



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CECILIA SMITH PEDREIRA DE CERQUEIRA

**RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DE
FRAUDE EM LICITAÇÕES**

Salvador
2012

CECILIA SMITH PEDREIRA DE CERQUEIRA

**RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DE
FRAUDE EM LICITAÇÕES**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Marcos Sampaio

Salvador
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

CECILIA SMITH PEDREIRA DE CERQUEIRA

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DE FRAUDE EM LICITAÇÕES

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2012.

A
Meus pais por incondicionalmente me
incentivarem, de diversas maneiras, a
seguir sempre em frente.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus. Por me fazer ter certeza de que todo o meu caminho é por ele iluminado. Obrigada por cuidar de mim, a cada segundo.

À Dr. Marcos Sampaio, pela atenciosa e dedicada orientação. Essencial durante toda a trajetória e imprescindível para contornar às inseguranças. Obrigada pela atenção e incentivo.

Aos meus professores, pelo apoio, estímulo e compreensão. Obrigada por cada dúvida tirada ou livro emprestado.

À Carmen, minha paixão da vida, a personificação do amor. Obrigada por curtir comigo cada momento de irritação, preocupação e alegria, sem você tudo seria impossível.

À Roberto, meu pai, por me ensinar a viver a vida. Obrigada pelo amor e confiança que deposita em mim.

À Nina, por mesmo distante nunca ter deixado de acreditar em mim. Obrigada por estar comigo por toda a minha vida.

À Titu, por estar comigo nas horas que eu menos merecia, pois sabia que eram as horas que eu mais precisava. Obrigada pela companhia incondicional e amor eterno.

À Crystal, meu pedacinho de amor. Minha certeza de que independente de qualquer coisa a vida vale a pena.

Aos meus amigos e colegas, por estarem comigo diariamente, tornando os meus dias mais leves e divertidos. Sem vocês pouca coisa faria sentido. Obrigada por serem cúmplices da minha vida.

“Quanto maior o desafio maior a alegria
ao vencê-lo”.

(Molière)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a responsabilidade administrativa decorrente de fraude em licitações, tanto no que diz respeito aos particulares como no que tange aos servidores públicos. Para sua elaboração foi estudado o instituto da licitação e, analisando a sua natureza jurídica, restou-se demonstrada a inconsistência da doutrina sobre o tema. Também foram analisadas seus princípios informadores fundamentais, as suas finalidades e, sucintamente o seu procedimento. Analisou-se ainda as fraudes aos procedimentos licitatórios, tanto no que diz respeito àquelas atinentes ao regime jurídico da licitação como as decorrentes de atos de improbidade administrativa. Foram observadas as fraudes mais comuns e as medidas a serem tomadas para que estas sejam evitadas. Assim, foi objeto de estudo, os atos e sujeitos ativos da improbidade administrativa, analisando os atos que causam enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação aos princípios da administração pública. Ao analisar a responsabilidade decorrente das fraudes ao procedimento licitatório percebeu-se que os licitantes, ainda que não vencedores, estão sujeitos às sanções previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (a Lei 8666/93), previstas na Lei de pregão (a Lei 10520/02) e na Lei do Regime Diferenciado de Contratações (a Lei 12 462). Os servidores públicos que fraudarem a licitação estarão sujeitos às sanções previstas em seus estatutos que, no caso dos servidores federais é a Lei 8112/90. A responsabilidade decorrente dos atos de improbidade administrativa apesar de não serem sanções administrativas também mereceram destaque neste trabalho em razão da sua relevância e sinergia com o tema abordado. Estas sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa são aplicáveis tanto aos licitantes quanto aos servidores públicos.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Licitação; Fraude; Responsabilidade Administrativa.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- art. – artigo
- CC – Código Civil
- CF/88 – Constituição Federal da República
- CPC – Código de Processo Civil
- CPP – Código de Processo Penal
- Des. – Desembargador
- HC – *Habeas Corpus*
- Min – Ministro
- MP – Ministério Público
- OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
- ONU – Organização das Nações Unidas
- RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TJ – Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 LICITAÇÃO	14
2.1 NATUREZA JURÍDICA DA LICITAÇÃO	15
2.1.1 Licitação como matéria de direito financeiro	16
2.1.2 Licitação como ato condição	17
2.1.3 Licitação como procedimento administrativo	19
2.1.4 Licitação como um princípio constitucional	21
2.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA LICITAÇÃO	25
2.2.1 Princípio da moralidade	27
2.2.2 Princípio da eficiência	30
2.2.3 Princípio da impessoalidade	34
2.3 FINALIDADE DA LICITAÇÃO	35
3 PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS COMO INSTRUMENTO DA REALIZAÇÃO DAS FINALIDADES E GARANTIDORES DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	40
3.1 O PROCESSO LICITATÓRIO	42
3.2 FRAUDES AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	46
3.2.1 Sujeitos da improbidade administrativa	47
3.2.2 Atos de Improbidade Administrativa	49
3.2.2.1 Atos de Improbidade Administrativa que importam enriquecimento ilícito	50
3.2.2.2 Atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao patrimônio público	53
3.2.2.3 Atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública	55
3.2.3 Fraude à procedimentos licitatórios	59
3.2.3.1 Fraudes mais comuns aos processos licitatórios	60
3.2.3.2 Medidas a serem tomadas para evitar as fraudes a procedimentos Licitatórios	64

4 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DE FRAUDE EM LICITAÇÕES	67
4.1 INDEPENDÊNCIA ENTRE A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E A RESPONSABILIDADE PENAL	70
4.2 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	74
4.2.1 Sanções previstas na Lei 8429/92 – Lei de Improbidade Administrativa	76
4.2.2 Responsabilidade dos licitantes: sanções administrativas previstas na Lei 8666/93	81
4.2.3 Responsabilidade dos servidores públicos: sanções administrativas previstas na Lei 8112/90	86
5 CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS	97

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a responsabilidade administrativa decorrente de fraude em licitações, tanto no que diz respeito aos particulares como no que tange aos servidores públicos. Para o desenvolvimento deste foi utilizado doutrina, notadamente nacional, e jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas da União e legislação brasileira.

A relevância deste trabalho reside na importância que o instituto da licitação representa à sociedade, permitindo que a Administração Pública possa realizar a melhor contratação a fim de garantir a indisponibilidade do bem público.

Ocorre que contratar com o Estado é desejo de grande parte dos particulares, dos mais diversos ramos da sociedade, principalmente porque os contratos geralmente são muito vultuosos e proporcionam uma série de garantias ao contratante. Esta pretensão é, em um primeiro momento, muito benéfica à Administração Pública, pois haverá uma disputa, o que propiciará a melhor contratação para o Poder Público.

Infelizmente, não é raro que os interessados busquem formas de burlar este procedimento, ferindo a primazia do interesse público sobre o interesse particular.

A fim de garantir esta supremacia, o ordenamento jurídico pátrio estabeleceu um sistema, que é por diversas vezes violado.

A violação a este aparelho jurídico abrange não apenas o procedimento, mas também a princípios que incidem sobre o regramento normativo que busca regular a contratação pública, inclusive o princípio da moralidade.

Esta violação constitui uma fraude, da qual decorre tanto a responsabilidade administrativa presente no próprio regime jurídico da licitação, como uma responsabilidade por ato de improbidade administrativa, haja vista ferir o princípio da probidade administrativa. Para ambas as situações há um regramento legislativo punitivo, que será objeto de estudo deste trabalho.

Assim, o segundo capítulo deste trabalho preocupa-se fundamentalmente com o instituto jurídico da licitação. De uma análise doutrinária infere-se que ainda que tímida, há inconsistência acerca da natureza jurídica da licitação. Historicamente já definiu-se a licitação como um instituto do direito financeiro, por ser esta um

pressuposto para a contratação pública. Este posicionamento, como será adiante demonstrado, não encontra mais espaço na Constituição Federal de 1988.

Há também quem conceitue a licitação como um ato condição, pautando-se na ideia de que a licitação seria uma série de atos preparatórios que busca a realização um outro ato, que é a adjudicação. Seria ato condição, pois seria um ato que tem por objetivo garantir a isonomia, conferindo uma situação geral e impessoal a um indivíduo.

Percebe-se ainda que há uma esmagadora dominância do posicionamento que coloca a licitação como um processo, onde há a existência do contraditório em meio a uma sequência cronologicamente ordenada de atos que objetivam uma só finalidade.

