um excessivo ativismo.

Tal situação pode ser verificada principalmente na concessão de medidas liminares que importam na decretação de indisponibilidade de bens, com embasamento nos artigos 37, § 4.º da Lei Maior e artigo 7.º da Lei de Improbidade Administrativa – LIA³⁵.

No julgamento do REsp 1.366.721/BA³⁶, o Superior Tribunal de Justiça - STJ abriu um perigoso precedente, baseando seu julgamento na dicção do parágrafo único do mencionado artigo 7.º da LIA, que segundo entendimento daquela Corte seria o supedâneo legal para entender-se que o *periculum in mora* estaria implícito no aludido artigo 7.º, de modo a assegurar o efetivo e integral ressarcimento do suposto dano.

Ou seja, num processo de cognição sumária, em que garantias constitucionais como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, e a presunção de inocência são mitigadas e até desconsideradas, e num contexto de demandas propostas sem qualquer lastro probatório, tomam-se decisões extremamente gravosas ao acusado, nas quais muitas vezes o valor pretendido a título de ressarcimento não guarda qualquer relação com o alegado dano, pleiteando-se ainda multas em valores exorbitantes, cujos valores são aferidos de forma totalmente aleatória, sem qualquer parâmetro jurídico e/ou aritmético que as ampare, o que muitas vezes gera a imobilização da totalidade do patrimônio dos demandados, causando-lhes uma série de danos e transtornos que jamais serão ressarcidos ou repostos, mesmo que ao final se entenda pela improcedência do pedido, o que não raras vezes acontece.

Além da desconsideração das garantias constitucionais, que alicerçam o Estado Democrático de Direito, da condução de processos cheios de vícios processuais, e da falta de provas minimamente idôneas que amparem a pretensão inicial, há uma clara exacerbação nas

³⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º. 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 na gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação pena cabível.

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

³⁶ STJ. REsp 1.366.721/BA. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe de 19/09/2014.

punições pretendidas, como já referimos acima de forma passageira, sendo certo que tais pedidos muitas vezes desconsideram a conduta de cada qual, não havendo descrição individualizada da ilegalidade praticada, o que afeta sobretudo não só o exercício do contraditório e da ampla defesa, mas também a dosimetria das sanções aplicadas.

O órgão ministerial, muitas vezes, se utiliza de minutas padrão, inclui aleatoriamente no pólo passivo vários agentes, mesmo aqueles que sem qualquer sombra de dúvida não concorreram para o ato inquinado como ilegal, formulam pedidos genéricos, desconexos e contraditórios, desprovidos de qualquer lógica, pleiteiam punição máxima para todos os demandados, independentemente da conduta praticada individualmente por cada um daqueles a quem é imputada a prática de improbidade.

Nesse contexto, o sistema terá a difícil missão de buscar um ponto de equilíbrio, pois, se por um lado é salutar adoção de uma série de medidas de combate à corrupção que corrói nossas instituições, como o desbaratamento de diversas quadrilhas e esquemas de corrupção que sangravam os cofres públicos, acarretando a devolução de bilhões de reais para os cofres públicos, por outro lado, tais operações, bem como todos os feitos delas decorrentes, devem respeitar a Lei, tanto no seu aspecto material, quanto processual, bem como observar todas as garantias constitucionais, que embasam o Estado Democrático de Direito.

3. A improbidade na Licitação

A administração pública, em regra, utiliza o procedimento licitatório como antecedente para as contratações através das quais realiza obras, adquire serviços, faz compras e aliena bens.

A necessária realização de certame licitatório deve garantir, pelo menos em tese, contratações mais vantajosas para o Poder Público, bem como garantir a concretização dos princípios da impessoalidade e da isonomia, oportunizando a todos que satisfaçam os requisitos necessários, a possibilidade de contratar com o Poder Público.

Garante ainda a concretização do princípio da eficiência que deve estar presente em todos os atos praticados pelos agentes públicos.

Logo, contratações adequadas dependem de um comportamento honesto, probo e transparente daqueles que gerem as Licitações, que concretizarão futuras contratações pela Administração Pública.

Muitas dessas contratações envolvem vultosos recursos públicos, que viabilizarão a concretização de uma série de políticas públicas, a implementação de ações, bem como realizações de obras nas áreas da saúde e da educação, por exemplo. Possibilitarão também o fomento da cultura, do esporte, bem como, garantirão o devido auxílio aos mais necessitados através da Assistência Social, além de permitir o adequado funcionamento da máquina pública.

O agir desonesto, decorrente da má-fé põe em risco a eficiência dessas contratações, comumente realizadas num cenário de corrupção e malversação dos recursos públicos, que deve ser combatido com veemência, não se admitindo qualquer tergiversação em sentido contrário.