A despeito da relevância de todos estes posicionamentos, a natureza jurídica neste trabalho defendida não encontra neles guarida. Isto porque, como se verá adiante, entende-se aqui a licitação como um princípio constitucional, onde a verdadeira preocupação é a proteção de valores caros à sociedade que, por merecerem especial respeito, são garantidos pela licitação. Assim, acredita-se que a licitação existirá ainda que não exista um procedimento, assim como é possível que a observância do procedimento não seja capaz de proporcionar a efetividade da licitação, se não houver a proteção de certos valores sociais.

O segundo capítulo discorre ainda sobre os princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência. Insta que se ressalte, desde já, que os demais princípios do ordenamento jurídico também possuem grande importância e devem sim ser observados, mas estes três princípios receberam especial atenção em razão da sua relevância.

Ou seja, em razão do seu extenso número, foram eleitos três princípios que acredita-se ter relevo superior aos demais no que diz respeito às contratações públicas e restringiu-se o estudo apenas a estes.

É bom que se diga mais uma vez que os demais princípios devem sim ser observados nas contratações efetuadas pela Administração Pública e que o corte feito pelo presente trabalho buscou aprofundar-se apenas sobre os princípios que entende-se haver importância superior aos demais princípios do ordenamento jurídico.

Encerrando este segundo capítulo procurou-se demonstrar as finalidades mediatas e imediatas da licitação. Isto porque a licitação não busca apenas a aquisição ou a alienação de bens, mas também a concretização de políticas públicas.

O terceiro capítulo deste trabalho inicia-se com uma breve exposição acerca do procedimento estabelecido pelo legislador para proporcionar efetividade à licitação. Esta é uma análise concisa porque, primeiro, trata-se de um procedimento amplamente previsto pela lei, onde não há espaço para interessantes questionamentos. A brevidade da dedicação a este procedimento baseia-se ainda no fato de que trata-se de uma lei, na verdade, insuficiente para a efetivação da licitação e de suas finalidades, e que é, na verdade, efêmera.

Inclusive, já há projeto em curso para a modificação desta lei e, a dedicação ao estudo do procedimento será inócua, irrelevante, com a mudança da legislação. Ou seja, a análise deste procedimento é a mais breve possível, a fim de se garantir perenidade ao estudo aqui desenvolvido.

Há, entretanto, garantias à higidez da licitação que são asseguradas com este procedimento. Assim, este capítulo buscou estudar às fraudes a este procedimento que atinge, de fato a licitação.

Estas fraudes podem configurar tanto condutas puníveis pela legislação geral de licitação como pela legislação atinente à improbidade administrativa. Por esta razão fez-se necessário o estudo dos atos de improbidade administrativa, que causam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário e que importam em violação à princípios da Administração Pública, analisando ainda os sujeitos do ato de improbidade administrativa, que podem ser servidor público ou particular.

Além disso, no que diz respeito ao procedimento, também foi analisado as fraudes mais comuns a este procedimento e as medidas a serem adotadas para inibir estas fraudes. Isto porque, há aspectos procedimentais que são capazes de garantir a efetividade da licitação e estes devem ser protegidos para que aos valores da sociedade sejam assegurados a segurança necessária.

Por derradeiro, o quarto capítulo analisa a responsabilidade administrativa decorrente de fraude em licitações. Em razão da independência de instâncias prevista pela própria Constituição Federal, foi possível o corte epistemológico tão somente na responsabilização administrativa decorrente destas fraudes.

Este capítulo buscou também a análise da responsabilização presente na Lei de Improbidade Administrativa que representa fundamental importância ao presente estudo, vez que a fraude à licitação é um ato de improbidade administrativa. A responsabilização decorrente desta lei atinge tanto os servidores públicos como os particulares.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei do Pregão e a Lei do RDC estabelece expressamente a responsabilização administrativa daquele que atuar de forma fraudulenta em licitações. Estas punições, entretanto, são aplicáveis apenas aos particulares, em razão da inaplicabilidade prática das sanções nela previstas aos servidores públicos, que serão responsabilizados administrativamente por legislação específica.

Os servidores públicos federais recebem pela Lei 8112/90 uma responsabilização administrativa exclusiva. Os servidores públicos estaduais e municipais serão responsabilizados administrativamente pelos seus próprios estatutos.

Assim, são estas as considerações objeto de estudo deste trabalho que, através do método dedutivo, permitirão apresentar analiticamente as responsabilidades decorrentes de fraude às licitações.

2 LICITAÇÃO

A licitação é reclamada como requisito à celebração de contratos realizados pelo Poder Público, para que seja atendida a necessidade de incidência de princípios constitucionais vigentes. Assim, é imperioso que se tenha mecanismos próprios para a realização de contratos administrativos, de forma a garantir que estes sejam celebrados da forma requerida pelo ordenamento jurídico constitucional. Ruy Cirne Lima demonstra que gerir o patrimônio público é gerir patrimônio de outrem¹ e, é por esta razão que a administração deste deve seguir os interesses de seu titular: o povo.

O princípio da isonomia é, provavelmente, o maior dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro. Este princípio é previsto pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5, *caput* e inciso I, e deve ser entendido sob dois aspectos: igualdade formal e igualdade material.

José Souto Maior Borges ensina que a igualdade formal garante a igualdade material, e estas devem ser interpretadas de forma conexa. Acontece que, a lei se aplica a todos indistintamente, mas se ela tiver seu conteúdo em desacordo com a isonomia, haverá a violação à igualdade material. Assim como se a lei pautada na isonomia não se aplicar a todos, não haverá igualdade de todos perante a lei, mas apenas uma igualdade entre aqueles a quem a lei se aplicará. É por esta razão que o doutrinador expõe que as normas devem ser consideradas em conjunto, sob pena de haver uma violação à igualdade material².

Neste sentido, a licitação pública, outrora chamada de concorrência³, é um pressuposto constitucionalmente imposto à todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, salvo nos casos estabelecidos em leis específicas.

¹ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

² BORGES, José Souto Maior. Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco**. Recife: Esmape, v. 2, jan./mar. 1997, p.311-24.

³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**: comentários à Lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, republicada no Diário Oficial de 6 de julho de 1994, conforme determinação do art. 3º da Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994; redação posteriormente alterada pelas Leis nº 8.987, de 13.02.1995; 9.074, de 07.07.1995; 9.472, de 16.07.1997; e 9.648, de 27.05.1998. 18.ed. rev. e atual. inclusive de acordo com a. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

2.1 NATUREZA JURÍDICA DA LICITAÇÃO

Antes da promulgação da Constituição Federal atual discutia-se⁴ se a licitação integrava o ramo do Direito Administrativo ou do Direito Financeiro. Esta divergência na doutrina relacionava-se ao fato de que não havia nenhuma regra expressa de qual era o ente federativo competente para legislar sobre as regras gerais atinentes às licitações.

Em suma, a doutrina⁵ dividia-se entre aqueles que a classificavam a licitação como ramo do direito financeiro por estar engendrada na ideia de atividade financeira do Estado e aqueles que a classificavam como integrante do Direito Administrativo. Entre os que acreditavam ser ramo do direito administrativo, ainda havia uma divergência entre se tratava-se de ato-condição ou de procedimento administrativo⁶.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a discussão entre ser ramo do Direito Financeiro ou do Direito Administrativo perdeu força, pois o artigo 22 da Constituição Federal de 1988 determinou de forma expressa que as normas gerais sobre licitações seriam de competência privativa da União.

Contudo, a despeito da divergência entre ser ramo do Direito Administrativo ou do Direito Financeiro, parece que os doutrinadores mais se preocupam com a consumação da licitação do que com o instituto da licitação em si. A licitação é anterior a qualquer ordem cronológica de atos estabelecidos em lei, ela é a síntese de valores caros à sociedade que carece de especial guarida do ordenamento jurídico.

Assim, não é importante que se atente à natureza jurídica do processo de licitação, pois este inclusive pode nem se quer atender aos valores buscados pela constituição. É imprescindível que se foque na essência da licitação, pois os valores por ela acautelados são superiores à qualquer previsão normativa, e devem ser protegidos para além destas.

⁴ Neste sentido MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1999 e DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da licitação**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Neste sentido DELGADO, José Augusto. Do conceito de licitação ao seu objeto. **Revista Forense**. São Paulo: Malheiros, v.79, jul./set. 1983, p.15-35, MEIRELLES, Hely Lopes. *Op.cit.*, 1999 e DALLARI, Adilson Abreu. *Op.cit.*, 1992, *et seq.*

Nesta senda, a licitação é um princípio constitucional superior a qualquer ato ou procedimento, que merece proteção ante a qualquer norma infraconstitucional que possa de qualquer forma ameaçá-lo.

2.1.1 Licitação como matéria de Direito Financeiro

Na contemporaneidade, em razão de princípios específicos, autonomia didática e científica há uma clara separação entre Direito Administrativo e Direito Financeiro⁷.

Aqueles que acreditavam que a licitação seria parte do Direito Financeiro⁸ defendiam que as regras gerais de licitações teriam competência para todos os entes federativos. Eles advogavam que o Direito Financeiro tem por objeto a atividade financeira do Estado e suas normas buscam regular esta atividade financeira. Destarte, como a licitação é pressuposto para a aquisição ou alienação de bens pelo Poder Público, esta estaria inserida no ramo do Direito Financeiro.

A Constituição Federal de 1988 pôs por terra esta teoria. O seu artigo 24 determina que há competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito financeiro. Além disso, estabeleceu, em seu artigo 22 que cabia exclusivamente à União legislar sobre normas gerais de licitações. Desta forma, por uma questão de lógica, não pode a licitação ser classificada como ramo do Direito Financeiro.

Além disso, em razão do próprio objeto de estudo do Direito Financeiro, Adilson Abreu Dallari também percebe que a licitação não se compreende no Direito Financeiro, mas sim no Direito Administrativo. Isto porque, para o autor, a licitação em si não gera qualquer despesa ou comprometimento orçamentário. Segundo o Dallari, a licitação é um pressuposto preliminar a um contrato. E este sim irá acarretar em um impacto no orçamento. Ou seja, a licitação não poderia ser matéria de Direito Financeiro porque não traz nenhum comprometimento no orçamento, ela

⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**: 4.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁸ A exemplo de BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. *apud* DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da licitação**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

é um pressuposto para este comprometimento. Além disso, é ainda possível que haja a licitação, mas que, por alguma razão, não seja efetuado o contrato⁹.

Esta classificação da licitação como matéria de direito financeiro, apesar de não ter tido muitos adeptos na doutrina brasileira, já foi aceita pelo STF¹⁰.

2.1.2 Licitação como ato condição

Entender a licitação como ato condição é compreendê-la como matéria de direito administrativo, haja vista o ato condição ser uma classe de ato administrativo, instituto de direito administrativo.

Dirley da Cunha Júnior¹¹ diferencia atos da administração de atos administrativos, sendo os atos administrativos uma espécie de ato da administração. É bom que se diga que a Administração também edita outros atos jurídicos.

Segundo o autor¹², merecem destaque os atos administrativos (através do qual a Administração Pública manifesta sua vontade a fim de concretizar a lei objetivando o interesse da coletividade), os atos jurídicos regidos pelo direito privado (relacionados à gestão dos bens e interesses do Estado), os atos materiais (os fatos administrativos, execuções materiais da Administração Pública) e os atos políticos (relacionados a questões tipicamente políticas).

Ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico. Este corresponde a uma manifestação de vontade unilateral que tem por fim produzir efeitos no mundo jurídico. Com efeito, o ato administrativo é o ato jurídico em matéria administrativa

⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da licitação**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

¹⁰ O Min. Moreira Alves acreditava que a licitação era matéria de Direito Financeiro: “Com efeito, sou dos que entendem que as normas atinentes às licitações se situam no campo do direito financeiro e não do direito administrativo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1057. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Sr. Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, julgado em 25 nov. 1981. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rp+1057+%2ENUME%2E+OU+Rp+1057+%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 maio 2012).

¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Administrativo. 9.ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

¹² *Ibidem*.

em que há a manifestação da vontade do Estado, através de seus representantes, objetivando resguardar, modificar, extinguir, criar ou reconhecer direitos¹³.

Ato condição é, segundo a doutrina francesa de Gaston Jezé, responsável por conferir uma situação jurídica geral e impessoal a um indivíduo. Trata-se de exercício do poder jurídico¹⁴.

Alcides Greca também entende a licitação como ato-condição prévio que tem por finalidade o controle, garantindo a isonomia entre aqueles que desejam contratar com a Administração Pública e assegurando a eficácia na defesa dos interesses coletivos¹⁵.

No Brasil, Themistocles Cavalcanti defende ser a licitação um ato-condição, havendo a suspensão de todos os efeitos até a sua verificação. Assim, a licitação não tem o condão de criar nenhuma situação jurídica, sendo tão somente um ato jurídico que garante a legitimidade do exercício da competência da autoridade que solicita a contratação pelo Poder Público¹⁶.

Esta doutrina que defende a licitação como ato-condição tem como principal defensor Gaston Jezé¹⁷. O doutrinador, assim como Themistocles Cavalcanti¹⁸, também percebe que a licitação não produz nenhuma situação jurídica. Além disso, diz o autor tratar-se de uma operação complexa em que há uma série de atos que, na prática, são chamados de atos preparatórios para a adjudicação e um só ato final que é chamado de adjudicação. Todos estes atos, segundo ele, têm a mesma natureza; de ato-condição¹⁹.

¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**. 2.ed. rev., aum., atual. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

¹⁴De acordo com Jezé : “*El acto-condicion, el contenido jurídico no es la creación de una situación jurídica individual. La situación jurídica en la cual va a ser colocado un individuo, existeya: además, esta situación es una situación general e impersonal y no una situación individual*”. (JEZÉ, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1948. V. 1, p.50).

¹⁵GRECA, Alcides *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

¹⁶CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

¹⁷JEZÉ, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1948. V.1.

¹⁸CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Op.cit.*, 1964, *et seq.*

¹⁹Segundo Jezé: “*Es unacto-condición unilateral. E notros términos: la adjudicación es un acto jurídico que condiciona la regularidade del ejercicio de la competencia de la autoridad pública autorizada para concluir el contrato. La adjudicación no crea ninguna situación jurídica individual, ni general. Según las leyes e reglametos, la competencia de los agentes públicos encargados de celebrar un contrato, sólo debe ejercer se después de la operación de adjudicación, y ésta deber ealizar se en determinada forma. (...) Se trata de una acto-condición en el sentido técnico de la expresión. Este acto-condición*

Esta posição doutrinária é objeto de muitas críticas, pois, como bem percebe Adilson Abreu Dallari a licitação não proporciona ao indivíduo uma situação genérica, mas sim uma situação individualizada, por ter apresentado a proposta escolhida entre todas as fornecidas. Ou seja, segundo o autor, não há que se falar em ato-condição porque este é responsável por gerar uma situação genérica e impessoal ao indivíduo e a licitação, na verdade, destaca um dos licitantes de todos os licitantes genericamente ofertantes²⁰.

Destarte, seria a licitação responsável por produzir efeito inverso do efeito proporcionado pelos atos-condição.

A conceituação da licitação como ato-condição, apesar da aludida crítica, enaltece a ideia de que o proponente vitorioso não tem direito adquirido sobre o contrato administrativo objeto da licitação. Esta percepção é muito positiva, haja vista o licitante vitorioso ter tão somente um direito de preferência sobre aquela contratação. Assim, se a Administração Pública vier a concretizar o contrato objeto da licitação, obrigatoriamente terá que fazer com o proponente vencedor.

2.1.3 Licitação como procedimento administrativo

A doutrina é quase uníssona ao determinar que a natureza jurídica da licitação é de processo ou procedimento administrativo. Conceituados doutrinadores, entre clássicos e contemporâneos, percebem a licitação como um procedimento administrativo.

Sayagués Laso defende que a licitação é um procedimento administrativo com finalidade de determinar a pessoa que oferece a condição mais vantajosa para contratação junto à Administração²¹.

es, por lo demás, una operación compleja, que comprende varios actos jurídicos que tienen todos la misma naturaleza jurídica de actos-condiciones: es lo que, en la práctica, se llama los actos preparatorios de la adjudicación. Se reserva la palabra `adjudicación`, para el último acto de esta operación, para la proclamación del adjudicatario.” (JEZÉ, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1948. V. 4, p.116.)

²⁰DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da licitação**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

²¹ LASO, Henrique Sayagués *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v.1.

Também é a opinião de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ao ensinar que a licitação seria um ato jurídico administrativo, de cunho procedimental. Completa ainda o autor que este ato procedimental deve preceder a compra e venda de bens ou o acordo de vontades com terceiros para execução de obras ou prestação de serviços públicos²².

Coaduna com este entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello ao determinar a licitação como um procedimento administrativo, ou seja, como uma série de atos sucessivos, e encadeados que têm o mesmo objetivo²³.