Num cenário em que são recorrentes a notícias de grandes esquemas de corrupção envolvendo membros da administração e representantes de grandes Empresas, e até o conluio entre licitantes, e a corrupção se revelando endêmica nas entranhas da máquina pública, a Lei 8429/1992 – LIA, mesmo sendo alvo de críticas pontuais, representou instrumento notável e

eficaz no combate à corrupção, estipulando uma série de sanções que possibilitam a punição tanto dos agentes públicos que tivessem comportamento caracterizado como ímprobo, e também os representantes das pessoas jurídicas de direito privado, que contrataram com o ente público e foram reputados como co-partícipes em atos de improbidade praticados por aqueles.

Hodiernamente outros mecanismos vão surgindo, notadamente a Lei 12846/2013 – Lei Anticorrupção, que possibilita a punição também de pessoas jurídicas que tenham praticado atos contra a Administração Pública, tanto nacional quanto estrangeira.

No contexto da Lei Anticorrupção, destaque para a possibilidade de celebração de acordo de leniência, prevista no artigo 16 de tal diploma, no qual as pessoas jurídicas que tenham praticado atos ilícitos contra a administração possam colaborar nas investigações, e como contrapartida receberem uma série de benefícios previstos em Lei.

Necessário também mencionar a figura do *compliance*, tão em moda, que está intimamente atrelado à ideia de governança corporativa, e através do qual as Empresas estabelecem uma série de regulamentos internos que regularão sua atividade, e que terá por fim estabelecer um agir ético, transparente, com promoção de um sistema de prevenção de riscos, criação de canal de denúncias, treinamento de funcionários, o que importará num agir ético, honesto e transparente, e tornarão regra as boas práticas, evitando, ou no mínimo dificultando sobremaneira a adoção de comportamentos e práticas na contratação com o Poder Público, que importarão na prática de atos de improbidade administrativa.

4. Responsabilidade

4.1. Responsabilidade da Autoridade Administrativa e do Ordenador de Despesa

Como já exaustivamente explicitado, em atendimento ao comando constitucional, a Administração Pública está adstrita ao dever de licitar, como regra geral, devendo agir com estrita observância da legislação correlata, em especial a Lei 8666/93. A Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 4.º obriga aos agentes públicos o estrito cumprimento dos princípios insculpidos no artigo 37 da Carta Magna³⁷.

Nesse cenário tem especial relevância a atuação das autoridades administrativas responsáveis pela homologação e adjudicação no certame licitatório, bem como daqueles que ratificam os atos que levam à contratação direta, cuja responsabilização terá fundamento nos artigos 82 a 84 da Lei 8666/1993³⁸.

Uma vez adjudicado o objeto, caso o procedimento licitatório seja concluído, fica garantida a contratação daquele que se classificou em primeiro lugar no certame. Qualquer outra opção incorre em fraude à Licitação.

No entanto, a simples adjudicação ainda não garante ao vencedor a consequente homologação, de tal sorte que a autoridade poderá não dar sequência ao feito, caso verifique alguma ilegalidade ocorrida, ou caso o objeto licitado deixe de interessar ao Poder Público, situação essa que deverá ser devidamente demonstrada e justificada.

³⁷ Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

³⁸ Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

§ 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Sobre a homologação, cabe necessário transcrever os ensinamentos do jurista fluminense Jessé Torres Pereira Júnior, em sua obra escrita em parceria com a Advogada da União Marinês Restelatto Dotti³⁹:

A homologação consiste na aprovação, pela autoridade administrativa competente, dos procedimentos observados na licitação, a fim de que produza os efeitos jurídicos que lhe são próprios. Não constitui mera formalidade por meio da qual a autoridade competente apõe sua assinatura nos autos do processo para certificar que tomou ciência do resultado do certame. Com a homologação, a autoridade administrativa atesta que se cumpriu o devido processo legal da licitação.

Ao homologar a licitação, a autoridade competente também avalia a conveniência da contratação, seguindo-se que o ato cumpre dupla finalidade: atesta que o procedimento licitatório atendeu os princípios e normas de regência e que a contratação do objeto licitado satisfaz ao interesse público.

Como consta expresso do artigo 43 da Lei de Licitação, nas modalidades convencionais de Licitação, excluído, portanto, o Pregão, a adjudicação e a homologação são de atribuição da autoridade competente do promotor do certame⁴⁰, excluídos assim os membros da Comissão de Licitação, que conduzem o feito, mas não têm competência para decidir pela conveniência da contratação.

Já na modalidade Pregão, o artigo 3.º, IV, da Lei 10520/2002 atribui ao pregoeiro atribuição para adjudicar o objeto⁴¹.

Logo, concluí-se que a homologação em qualquer hipótese, é de atribuição exclusiva da autoridade competente superior.

Tendo em mente que os casos de contratação direta representam exceção ao dever geral de licitar, a autoridade competente deverá ser especialmente diligente e atenta nos casos de

³⁹ PEREIRA JÚNIOR e DOTTI, 2012, p. 224.

⁴⁰ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

(...)

⁴¹ Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

contratação direta, que devem ter interpretação restritiva, como manda a boa hermenêutica, nos casos em que não se segue a regra geral.