Também para Hely Lopes a licitação é um procedimento administrativo. Para o referido autor, é a licitação um procedimento que busca garantir iguais oportunidades àqueles que desejam contratar com o poder público²⁴. É este ainda o entendimento de Adilson Abreu Dallari, haja vista ter exposto a sua opinião da licitação como um procedimento administrativo ao analisar o tema da natureza jurídica desta²⁵.

Por derradeiro, é prudente que se estabeleça a relação entre processo e procedimento para que não se quede em imprecisões conceituais. Acontece que muitos são os doutrinadores administrativistas que não atentam para o sentido técnico da palavra.

José Cretella Júnior, por exemplo, em uma mesma obra utiliza a expressão processo e a expressão procedimento. Primeiro ele doutrina que a licitação esta compreendida na categoria de procedimento prévio concorrencial que é realizado para escolha de um futuro contratante²⁶. Algumas páginas depois usa o termo processo para se referir ao instituo²⁷.

Pode-se dizer, de maneira bastante sintética, que a diferença entre ambos encontra-se na presença ou não do contraditório. Na verdade, seria o processo uma espécie

²² MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Da licitação**. São Paulo: Bushatsky, 1978.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Licitação**. 1.ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

²⁵ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da licitação**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

²⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**: comentários à Lei federal n. 8.666 de 21 de junho de 1993, republicada no Diário Oficial de 6 de julho de 1994, conforme determinação do art. 3º da Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994; redação posteriormente alterada pelas Leis nº 8.987, de 13.02.1995; 9.074, de 07.07.1995; 9.472, de 16.07.1997; e 9.648, de 27.05.1998. 18.ed. rev. e atual. inclusive de acordo com a. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

²⁷ *Ibidem*.

de procedimento onde há a observância do contraditório. Tarsis Cerqueira percebe que o contraditório não deve ser compreendido somente como a possibilidade de participação em paridade de condições, mas também como a influência a relevância destas manifestações para o provimento²⁸. Percebe o autor que no processo haverá uma inter-relação comunicativa entre os sujeitos processuais²⁹.

Elio Fazzalari doutrina que os termos processo e procedimento são nomes atuais empregados para realidades que sempre existiram. Fazzalari salienta que em contraditório, cada parte deve ter a possibilidade de fazer escolhas e ter reações, além da oportunidade de controlar as reações das outras partes³⁰.

Destarte, havendo um procedimento em que há o império do contraditório e a presença dos interessados com a possibilidade de manifestação tem-se um processo. Segundo advoga Cândido Rangel Dinamarco, é processo aquele procedimento que é realizado em contraditório e assim, nem todo procedimento é processo, mas todo processo seria um procedimento³¹.

Assim, mais técnico seria dizer que a licitação é um processo e não um procedimento, haja vista haver na Lei 8666/93, inclusive, a expressa possibilidade de manifestação e apresentação de recursos com objetivo de impugnar atos administrativos decorrentes da aplicação da referida Lei.

2.1.4 Licitação como um princípio constitucional

A Constituição Federal de 1988 impõe em seu artigo 37 que haja atenção aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. No inciso 21 do mesmo artigo estabelece ainda a Constituição Federal que haja um processo de licitação para contratações feitas pela Administração Pública, salvo nos casos previstos em lei.

²⁸ CERQUEIRA, Tarsis Silva de. **O julgamento dos recursos repetitivos nos tribunais superiores: uma nova leitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

²⁹ *Idem*. O que é o processo? Uma proposta de análise a partir de sua estrutura dialógica. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v.3. 2011, p.421-443.

³⁰ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

Ou seja, o que deseja a Lei Maior impondo este processo é a atenção à licitação, porque apenas esta será capaz de proteger caros princípios estabelecidos pela Magna Carta. Destarte, o importante é o que se quer alcançar, é isso que é protegido pela Constituição, o que será feito para que isso se efetive são preocupações acessórias, que não podem ser capazes de desviar a atenção do que realmente se quer preservar.

Edmir Netto de Araújo percebe que a licitação, além de um processo administrativo é um princípio constitucionalmente previsto. O autor argumenta que a licitação deve ser considerada como formalidade essencial e princípio constitucional, sendo, portanto a regra geral para a contratação pública³².

Com isso, percebe-se que haverá uma fraude à licitação, independentemente de haver ou não uma infração às normas que compõe o chamado processo de licitação, sempre que de alguma forma houver uma ameaça aos bens jurídico constitucionais que devem ser pela Administração Pública protegidos.

Ou seja, é inclusive possível que haja um processo onde há a observância, a priori, das normas atinentes à licitação, mas haverá sim uma infração se não estiver sendo protegidos os princípios da moralidade, impessoalidade, economicidade e eficiência.

Nesta senda, a licitação não deve ser entendida como um ato, processo ou procedimento, e sim como um princípio que busca a preservação de valores determinados pela Constituição. Assim, é a licitação um princípio constitucional, que se configura exatamente na guarida de princípios que são, segundo a nossa Carta Constitucional, indispensáveis à sociedade.

Em verdade, se existir forma mais hábil de proteger os valores jurídicos estabelecidos em nossa Constituição, não deve a licitação ser feita a partir de um processo. Isto porque, a licitação não existe para obstaculizar a contratação, mas sim para impor a observância da moralidade, da impessoalidade e da eficiência pelo agente público.

Com isso, percebe-se que as normas vigentes no ordenamento nem sempre são adequadas para a contratação. Na contemporaneidade, a norma infraconstitucional de maior importância no que tange à licitação é a Lei 8666/93. Esta norma, contudo,

³² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**: 4.ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

não corresponde a licitação em si, ela, na verdade, procedimentaliza a licitação. Themístocles Cavalcanti, desde 1964, percebe que o sistema de concorrência para a contratação de obras e fornecimento de materiais para o Estado decorre da observância dos princípios da efetividade, isonomia e impessoalidade. Ou seja, desde antes da referida Lei procedimental o ministro já percebia o verdadeiro cerne da licitação³³.

Sendo assim, se a Lei 8666/93 contiver algum dispositivo que, no caso concreto, constranja algum preceito constitucional deve ser este afastado através de um controle de constitucionalidade difuso sob pena de quedar-se em uma violação funesta ao ordenamento jurídico constitucional.

A ideia que se quer aqui alcançar apresenta certa ligação com o utilitarismo de Jeremy Bentham³⁴. Não é aqui intenção do presente trabalho arvorar-se a estudar a referida corrente filosófica, mas por razões óbvias é prudente que se faça uma sucinta análise dos pilares da referida teoria.

O utilitarismo de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, em breve síntese, se pauta na ideia de que existem dois “senhores” que são capazes de governar a ação de todos os indivíduos: a dor e o prazer. Isto porque os seres buscam o que lhes causam prazer e se afastam daquilo que de alguma forma lhes proporcionam dor³⁵.

O princípio da utilidade reconhece a sujeição dos seres a estes senhores e determina que as ações sejam boas ou ruins na medida em que proporcione felicidade, benefício, vantagem. Esta ideia diz respeito tanto ao indivíduo como aos

³³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

³⁴ Alcides Greca já demonstrou ter percebido um fim utilitário e moral na licitação ao explicar que “*La licitación es una medida de buen gobierno en toda obra pública que realice el Estado. Se fundamenta en fines utilitarios y en fines Morales. Los utilitarios consistiría en obtener el menor costo y la más acabada realización técnica. Los Morales son fáciles de advertir. Por la licitación se evitan favoritismos a determinadas empresas o personas, se impede el cohecho en los funcionarios públicos y se coloca a profesionales o empresarios en un mismo pie de igualdad ante la Administración Pública. Analizando el régimen de licitación la hemos definido como un acto-condición previo, siendo su finalidad establecer un riguroso contratador en la disposición de los bienes del Estado, un trato igual para los particulares que comercian con la Administración Pública y una eficaz defensa de los intereses colectivos*” (GRECA, Alcides *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitación e Contrato Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1999).

³⁵ BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

governos, que devem buscar a felicidade para o seu povo, sendo este o interesse público³⁶.

Assim, a tarefa dos governantes é alcançar a felicidade do seu povo. E, para que isto se concretize de acordo com o princípio da utilidade, uma ação do governo mais deve causar prazer do que dor para a coletividade³⁷.

Segundo Jeremy Bentham as ações pautadas no princípio da utilidade jamais serão ações ditas proibidas, pois sempre existirão e serão legitimadas pelo benefício que pretende causar³⁸. Luis Peluso acrescenta ainda que os indivíduos só poderão ter direitos se direcionar suas ações para o bem da sociedade porque agir em detrimento do interesse coletivo seria contrário à ideia do utilitarismo³⁹.

Michael Sandel⁴⁰ ensina que o utilitarismo reconhece o fato de que todos gostam do prazer e não gostam da dor e constrói a base da vida moral e política. O autor percebe ainda que a maximização da felicidade é um princípio aplicável tanto aos cidadãos comuns como aos legisladores.

Michael Sandel⁴¹ percebe ainda que Bentham defende todo argumento moral deve inspirar-se na maximização da felicidade.

Agir desta forma, buscando a maximização da felicidade da comunidade é agir pautado na ética. Segundo Luis Peluso, o utilitarismo é percebido como uma tentativa de se entender a Ética como uma ciência positiva da conduta humana⁴².

Conclui-se, portanto que, o meio adotado para a concretização da licitação, segundo uma ótica utilitarista, será válido, legítimo, na medida em que alcance a felicidade, o benefício da coletividade. Este benefício será obtido se for respeitado a efetividade, a impessoalidade e a moralidade, que é exatamente o que é requerido pela Constituição Federal de 1988 no *caput* de seu artigo 37.

Michael Sandel⁴³ explica que Jonh Staurt Mill tentou salvar o utilitarismo, tornando-o uma doutrina menos calculista e mais humana. Segundo Sandel, Jonh Stuart Mill

³⁶ BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

³⁷ *ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ PELUSO, Luis Alberto. **Ética & utilitarismo**. Campinas, SP: Alinea, 1998.

⁴⁰ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² PELUSO, Luis Alberto. *Op.cit.*, 1998, *et seq.*

acreditava que a maximização da utilidade será alcançada a longo prazo, e não caso a caso. Mill, segundo Sandel, acreditava que a liberdade humana, onde todos são livres para fazer o que quiserem desde que não façam mal aos outros, levará à máxima felicidade humana.

Por derradeiro, percebe-se a importância de se compreender a licitação como um princípio, na medida em que a sua insurgência é ainda mais grave do que a agressão a um procedimento legalmente previsto, haja vista representar uma transgressão a todo o sistema e valores fundamentais. Ou seja, havendo a subversão ao princípio da licitação haverá o comprometimento dos valores requeridos pela própria sociedade.

2.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA LICITAÇÃO

Princípio é um termo com múltiplos significados que é utilizado nas mais diversas áreas do conhecimento⁴⁴. Para nós, princípios são pilares do ordenamento jurídico, é o substrato primário das aspirações estabelecidas como relevantes pela coletividade. Entende-se princípio como axiomas admitidos como pressupostos, como condição de retidão de qualquer ato. Neste sentido, percebe-se que eles são responsáveis não apenas por estabelecer valores, mas também por determinar comportamentos. Os princípios são, portanto objetivos buscados.

Ricardo Maurício Freire Soares estabelece uma diferenciação entre princípios e regras. O autor ensina que as regras buscam exigir, proibir ou facultar uma conduta definitivamente, uma situação jurídica. Os princípios, no entanto, estabelecem diretrizes sem observar uma situação ou fato jurídico específico. Estes possuem um maior grau de abstração e induzem um agir humano, objetivando proporcionar unidade e harmonia ao sistema normativo⁴⁵.

⁴³ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

⁴⁴Sérgio Sérvulo da Cunha enumerou catorze sentidos para o signo “princípio”. DA CUNHA, Sérgio Sérvulo. O que é um princípio. In: DA CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de Direito Constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.261-276.

⁴⁵ SORAES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

Dworkin diferencia princípios de diretrizes. Os princípios é o conjunto de argumentos que não constituem objetivos concretos e devem observados para efetivar a justiça, honestidade e valores morais. As diretrizes, por sua vez, referem-se às finalidades almeçadas, geralmente no que tange aspectos econômicos, políticos ou sociais⁴⁶.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello doutrina que os princípios gerais do Direito se relacionam com o contexto cultural, as variações da civilização e do tempo em que estão inseridos. Percebe ainda o autor que são os princípios indispensáveis à vida social humana⁴⁷.

Segundo Ruy Samuel Espínola, os princípios desempenham três importantes finalidades no ordenamento jurídico: interpretativa, supletiva e fundamentadora⁴⁸.

Através da função interpretativa os princípios atuam como vetores que auxiliam o interprete na aplicação do direito ao caso concreto. A função supletiva preceitua que os princípios preenchem eventuais lacunas presentes no ordenamento jurídico, promovendo assim a integração do sistema. Por fim, a função fundamentadora: esta função tem grande relevância e prescreve que as normas presentes no ordenamento devem estar em consonância com os princípios sob pena de estarem vazias de validade⁴⁹.

Thiago Rodrigues de Pontes Bonfim percebe que as normas jurídicas não são feitas de forma eminentemente científicas, alheias ao mundo dos fatos. O autor percebe que elas existem para garantir uma proteção social, para assegurar a observância de valores. Assim, ainda segundo o doutrinador, estes valores são transmitidos ao mundo jurídico tão somente para lhes cobrir com uma proteção mais eficiente; o uso de uma força socialmente organizada⁵⁰.

Humberto Ávila entende que os princípios são essencialmente finalísticos e que a sua concretização carece de comportamentos indispensáveis. Desta forma, o autor

⁴⁶ DWORKIN, Ronald *apud* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: RT, 1990.

⁴⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo: Introdução**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1.

⁴⁸ ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2.ed.rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

percebe ainda que um meio poderá ser tido como adequado quando este é capaz de alcançar o fim desejado, qual seja, a efetivação do princípio⁵¹.

Destarte, não basta que um ato esteja pautado na lei para que ele seja honesto, dotado de higidez. Precisa-se, acima de tudo, que este ato esteja em consonância com os princípios, com valores basilares estabelecidos por nossa Carta Magna.

Todos os princípios do nosso ordenamento jurídico devem ser observados para a boa conduta da administração pública. Contudo, em razão do seu extenso número, não é pretensão do presente trabalho esgotá-los, mas tão somente apreciar aqueles que se interligam intimamente com o princípio maior da licitação. A observância destes princípios é capaz de garantir retidão à contratação feita pelo poder público.

Ou seja, são estes princípios máximas, requisitos para qualquer ato da administração pública e qualquer flexibilização, por menor que seja, representa funesta violação ao ordenamento jurídico constitucional. Assim, não pode haver nenhuma mitigação ou sopesamento através de ponderação de interesses diante dos demais princípios.

Nesta senda, é possível que se faça um recorte epistemológico e se analise apenas os princípios que são imprescindíveis à licitação; moralidade, impessoalidade e eficiência.

2.2.1 Princípio da moralidade

A moralidade compreende um conceito variável e dependente do contexto de realidade em que está inserido. Isto porque a moralidade corresponde ao senso moral dos cidadãos⁵² e estes se diferem de acordo com o tempo e cenário sociocultural em que convivem. Na verdade, em uma sociedade haverá um número de morais, mas de certo haverá uma moral dominante, que será a merecedora de atenção pela Administração Pública.

⁵¹ Humberto Ávila percebe que: “O importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais seguro de garantir a sua aplicação e a sua efetividade.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10.ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p.24).

⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da moralidade no Direito Público. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 22, jan./mar. 1998. p.45-54.

A finalidade buscada pelo princípio da moralidade é o alcance de condutas leais, sérias, dotadas de retidão e que manifestem o interesse público no sentido de garantir o que for melhor para a coletividade.

A moralidade contém um reflexo histórico, relacionando-se com o grau de evolução da coletividade. Por esta razão, a existência da moralidade administrativa deve, necessariamente, estar engendrada nos meios jurídicos presentes em uma sociedade, sob pena de inadequação total destes instrumentos para esta coletividade⁵³.

Destarte, a moralidade de uma sociedade não pode ser aplicada a outra e não devem sequer serem comparadas, haja vista serem individualizadas a partir da sociedade que são inseridas. É possível, entretanto, que estabeleça-se uma comparação no respeito ou não a esta moralidade o que evidenciará a retidão ou não dos administradores públicos.

É indispensável que se perceba que o respeito à moralidade vai além ao respeito das normas legalmente estabelecidas em uma dada sociedade. *A priori*, devem as leis manifestar os interesses do povo. Isto porque as leis, ao menos teoricamente, são produto do poder legislativo e este é eleito pelo povo e em nome dele deve atuar, produzindo tão somente aquilo que garanta os valores que deseja a população, que sejam relevantes o suficiente para merecer guarida através normas legislativas.