Tal comportamento diligente ganha especial relevância por ocasião do ato de ratificação (artigo 26, da Lei 8666/1993), que garante à autoridade ter ciência dos atos praticados por agentes que lhe estão submetidos hierarquicamente, e deles podendo discordar rechaçando assim a ratificação.

Se a autorização para contratação direta já lhe for inerente, desnecessária posterior ratificação pela própria autoridade superior, o que além de contraproducente seria até ilógico, conforme ensinamentos professados por Marçal Justen Filho⁴²:

(...) A ratificação retrata o conhecimento e aprovação pelas autoridades superiores, relativamente aos atos praticados por agentes públicos subordinados. Destina-se a assegurar que as autoridades de mais alta hierarquia, no âmbito do sujeito contratante, tenham conhecimento e concordem com os termos da contratação. Logo, não há cabimento de uma “ratificação” quando a contratação é produzida pela própria autoridade de mais alta hierarquia. A finalidade da ratificação já se produziu quando a autoridade de hierarquia mais elevada praticou, ela própria, ato de contratação direta. Portanto, não há necessidade de novos atos formais sem conteúdo, ou utilidade autônomos.

Visando garantir o cumprimento da legislação e dos princípios norteadores do instituto da Licitação, e ainda analisar o comportamento daqueles que conduziram o feito licitatório, a autoridade ratificadora poderá se valer de pareceres técnicos, assessoria jurídica, notadamente nos casos de contratação direta, devendo se ressaltar que o parecer jurídico não vincula a autoridade, pois daí quem decidiria seria o parecerista, não a autoridade administrativa.

Caso entenda que o parecer não esclareceu devidamente a questão, poderá se valer de outros instrumentos, inclusive solicitar novo parecer.

⁴² JUSTEN FILHO, 2010, p. 393.

Mas caso decida em sentido contrário às razões lançadas pelo parecerista, deverá justificar tal ato, sob pena de responsabilização por improbidade administrativa, e até penal, na forma do artigo 89 da Lei de Licitação.

O Decreto Lei 200/1967, em seu artigo 80, § 1.º traz esclarecedora definição sobre quem seja o ordenador de despesas⁴³.

Da leitura do conceito legal, verificamos não tratar-se de figura meramente decorativa, e que cumpre mera formalidade. Cabe a ele o controle dos atos que acarretarão o gasto de recursos públicos.

Seguindo essa linha, a Lei 4320/1964 é autoexplicativa e nos traz importantes subsídios acerca da compreensão das atribuições do ordenador de despesas:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

O ordenador como se vê, tem função primordial e de grande relevância no certame licitatório, sendo responsável de forma solidária com quem promove a liquidação da despesa e com os demais agentes envolvidos.

Além de velarem pela regularidade formal do certame, todos devem agir de modo a garantir a contratação mais vantajosa para administração, que é o fim precípua da Licitação, bem como o zelar para que impere a isonomia.

⁴³ Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

Seu comportamento deve ser probo, como deve ser a atuação de todos os agentes no trato com a coisa pública, sob pena de configuração de improbidade administrativa, sem prejuízo da prática de crime na licitação, conforme prescrito nos artigos 89 e seguintes da Lei 8666/1993, os quais não são o escopo deste trabalho.

4.2. Responsabilidade da Comissão de Licitação e do Pregoeiro

As atribuições dos membros da Comissão de Licitação estão elencadas no artigo 6.º da Lei 8666/93⁴⁴.

Atribuições essas que ocorrem na fase externa, sendo defeso à comissão atuar na fase interna sob pena de invalidade.

Em essência, a comissão promove esclarecimentos, decide sobre impugnações, sobre a habilitação dos participantes, julga as propostas e eventuais recursos.

Resumidamente, a Comissão de Licitação conduz todo o feito licitatório em sua fase externa.

A comissão pode ser permanente, integrando de forma perene a estrutura administrativa, ou ser constituída para cada certame, se dissolvendo com seu termo.

Os atos das comissões, permanentes ou especiais, têm natureza administrativa, conforme o magistério de Diógenes Gasparini⁴⁵:

Os atos da comissão de licitação, permanente ou especial, e das demais comissões mencionadas pelo Estatuto federal Licitatório são administrativos se ditos colegiados estão vinculados a uma pessoa jurídica de Direito Público interno (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia). De fato, são prescrições da Administração Pública no exercício de função administrativa destinada a criar, modificar, declarar ou extinguir relações estabelecidas com o administrado ou a prescrever seus comportamentos. Já não são, pelo menos em tese, atos administrativos os praticados por comissão de licitação ou outra pertencente à entidade regida pelo Direito Privado (sociedade de economia mista, empresa pública). Nesses casos, são atos que se preordenam a adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos no âmbito privado. São atos jurídicos propriamente ditos que lhe observam o regime ditado pelo Direito Privado.