É notório, entretanto, que este sistema ideal não funciona em plenitude no caso concreto. Ou seja, fora do plano abstrato, não é incomum a elaboração e aprovação de leis pelo Congresso Nacional que não condizem com os desejos da sociedade.

Além disso, também é possível que uma mesma norma em determinada circunstância se mostre legítima a atuar em uma sociedade mas em outra situação ela revele-se inadequada. Nestas hipóteses deve-se usar a regra geral buscando compatibilizá-las, aplicando-a em contextos diversos a depender do caso concreto⁵⁴.

⁵³ BITENCOURT NETO, Eurico. Conteúdo da Moralidade Administrativa. **JAM Jurídica**. Salvador: JAM jurídica editoração e eventos LTDA., v. 9, mai. 2004, p.14-17.

⁵⁴ Habermas, percebendo a abstração de um sistema jurídico fechado, esclarece que as normas jurídicas necessitam de princípios, não necessariamente objetivados e afirma que “Os tribunais de justiça têm de ser capazes de lidar com cláusulas gerais e fazer justiça perante, tanto a um maior número de contextos diferentes, como uma maior interdependência de proposições jurídicas

O princípio da moralidade possui autonomia constitucional em relação ao princípio da legalidade, haja vista o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal prevê a observância, entre outros, aos princípios da legalidade e da moralidade. Esta independência é de indispensável percepção pois existe normas no ordenamento jurídico que apesar de estritamente pautadas no conteúdo de leis, são vazias de moralidade.

O princípio da moralidade representa valor tão caro à sociedade que a Constituição Federal, além do artigo 37 (tanto no *caput* como em diversos dos seus incisos), exige sua observância em diversas outras passagens. Exemplo disso é a exigência de inexistência de condenação penal para requerer a naturalização brasileira (art. 12 CF, inciso II, alínea b), os requisitos de elegibilidade buscando proteger a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato considerando a vida pregressa do candidato (art.14 CF, parágrafo 9), e a exigência de idoneidade moral e reputação ilibada para os cargos de Ministro do Tribunal de Contas da União (art. 73 parágrafo 1), de Ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 101 CF), de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (parágrafo único do art. 104 CF), de juiz do Tribunal Superior Eleitoral (art. 119 CF) e ainda de juiz do Tribunal Regional Eleitoral nomeado pelo Presidente da República (art.120 CF).

José Augusto Delgado percebe que os valores requeridos pela coletividade não se satisfaz com a simples observância da ordem legal. O alcance dos anseios do povo demanda da Administração Pública observância de certos princípios⁵⁵. É exatamente isso que é agir de acordo com a moralidade, observando-se os valores e não apenas as leis.

O princípio da moralidade diz respeito aos instrumentos utilizados pelo administrador público. As medidas adotadas pela Administração Pública estarão em consonância com a moralidade se o bônus alcançado com a conduta for superior ao prejuízo que ela causar. Assim, se ainda que pautado na lei, o agente público tomar atitudes que

desordenadas. Semelhante é válido para um <<agir administrativo situacionista>>. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**. Instituto Piaget: Lisboa, 1986).

⁵⁵ DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 680, jun. 1992, p.34-46.

não tenha um custo-benefício favorável estará violando o princípio da moralidade e por isso estará agindo de forma inconstitucional⁵⁶.

Destarte, verificada a imoralidade de um ato, este deverá ser considerado nulo e ineficaz, haja vista ser inconstitucional. Ou seja, é possível que um ato esteja pautado em lei, mas se estiver em dissonância com os anseios da nação esta verificação é prescindível, pois está o ato maculado com a inconstitucionalidade⁵⁷.

2.2.2 Princípio da eficiência

Os recursos gastos pelo Estado pertencem ao povo. Este delega aos Estados a decisão de como o seu dinheiro seja gerido, para que, em um panorama geral, efetive-se o melhor gasto.

No texto original do artigo 37 da Constituição Federal não havia previsão expressa de respeito por parte da Administração Pública, do princípio da eficiência. A emenda constitucional 19/98 preocupou-se em inscrever o referido princípio do *caput* do referido artigo. Contudo, a não previsão expressa não pode ser suficiente para justificar a inobservância deste princípio.

Paulo Modesto expõe que foi contra a alteração do referido artigo, por achar que representava uma redundância no texto constitucional porque nunca foi autorizado a nenhuma administração ser ineficiente. Além disso, revela o autor que a redação inicial do processo de alteração falava em “qualidade dos serviços prestados”, o que além de ser uma impropriedade incluir esta expressão nos princípios gerais da administração pública, por tratar de só um campo da administração pública, era ainda mais redundante, haja vista o artigo 175 da Constituição Federal já prevê a eficiência dos serviços públicos⁵⁸.

⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da moralidade no Direito Público. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 6, n. 22, jan./mar. 1998, p.45-54.

⁵⁷ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O princípio da moralidade administrativa. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 6, n. 22, jan./mar. 1998, p.129-132.

⁵⁸ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.1, 2001, p.51-61.

Além da Constituição Federal, outros dispositivos inseridos no ordenamento brasileiro também manifestavam a exigência da observância ao princípio da eficiência. Exemplo claro disso é o Decreto-Lei 200/67 que em diversas passagens determinava a avaliação dos resultados obtidos com a Administração Pública, prevendo inclusive medidas a serem tomadas para sancionar a má gestão do patrimônio do povo, como a dispensa do agente público que não demonstrasse eficiência em seu trabalho previsto no artigo 100 do referido decreto⁵⁹.

No contexto social atual, onde há uma evidente escarces de recursos, o gasto público deve ser feito da forma mais produtora possível. Primeiro porque, se há uma insuficiência no orçamento, deve-se procurar cumprir com o maior número possível de anseios da sociedade. Segundo porque, o dinheiro não pertence ao administrador público, este é apenas um agente que é pago pela Administração Pública para aplicar os recursos e se assim não fizer estará agindo em desacordo com o propósito da sua função pública pois a eficiência está engendrada na função administrativa.

Desta forma, só deve o agente público responsabilizar o orçamento do Estado com gastos que produzam resultados que sejam socialmente relevantes para a sociedade. Cada atitude do administrador deve sempre ser focada em buscar utilidades para os cidadãos.

O princípio da eficiência parece ser o mais importante princípio presente no ordenamento porque ele determina que os atos devem ser orientados de forma a produzir aquilo que se quer, e da melhor forma possível, através da melhor administração.

Vladimir da Rocha França explica que o princípio da eficiência mantém relação com outros princípios da Administração Pública. Exemplifica o autor a relação deste princípio com o princípio da moralidade, haja vista a eficiência da administração depender de atenção à moral administrativa⁶⁰.

⁵⁹ BRASIL. **Decreto-Lei 200**, 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF, 27 fev.1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 17 maio.2012.

⁶⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, abr./jun. 2001, p.182-194.

Não se pode pensar com isto que este princípio é ameaçador por possibilitar uma atuação finalística, funesta para o ordenamento. Aqui, além dos fins a serem alcançados, também a forma utilizada para a obtenção destes fins são relevantes, haja vista não ser desejo do povo uma atuação irresponsável e maquiavélica. Ou seja, a conduta que alcance um fim manifestado pela ambição social, mas que tenha sido obtido através de recursos que não são sadios para a coletividade não estará em consonância com o princípio da eficiência, pois em si já é contrário ao interesse do povo.

O princípio da eficiência não deve ser reduzido a ideia de menor custo à Administração Pública. A inteligência do princípio esta na vantajosidade alcançada com a manipulação da máquina estatal. Destarte, é pouco pensar que buscar o meio menos dispendioso garantirá a melhor atuação estatal, pois além do ônus é necessário que se considere diversos outros fatores relacionados ao fim que se deseja como a garantia, a durabilidade e a qualidade.

Não se pode deixar de apontar que na prática, a consolidação deste pensamento não é tão simples. Se pegarmos o exemplo da contratação através de processo concretizador de licitação, ao levar em consideração apenas os valores das propostas, certamente haveria a contratação do bem de pior qualidade. Nesta senda, pode-se dizer que certo seria estabelecer no edital convocatório as qualidades mínimas para o produto ofertado nas propostas. Contudo, a linha divisória entre estabelecer estes atributos mínimos do bem a ser contratado e a sua individualização demasiada causadora de restrição desarrazoada dos concorrentes é muito tênue e de imprescindível percepção pelo agente público, sobre pena de ineficiência.