Essa distinção nos parece relevante na medida em que os atos administrativos somente podem ser válidos ou nulos em razão, especialmente, do princípio da legalidade, enquanto os atos jurídicos propriamente ditos podem ser válidos ou nulos, em razão, especialmente, do princípio da legalidade, enquanto os atos jurídicos propriamente ditos podem ser válidos, nulos e anuláveis.

⁴⁴ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

(...)

⁴⁵ GASPARINI, 2011, p. 24.

É imperativo que a comissão, integrada por, no mínimo, três membros tenha, no mínimo, dois servidores concursados e estáveis.

Os membros da comissão permanente exercem seu *mister* pelo prazo de um ano, vedada eventual recondução da totalidade de seus membros para o exercício seguinte, sendo que seu membros respondem solidariamente pelo atos praticados e omissões ocorridas.

Caso qualquer dos membros da comissão tenha posição divergente em relação aos demais membros da comissão, deverá fazer constar, fundamentadamente, em ata sua posição, o que ilidirá eventual responsabilização solidária.

No Pregão, seja presencial ou eletrônico, a fase externa é conduzida pelo pregoeiro, com auxílio da equipe de apoio. A previsão legal para tanto, consta do artigo 3.º, IV, da Lei 10520/2002⁴⁶. Na esfera federal os Decretos 3555/2000 e 5450/2005, que regulamentam os pregões presencial e eletrônico, respectivamente, também lançam luzes sobre as atribuições do pregoeiro.

Ao contrário do que ocorre nas demais modalidades, no pregão há a figura central do pregoeiro, que responde a questionamentos e toma decisões, exceto aquelas de responsabilidade da autoridade superior.

Por isso, a equipe de apoio não ostenta qualquer responsabilidade, ressalvada a hipótese de tomar conhecimento de alguma irregularidade e manter-se omissa sem informar o pregoeiro. Ilustrando tal entendimento o Tribunal de Contas da União – TCU⁴⁷, assim decidiu:

Apesar de ter sido feita audiência dos membros da equipe de apoio da pregoeira, entendo não ser o caso de apená-los, uma vez que eles não têm funções de natureza decisória. Nesse sentido, vale destacar o que diz o Prof. Jessé Torres Pereira Júnior

⁴⁶ Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

⁴⁷ Acórdão n.º 64/2004 – Segunda Câmara, rel. Min. Ubiratan Aguiar, Processo nº 010.433/2001-5.

(Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 5.a Ed. p. 973):

“Não se confunda equipe de apoio, referida no art. 7º, II, do decreto regulamentador, com a comissão de licitação. A diferença fundamental é evidente: no pregão, a responsabilidade de conduzir e julgar é pessoal e exclusiva do pregoeiro; nas demais modalidades de licitação, a responsabilidade de conduzir e julgar é pessoal e exclusiva do pregoeiro; nas demais modalidades de licitação, a responsabilidade de conduzir e julgar é do órgão colegiado (v. art. 51, § 3º, da Lei nº 8666/93). A equipe de apoio ao pregoeiro limitar-se-á a realizar os atos materialmente necessários à prática do procedimento, nenhuma influência tendo, ou podendo ter sobre as decisões do pregoeiro.”

Caso tome conhecimento, deve fazer constar em ata o ocorrido. Caso o pregoeiro se recuse a adotar as providências cabíveis e pertinentes, a equipe de apoio deve dar conhecimento a autoridade superior, sob pena de responder por improbidade.

Servidores de carreira, com competência para tanto, notadamente atrelados às respectivas Secretarias no âmbito dos municípios, Estados-membros e Distrito Federal, e Ministérios na esfera Federal devem fazer pesquisas de preço, elaborar projetos básicos que instruirão os certames licitatórios.

Geralmente, existe um Setor de Compras, responsável para tanto, devendo seus servidores também manter o dever de probidade que é inerente à função pública.

A atuação desses agentes, e das respectivas repartições se dá na fase interna do procedimento licitatório.

4.3. Responsabilidade do Parecerista

A atuação do advogado público é de vital importância no que se refere a garantir a lisura e probidade no procedimento licitatório, por isso, se faz desde logo necessário definir quem é o advogado público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é bastante objetiva ao definir que “Advogado Público é aquele que trabalha sob o regime estatutário para a União, para os Estados, para o Distrito Federal, para os Municípios e para as autarquias”⁴⁸.

Em regra, a atuação do advogado publicista, no âmbito da administração pública, se dá no contencioso administrativo, ou na condição de parecerista.

A atuação contenciosa, que não nos interessa aqui, dá-se fundamentalmente na representação da Fazenda Pública perante terceiros, situação essa, na qual o profissional é claramente parcial, e tem limitada independência funcional.

Já como parecerista, o advogado público deve ser imparcial. Sua atuação, muitas vezes, assemelha-se à de um magistrado, zelando para que os atos administrativos se deem de forma transparente, honesta e de acordo com os ditames da legislação.

Atuando comumente na condição de consultor, deve atuar de forma independente, exercendo costumeiramente verdadeiro controle interno, buscando sempre que a Lei seja adequadamente interpretada e aplicada pelo administrador.