Além disso, parece complexo no plano abstrato definir uma fórmula de alcançar o meio mais eficiente. Isto porque, são diversos os fatos que devem influenciar na escolha da conduta pelo Administrador. Sendo assim, deve este avaliar a qualidade, a quantidade e o gravame de um determinado ato para, através da ponderação no caso concreto decidir qual o meio mais eficiente para a obtenção do bem estar do povo.

Paulo Modesto percebe que o princípio da eficiência não se limita ao princípio da eficácia, que pode ser compreendidas como a capacidade do ato do agente público alcançar resultados por ele pretendidos. A eficiência, em termos jurídicos,

corresponde além da qualidade do resultado final alcançado com o ato do gestor público, a racionalidade e otimização dos meios, com a maximização dos recursos.⁶¹

A distinção entre eficiência e eficácia também é percebida por Ubirajara Costodio Filho que conceitua eficácia como real obtenção dos fins pretendidos e a eficiência como o ajustado emprego dos recursos disponíveis⁶².

A verdade é que é notório que a coisa pública não proporciona a mesma eficiência da coisa privada. As razões para isso podem estar localizadas na burocracia, mas certamente também estão marcadas pela ideia de que o que é particular precisa gerar lucro e o que é público, basta que se mantenha. Este pensamento, entretanto, é funesto porque os recursos são escassos, e por isso devem ser empregados no sentido de gerar ainda mais valores para serem reaplicados na sociedade.

Parece claro que, em condições herméticas, onde não haveria espaço para a corrupção, se a administração pública fosse como a administração privada, a máquina estatal, a “empresa” o estado seria muito mais potente e muito mais forte. Contudo, não se pode viver no mundo das abstrações, e por isso deve-se buscar maneiras própria ao contexto da Administração Pública de proporcionar ao Estado a mesma eficiência do setor privado.

Além disso, vale ponderar que a máquina pública não segue exatamente a mesma lógica da privada, pois a primeira deve fundamentalmente preocupar-se com o interesse da coletividade ⁶³. Assim, a análise da eficiência pública deve precipuamente levar em consideração o custo-benefício do ato da Administração Pública e não tão somente o proveito econômico ou rapidez da obtenção do fim desejado, sob pena de violação do próprio princípio da eficiência.

⁶¹ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.1, 2001, p.51-61.

⁶² COSTODIO FILHO, Ubirajara. A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. **Cadernos de direito constitucional e Ciência política**. Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 7, n. 27, Abr./Jun.1999, p.208-217.

⁶³ *Ibidem*.

2.2.3 Princípio da impessoalidade

A impessoalidade é princípio que merece especial atenção pois, apesar de ser fundamento para a retidão da administração pública, é fácil de ser lesionado. Na verdade, é muito possível que o agente público atue confiando em sua integridade, mas esteja em desacordo com a impessoalidade. A impessoalidade exige que o gestor atente às suas próprias condutas, limitando-se ao interesse da coletividade, sem ser entusiasmado por suas convicções pessoais.

Ana Paula de Oliveira Ávila, percebe que a doutrina ora conceitua a impessoalidade como a atribuição do ato à Administração Pública e não ao agente público e ora conceitua a pessoalidade com identidade ao princípio da igualdade. A autora, apesar de não negar os referidos posicionamentos doutrinários, explora o princípio da impessoalidade pelo viés da objetividade, da neutralidade e da imparcialidade⁶⁴.

A impessoalidade impõe a vedação ao tratamento discriminatório pela Administração, impõe que o administrador não deve utilizar-se do Poder Público para buscar vantagens pessoais. Este afastamento da pessoa do agente público para com o Estado deve estar presente tanto em atos administrativos como na edição de leis, que devem, por essência, ser pessoais e abstratas.

A máquina pública deve funcionar pautada tão somente no interesse do povo, buscando o bem comum da coletividade, não havendo espaço para a busca de vantagens pessoais. É de indubitável importância que o gestor público tenha consciência de que seus poderes são instrumentos do Estado que lhe são outorgados para o alcance de interesses públicos. Destarte, a capacidade de despir-se de interesses individuais deve ser encarada como condição para o exercício de um cargo público, sob pena de usurpar um instrumento que não lhe pertence.

Assim, deve o agente público atuar de forma neutra e, quando possível, movido pela objetividade, livre de convicções pessoais, seja religiosa, política ou ideológica.

⁶⁴ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O princípio da impessoalidade da administração pública**: para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

2.3 FINALIDADE DA LICITAÇÃO

Celso Antônio Bandeira de Melo pontua que a finalidade da licitação é a realização de um contrato. Para o doutrinador, o objetivo na licitação é identificar a proposta mais apropriada ou concluir que nenhuma proposta é adequada⁶⁵.

Percebe-se, contudo, que a finalidade da licitação não é a elaboração de um instrumento contratual, mas sim a observância do interesse público. Inclusive, é possível que ao final de uma licitação conclua-se que mais atende ao interesse da sociedade a não contratação, não necessariamente porque nenhuma proposta é adequada, mas porque o próprio objeto da contratação não condiz com as necessidades e interesses da coletividade.

O princípio constitucional da licitação tem por finalidade preservar valores caros à Constituição, através da melhor aquisição pública. A melhor contratação não é aquela mais barata ou a que melhor se adeque ao procedimento licitatório estabelecido, mas aquela que seja, da melhor forma, capaz de representar a eficiência e a probidade.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello nota que o objetivo da Administração Pública ao licitar é selecionar a melhor oferta nos termos do direito, haja vista a escolha não dever ser feita livremente⁶⁶. Também neste sentido é o entendimento de José Cretella Júnior ao perceber que a licitação objetiva escolher a proposta mais conveniente e oportuna para o Estado, selecionando entre as diversas propostas apresentadas aquela que melhor atenda ao interesse público⁶⁷.

Carlos Medeiros Silva coloca a finalidade da licitação como, através da adequada publicidade, a limitação do arbítrio, cerceando a livre escolha dos candidatos, tornando objetivo os requisitos das propostas, impedindo assim opções pessoais dos administradores que não sejam inspiradas no interesse público⁶⁸. A ideia do

⁶⁵ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Licitação**: 1.ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

⁶⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Da licitação**. São Paulo: Bushatsky, 1978.

⁶⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**: comentários à Lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, republicada no Diário Oficial de 6 de julho de 1994, conforme determinação do art. 3º da Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994; redação posteriormente alterada pelas Leis nº 8.987, de 13.02.1995; 9.074, de 07.07.1995; 9.472, de 16.07.1997; e 9.648, de 27.05.1998. 18.ed. rev. e atual. inclusive de acordo com a. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁶⁸ SILVA, Carlos Medeiros. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Livro S.A., V. 79, 1965, p.465-475.

doutrinador de proteger o interesse público é manifestadamente válida, contudo, essa proteção não deve se restringir a garantir a impessoalidade, mas também a igualdade entre os licitantes e a eficiência.

Assim, a licitação não existe para que haja a observância de regramentos ou procedimentos legalmente estabelecidos, mas sim para garantir que a aquisição feita pelo poder público esteja de acordo com o aqueles preceitos eleitos pela sociedade como imprescindíveis à Administração Pública.

O artigo 3 da Lei n. 8666/93, em seu primeiro período, traz de forma clara que a finalidade da licitação é garantir a isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e ainda promover o desenvolvimento nacional sustentável. Assim, ao tratar da licitação não se deve preocupar com formalismos desarrazoadamente impostos, mas sim se há de fato o cumprimento da real finalidade da licitação, qual seja a observância de valores caros à Constituição Federal.

É obrigação do administrador público, havendo espaço para a discricionariedade administrativa na aquisição de bens, a busca pela maior eficiência, moralidade e impessoalidade, além do incentivo de diversas outras políticas públicas reclamadas pela Constituição Federal.

Esta ideia torna-se ainda mais evidente pelo fato de que a contratação pública terá como efeito, a princípio, o gasto do dinheiro público. Ou seja, em razão do dinheiro a ser gasto não pertencer àquele que elaborou o edital e sim ao povo, deve-se utilizá-lo de acordo com o benefício da própria coletividade e não fundado em caprichos pessoais de gestores ímprobos.

Alcides Greca percebe que a licitação tem por finalidade exercer um controle da disposição dos bens do Estado, onde haverá a defesa dos interesses coletivos⁶⁹. Isto porque, o que está sendo disposto não pertence ao gestor e sim à sociedade. Como os recursos desta são restritos e limitados, é de total interesse da sociedade que seja feita a melhor compra possível, e apenas no que tange a anseios da própria sociedade.