Daí surge a necessidade de definirmos o que é parecer. Para Cretella Júnior: “O parecer é o ato pelo qual um técnico manifesta sua opinião ou juízo acerca de uma questão submetida a seu pronunciamento”⁴⁹.

Para que seja denominado “parecer jurídico”, deve necessariamente ter conteúdo jurídico e ter sido exarado por advogado habilitado para tanto.

⁴⁸ DI PIETRO, 2008, p. 1.

⁴⁹ CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 376.

Forçoso também observar que o texto constitucional garante independência e imunidade aos advogados, por suas ações no exercício da profissão, conforme estabelecido em seu artigo 133, replicado pelo artigo 2.º, § 3.º da Lei 8906/1994 – Estatuto da OAB⁵⁰.

Seguindo essa linha de raciocínio, convém também distinguir os diferentes tipos de parecer jurídico que podem ser emanados pelo advogado público, nos utilizando daí da clássica distinção feita por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁵¹:

(...) *pareceres facultativos* são aqueles que a Administração pede por entender ser conveniente ouvir o órgão técnico. Já *pareceres obrigatórios* são aqueles que a lei exige que a Administração solicite antes de praticar um determinado ato. Note-se que obrigatória é apenas a solicitação do parecer, e não a adoção da sua conclusão. Os *pareceres vinculantes*, por fim são aqueles que o Poder Público está obrigado a não só pedi-los, com também a adotá-los e a agir como neles se recomenda.

O artigo 42 da Lei 9784/1999 prescreve sob o aspecto legal a diferenciação entre parecer vinculante e não vinculante:

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

Sérgio Ferraz e Adilson Dallari⁵² tecem precisas considerações sobre tal dispositivo legal:

Parecer jurídico, portanto, é uma opinião técnica dada em resposta a uma consulta, que vale pela qualidade de seu conteúdo, pela sua fundamentação, pelo seu poder de convencimento e pela respeitabilidade científica de seu signatário, mas que jamais deixa de ser uma opinião. Quem opina, sugere, aponta caminhos, indica uma solução, até induz uma decisão, mas não decide.

É difícil entender a distinção entre pareceres vinculantes e não vinculantes contida no art. 42 da Lei 9.784, de 1999, pois parecer vinculante não é parecer: é decisão. O que pode ocorrer é a existência de despacho normativo da autoridade superior

⁵⁰ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 583-585.

⁵² FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu, 2001, p. 140-141.

fixando um determinado entendimento oficial para um assunto específico, vinculando o comportamento administrativo nos casos supervenientes; não é o parecer que é vinculante, mas o despacho (decisão) que o tornou de observância obrigatória. Quando houver despacho normativo sobre determinado assunto o ‘parecer’ dado em caso superveniente deve apenas mencionar tal situação ou, ao contrário, destacar particularidades que justifiquem para aquele específico e determinado caso (que é diferente da situação-tipo que ensejou a edição do despacho normativo) solução diversa.

O Ministro Joaquim Barbosa, em julgamento do Mandado de Segurança 24584/DF⁵³ também estruturou seu voto baseado no entendimento de que os pareceres podem ser facultativos, obrigatórios e vinculantes:

Assim, poder-se ia dizer que:

- (i) Quando a consulta é *facultativa*, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo;
- (ii) Quando a consulta é *obrigatória*, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentação à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;
- (iii) Mas quando a lei estabelece a obrigação de “decidir à luz do parecer *vinculante*” (*décider sura vis conforme*), o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer, ou, então, não decidir.

(...)

O que é relevante nessa classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório (...)

Isso porque nesses casos em que o parecer favorável de órgão consultivo é, por força de lei, pressuposto de perfeição do ato, há efetiva “partilha do poder de decisão” entre a autoridade executiva e o órgão consultivo (voto do Min. Relator no MS 24631/DF, grifos no original)

O Ministro Marco Aurélio, Relator do *mandamus*, daí arrematou:

- a) nos casos de omissão legislativa, o exercício da função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade do parecerista. A contrário senso, e a bem da coerência do sistema, não cabe extrair dessa conclusão que o administrador também se isenta de responsabilidade, pois se a lei lhe reconhece autoridade para rejeitar entendimento da consultoria, também lhe imputa as eventuais irregularidades do ato. Esse é o entendimento firmado no MS 24.073, ressaltando que se aplica a ressalva desse julgado quanto à possibilidade de verificação de “erro grave, irrecusável, ou de ato de omissão praticado com culpa, em sentido largo”;
- b) nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico-jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o

⁵³ STF. MS 2584/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/08/2008, DJ de 20/06/2008.

parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também o administrador nesse caso.

No que se refere aos procedimentos licitatórios, há hipótese de emissão de parecer facultativo, decorrente de atividade consultiva, na qual o administrador diante de eventual dúvida e/ou controvérsia surgida, promove consulta ao parecerista, não se vinculando às conclusões do especialista.

Nessa hipótese, a prática do ato é do administrador, o parecer é meramente opinativo, não se caracterizando como um ato administrativo.

Considerando-se que Direito é uma ciência cultural que se estrutura não no “ser”, mas sim no “dever ser”, é perfeitamente plausível a divergência de opiniões sobre um mesmo tema, justificando-se daí a regra de que o advogado público não está sujeito à responsabilização decorrente de seu parecer, desde que não emita uma opinião totalmente apartada do que seria razoável, defensável, e coloque em cheque sua competência como profissional. Nesse caso, responderá perante seu órgão de classe consoante disposto no artigo 34, XXIV, da Lei 8906/1994 – Estatuto da Advocacia, segundo o qual comete infração disciplinar quem “incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional”.

Mas, se sua posição for minimamente sustentável, baseada em doutrina e jurisprudência, mesmo que minoritárias, com raciocínio lógico e coerente sob o enfoque jurídico fica elidida eventual responsabilização.

Ocorre que nesse trabalho, o que mais nos interessa é o parecer exarado na forma do artigo 38, § único⁵⁴ da Lei Geral de Licitações, que se caracteriza como um parecer de controle, que tem por fim a aprovação ou rejeição das minutas, de modo que o administrador fique vinculado ao que for concluído pelo parecerista, e para decidir em sentido contrário precisaria justificar tecnicamente sua decisão, submetendo o feito à emissão de novo parecer.

⁵⁴ Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

O parecer, em tal situação, é parte integrante da decisão da autoridade competente que a ele se vincula, assumindo o parecerista uma responsabilidade solidária quanto ao que for praticado em decorrência de seu parecer, conforme ensinamento de Marçal Justen Filho⁵⁵:

Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.

A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões. Mas, se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição. Entendimento similar pode pôr-se quanto à avaliação sobre os fatos relevantes para uma decisão. Por isso, poderá (deverá) punir-se o servidor público que adota interpretação contrária ao Direito, aberrante, ou se o prolator do parecer desvirtuar os fatos ocorridos, adotando versão não fundada em documentos ou outras provas. Se a decisão administrativa for entranhada de defeito desconhecido do agente que forneceu o parecer, não há cabimento em sua responsabilização. Tanto mais por ser inadmissível impor uma espécie de “responsabilidade política” ao sujeito que desempenha função de assessoramento, sancionando-o apenas em virtude da consumação de um resultado reputado incompatível com valores protegidos pelo Direito. Aquele que desempenha atividade de assessoramento jurídico ou técnico se sujeita a regime jurídico genérico: a responsabilização civil, penal ou administrativa depende da culpabilidade. Enfim, é essencial preservar a autonomia da função de assessoramento jurídico ou técnico.

A assessoria jurídica, segundo a própria letra da Lei, tem nessa hipótese, a função de examinar, e mais importante ainda, aprovar as minutas.

Com isso, o parecer deixa de ter aquele caráter meramente opinativo, que é de sua essência, e passa ter uma forte carga decisória.

Destarte, deve o parecerista ser especialmente diligente quando efetua a análise e aprovação das minutas no procedimento licitatório, não só pelo conhecimento jurídico que é razoável se esperar que tenha, mas também pela relevância de seus atos no trâmite do certame licitatório, ressaltada a importância da independência do profissional, que não pode ser culpado pelas opiniões emitidas, salvo se ficar caracterizado que tenha sido omissivo, e atuado com objetivo

⁵⁵ JUSTEN FILHO, 2010, p. 526-527.

de contribuir para perpetração de eventual fraude, tendo seu comportamento permeado pela má-fé, agindo com dolo ou culpa grave.

Quanto ao parecer vinculante, na exata acepção do termo, representa exceção no ordenamento pátrio, dependendo de expressa previsão legal como tal, e tolhe totalmente a discricionariedade, já que deve cumprido o que consta do parecer, ocorrendo até uma desnaturação do caráter de parecer e assumindo uma feição de decisão, sendo uma das partes de um ato dito complexo.

4.4. Responsabilidade do Contratado

Lei 8429/1992 não se dirige apenas aos agentes públicos, mas também com agentes privados, que contratam com o Poder Público, conforme expressa disposição contida em seus artigos 3º, 5.º e 6.º, *in verbis*:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

(...)

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Torna-se daí pueril que nos processos de licitação, o dever de probidade, alicerçado numa conduta honesta, transparente, isonômica, sempre com a busca da proposta mais vantajosa deve inspirar não somente os agentes do ente público, mas também todos os terceiros, que na qualidade de licitantes almejam contratar com o Poder Público.

Por isso, não se admite conluio com o objetivo de fraudar os certames licitatórios, fazendo do procedimento um jogo de cartas marcadas, no qual não há disputa, de modo que aquele que apresente a melhor proposta se sagre vencedor nos processos de seleção e contratação de flagrados pelo Poder Público.

O compadrio, tão presente nas relações travadas entre o Estado e terceiros, deve ser combatido com veemência, não só com a feitura de boas Leis, mas também com práticas efetivas de combate à corrupção, notadamente uma política de controle que deve se desenvolver já no seio da administração, mas também uma atuação efetiva do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Hoje se tornou rotineiro acompanhar notícias de que agentes de pessoas jurídicas de direito privado, juntamente com servidores públicos desenvolveram intrincados esquemas de corrupção cujo objetivo *mor* era sangrar e assaltar a coisa pública.

Mas uma situação que merece destaque e algumas ponderações, no que tange a punição de terceiros que contratam com o Poder Público, é aquele na qual se dá a contratação de advogado pelo ente público, mediante processo de inexigibilidade de licitação.

Sobre o tema, Adilson Abreu Dallari⁵⁶ escreve com bastante propriedade:

Lamentavelmente, o Ministério Público (ou por determinação institucional, ou por simples inércia diante dos abusos cometidos por seus membros), move uma guerra santa contra a contratação de advogados, sem licitação, por entidades públicas, partindo da equivocada premissa de que toda contratação de advogado é ilícita. Atualmente, o advogado que for contratado para defender o Poder Público tem toda probabilidade de sofrer enormes constrangimentos, o que configura se não uma tentativa de intimidação, pelo menos um indiscutível agravo ao livre exercício da profissão de advogado.

A quase totalidade das ações civis de responsabilidade propostas contra advogados desconsideram as efetivas condições da específica contratação, não se referem a alguma eventual conduta ilegal ou incorreta dos profissionais contratados, mas enfocam apenas o simples fato de terem eles atuado no estrito exercício da profissão e exatamente em razão desse exercício, desempenhando uma função que a Constituição Federal qualifica como essencial para a administração da justiça.

Normalmente os advogados alvejados pelas ações perpetradas pelo MP são de modo notório havidos como profissionais altamente qualificados, que foram contratados exatamente em função da alta complexidade, da enorme repercussão econômica ou da extrema relevância do assunto que motivou sua contratação. O que está em causa é a autonomia administrativa da entidade pública contratante e liberdade do exercício profissional, na medida em que o MP sustenta que a entidade pública não pode escolher livremente um advogado sobretudo qualificado para defender seus interesses em assuntos de alta complexidade técnica e enorme repercussão para o cumprimento de suas finalidades.

Por isso, torna-se importante que os mecanismos de combate à corrupção previstos na Lei 8666/93, que representa a Lei Geral de Licitações, em conjunto com a Lei 8429/92 e legislação correlata sejam usadas de forma efetiva no combate aqueles que têm um comportamento ímprobo.

Nessa senda, deve-se combater com a mesma firmeza, não apenas aqueles que estão no seio estatal, mas também aqueles que corrompem os agentes públicos, com a imputação de penalidades previstas na legislação, e que devem ter um conteúdo não apenas punitivo, mas também ressarcitório, pedagógico e desestimulante desse tipo de conduta.

⁵⁶ DALLARI, 2007, p. 67.

CONCLUSÃO

Como restou sobejamente demonstrado, o processo licitatório é a regra para Administração Pública realizar obras, adquirir serviços, fazer compras e alienar bens.

Do processo licitatório, que resultará na posterior contratação dependerá em grande parte a eficiência do Poder Público, em especial no que se refere à economia de recursos financeiros que permitirão a administração realizar mais gastando menos, sem prejuízo de garantir-se ainda a concretização da isonomia que irá garantir a possibilidade de todos que preencham os requisitos exigidos para a contratação.

Somos um país que tem uma das mais altas cargas tributárias do mundo, mas por outro lado, somos extremamente ineficientes na implantação de políticas públicas, na realização de obras, e na prestação de serviços.

Não é clichê dizer que o Brasil arrecada como muitos países europeus, mas oferece serviços dignos de muitos países africanos.

Inobstante a sanha arrecadatória, que é um traço característico do Poder Público no Brasil, é comum nossos governantes afirmarem “que estão faltando recursos, que a arrecadação caiu, que será necessária uma majoração de tributos”.

Da mesma forma se tornou lugar comum, ser noticiados “que determinado certame foi fraudado, que os preços foram superfaturados, que a obra não foi entregue, e se foi entregue contém graves defeitos”, e por aí vai.

Infelizmente, nos dias atuais dizer que, em decorrência da realização de certame licitatório, o ente público contratou melhor, se tornou mera balela, algo que a mais cândida e inocente das criaturas não acreditaria.

É inegável que a seu tempo a Lei 8666/1993 – Lei Geral de Licitações representou um marco importante, mas atualmente, mesmo com inúmeras alterações legislativas que sofreu ao longo dos tempos, não se presta mais a garantir a contratação decorrente da melhor proposta, nem

que se garantiu igualdade de oportunidades de todos que preenchem certos requisitos de contratar com a Administração Pública.

Pior que isso, a nova Lei de Licitação tramitando no Congresso Nacional, não parece hábil a garantir o cumprimento dos fins almejados pela prévia e regular realização de procedimento licitatório, sendo inclusive alvo de severas críticas.

Esse trabalho buscou abordar questões relevantes e atuais do ato ímprobo no bojo do certame licitatório, por isso tem para nós grande relevância as questões atuais e polêmicas que cercam a Lei 8429/1992, dita Lei de Improbidade Administrativa – LIA, a qual tem por fim a regulamentação do artigo 37, § 4.º da Constituição Federal.

Trata-se de um diploma polêmico, que desperta paixões opostas, se por um lado é fortemente defendido principalmente por membros do Ministério Público, como um formidável instrumento que aperfeiçoou e efetivou o combate a corrupção, a malversação de recursos públicos, e na prática reiterada de licitações fraudulentas, por outro lado, tem sido adotada de maneira imprópria e desarrazoada.

Aqueles que criticam a utilização indevida da LIA sustentam que tem se partido de uma presunção quase absoluta de culpa de agente públicos, inclusive com uma série de irregularidades processuais, ocorrendo até mesmo uma inaceitável inversão do ônus da prova em diversos casos.

Prática essa, que tem acarretado uma perigosa e inaceitável criminalização da política, que inclusive tem afugentado da política bons quadros, que poderiam prestar relevantes serviços ao país.

Ressaltam que a Lei de Improbidade não visa punir o mau gestor, o incompetente, o que comete equívocos administrativos, mas tem por fim sim, combater os corruptos, os que agem com má-fé, que adotam comportamento doloso, ou no mínimo com culpa grave nos casos do artigo 10.

Mas é fato, que se tornou quase que uma regra a condução de feitos licitatórios com graves irregularidades, conluíus entre membros do Poder Público e terceiros que almejam contratar com a administração, sem qualquer preocupação com interesse público, mas buscando apenas levar vantagens indevidas, se locupletar.

Nesse cenário, os aplicadores do direito vão ter que buscar um tenso equilíbrio entre garantir a lisura dos processos de contratação, sem que isso acarrete excessos, como o de, por exemplo, imputar condutas ímprobas aqueles que cometeram erros formais, e até se mostraram incompetentes na gestão da coisa pública.

Em tal cenário, fundamental que se busque a efetiva concretização de tudo que consta no sistema de Lei que regula o procedimento licitatório, sem com isso cometer excessos em decorrência da interpretação geralmente equivocada, e ampliada da Lei 8429/1992.

É salutar o combate aos atos de improbidade que têm se tornado tão comum no âmbito do ente público, mas isso tem que ocorrer nos termos e na medida da Lei, evitando-se arroubos autoritários e excessos dos órgãos persecutórios, os quais não podem contar com a chancela do Poder Judiciário, que tem se caracterizado por um reprovável ativismo judicial, o que não se coaduna com a postura que se espera do Estado-Juiz, ou seja: imparcial, equidistante, cumpridora da Lei, e agindo mediante a devida e necessária provocação.

Para isso, também imperativo sejam desenvolvidos novos mecanismos de combate à improbidade administrativa, o que pode ser feito com aperfeiçoamento dos mecanismos de fiscalização, a ampliação e maior aplicação da Lei Anticorrupção, e também com o estabelecimento de uma cultura que privilegie o compliance, os acordos de leniência e a gestão corporativa, pois o contribuinte brasileiro não suporta mais a prática reiterada de atos de improbidade no seio da administração pública, em especial aqueles praticados no seio dos processos de licitação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Madrid: CEPC, 2001;

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: RT, 1985;

CAMMAROSANO, Márcio. O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1997;

CAPEZ, Fernando. Improbidade Administrativa – Limites Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2015;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Improbidade Administrativa – Prescrição e outros Prazos Extintivos. São Paulo: Atlas, 2012;

COPOLLA, Gina. A Necessária Existência do Dolo para a Configuração do Ato de Improbidade Administrativa de Afronta aos Princípios da Administração. In: RSDA N.º 131 – Novembro/2016 – SEÇÃO ESPECIAL – JURISPRUDÊNCIA COMENTADA;

CRETELLA JÚNIOR, José. Dicionário de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1978;

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006;

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. São Paulo: Saraiva, 2007;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2015;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da Administração Pública. In: Boletim de Direito Administrativo. Janeiro/2008: NDJ;

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001;

FIGUEIREDO, Marcelo. Proibição Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2004;

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2015;

GASPARINI, Diógenes. Comissões de Licitação. São Paulo: NDJ, 2011;

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010;

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015;

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios gerais de direito administrativo – Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2007;

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002;

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 2011;

MUKAI, Toshio. Licitações e Contratos Públicos. São Paulo: Saraiva, 2008;

PAZZAGLINI FILHO, Marino; Rosa, Márcio Fernando Elias; Fazzio Jr., Waldo. Improbidade administrativa. São Paulo: Atlas, 1999;

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; Dotti, Marinês Restelatto. Da Responsabilidade dos Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação. São Paulo: NDJ, 2012.