⁶⁹ GRECA, Alcides *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Assim, a licitação não visa apenas a elaboração de um contrato de um particular com a administração pública, mas principalmente a garantia de uma contratação fundada em valores que são capitais para a sociedade. A ideia de interesse público à melhor contratação envolve mais do que a aquisição pelo menor preço, ou melhor, custo-benefício. Isto porque a licitação é sim uma forma de instrumentalizar as políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 3, inciso II, prevê que o desenvolvimento nacional é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, assim como determina em seu artigo 174 que o Estado será agente normativo regulador da atividade econômica, garantindo, através de leis, incentivos e diretrizes para o desenvolvimento.

Proporcionar efetividade a esta previsão constitucional é a aspiração da Lei n. 12.349 de 15 de dezembro de 2010 ao alterar a Lei n. 8.666/93, em especial os parágrafos do seu artigo 3 e os incisos do artigo 6. Esta alteração legislativa possibilitou expressamente a concessão de vantagens a certos proponentes, levando-se em consideração a geração de empregos e renda, a arrecadação de tributos e o desenvolvimento tecnológico no país causado com a contratação pública.

A mais manifesta política pública instrumentalizada pelas licitações é o desenvolvimento nacional, evidenciado na preferência de produtos nacionais em detrimento de bens estrangeiros. A Constituição Federal de 1988 prevê em diversos momentos⁷⁰ que haja a busca pelo desenvolvimento nacional. Não é diferente a inteligência trazida pela Lei 8.666/93 que, por exemplo, estabelece a produção nacional ou produção por empresa brasileira como critério de desempate em certames realizados pela Administração Pública.

É também evidente o incentivo dado pelo legislador às micro e pequenas empresas com o advento da Lei Complementar 123/2006, que reservou todo um capítulo para tratar da participação destas empresas nas aquisições públicas.

A Lei Complementar 123/06 trouxe privilégios às empresas que participarem de processos licitatórios, como a postergação do momento de comprovação de regularidade fiscal, a preferência destas em caso de empate com empresas não

⁷⁰ A exemplo dos artigos 3, 174 e 225 da Constituição Federal de 1988.

acobertadas pela lei complementar e ainda a exclusividade de participação destas empresas em determinados certames⁷¹.

A Constituição Federal de 1988 ainda prevê em seu capítulo IV que o Poder Público deve buscar a guarda do meio ambiente de forma integral, inclusive com a preservação deste para as gerações presentes e futuras. Em 2010, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, através da sua secretaria de logística e tecnologia da informação publicou a Instrução Normativa n. 1⁷², implementando critérios a serem analisados pela Administração Pública Federal para a realização de compras ambientalmente sustentáveis.

A licitação ambientalmente sustentável é, segundo a Cartilha da Agenda Ambiental na Administração Pública, aquelas licitações que ponderam a sustentabilidade econômica, social e ambiental dos produtos e técnicas de produção.⁷³

A restrição a aquisição pública apenas de bens sustentáveis é capaz ainda de, indiretamente, incentivar a produção e desenvolvimento destes produtos. Isto porque as grandes indústrias serão obrigadas a se adequar às exigências ambientais feitas pelo Poder Público e ainda a buscar novas formas de produção, cada vez menos danosa ao meio ambiente, se desejarem contratar com a Administração Pública.

Ou seja, a ideia de licitações sustentáveis como uma política pública não diz respeito apenas ao fato da Administração Pública em si gerar menos danos ao meio ambiente, mas também estimula que as empresas desenvolvam técnicas cada vez mais sustentáveis para produção de bens cada vez mais econômicos, que também poderão ser adquiridos por particulares.

Também é possível que se perceba uma política pública trabalhista engendrada na licitação. Isto porque a Lei N. 8.666/93 em seus artigos 27, inciso IV e o artigo 29,

⁷¹ Artigo 42 e seguintes da Lei Complementar 123/2006.

⁷² BRASIL. Ministério da Saúde. Instrução Normativa 01, de 19 de janeiro de 2010. Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/wp-content/uploads/2010/03/Instrução-Normativa-01-10.pdf>>. Acesso em: 02 ago.2012.

⁷³ As denominadas licitações sustentáveis são aquelas que levam em consideração a sustentabilidade ambiental, social e econômica dos produtos e processos a ela relativos. Licitações que levem à aquisição de produtos e serviços sustentáveis são importantes para a conservação do meio ambiente, abrangendo a própria sociedade nele inserida, como também apresentam no aspecto econômico uma melhor relação custo-benefício a médio ou longo prazo quando comparadas às que se valem do critério de menor preço. (BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Cartilha A3P**, 2009. 5.ed. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cartilha_a3p_36.pdf>. Acesso em: 02 ago.2012).

inciso V, exige que haja a comprovação de regularidade fiscal para a habilitação dos proponentes. Trata-se, na verdade, do próprio ordenamento buscando a concretização de direitos constitucionalmente protegidos através da licitação. Ou seja, a licitação existe para que valores caros à Constituição sejam observados, servindo como um instrumento para a efetivação destes valores.

Ou seja, a licitação é mais do que a busca pela contratação que proporcione o melhor custo-benefício, é sim a garantia de que a Administração Pública irá contratar da melhor forma possível. Esta melhor forma, abrange tanto a observância aos princípios basilares da Administração Pública como a instrumentalização de políticas públicas.

Por derradeiro, percebe-se que existe a necessidade de se estabelecer um equilíbrio. É sim imprescindível que haja incentivos a diversas ações públicas, mas a necessidade de racionamento dos recursos impede que este estímulo seja ilimitado. Ou seja, é certo que deve haver apoio governamental a certos setores sociais, mas ao conceder este incentivo é necessário que haja o sopesamento de valores sociais para verificar se comprometimento de outros valores, como a isonomia, é verdadeiramente justificável.

3 PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS COMO INSTRUMENTO DA REALIZAÇÃO DAS FINALIDADES E GARANTIDORES DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A despeito da licitação não ser um procedimento⁷⁴, a Constituição Federal de 1988 optou por instrumentalizá-la através de um processo, que é substancialmente previsto na Lei 8666/93 e suas posteriores alterações legislativas.

A atual Magna Carta estabeleceu que cabe à União, com exclusividade, editar normas gerais sobre licitações. Assim, percebe-se que há um limite imposto à competência da União, que somente poderá versar sobre normas gerais, deixando um hiato legislativo para que os outros entes possam legislar sobre questões não gerais. O Estado da Bahia, por exemplo, editou em 1 de março de 2005 a Lei 9433, com normas específicas sobre licitações para o Estado.

Percebe-se ainda que a Constituição Federal de 1988 ao tratar da legislatura dos direitos civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho não faz distinção se trata-se de normas gerais ou específicas. O mesmo não acontece com a competência para legislar sobre licitações, optando por dedicar outro inciso ao tratar do tema, deixando claro que a competência exclusiva ali diria respeito apenas às normas gerais⁷⁵.

O *caput* do artigo 1 da Lei n. 8.666/93, a princípio, faz parecer que a referida Lei respeitará a competência legislativa estabelecida pela Constituição Federal de 1988, dispondo que a Lei tratará sobre normas gerais referente às licitações e contratos administrativos⁷⁶. Contudo, percebe-se que a Lei n. 8.666/93 não trata apenas de normas gerais, mas também de normas específicas, de cunho procedimental.

Carlos Veloso em seu voto⁷⁷ proferido na ADI N. 927-3, da qual é relator, percebe que as leis, em sentido material, são normas gerais e por isso identificar o que a

⁷⁴ Em que pese a doutrina majoritária defender a licitação como um procedimento administrativo, este não é o entendimento defendido por este trabalho, como observado no estudo da natureza jurídica da licitação (item 2.1).

⁷⁵ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

⁷⁶ Art. 1^º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁷⁷ "Lei 8.666, de 21-6-1993. Interpretação conforme dada ao art. 17, I, *b* (doação de bem imóvel) e art. 17, II, *b* (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, *c*, e § 1^º do art. 17. Vencido o

Constituição Federal de 1988 quis dizer com a expressão “normas gerais” é uma tarefa complexa. Conclui o Ministro que as normas gerais requeridas pela Constituição são normas com um maior grau de abstração e generalidade, manifestando diretrizes e princípios gerais⁷⁸.

Assim, ainda que com dificuldade, é imprescindível que ao analisar a Lei n. 8.666/93, estabeleça-se uma divisão entre as normas gerais, as quais devem se submeter todos os entes federativos e as normas de cunho específicas, que obrigam apenas a União. Destarte, toda disposição da lei que se mostre indispensável para implementar os princípios constitucionais reitores da Administração Pública deverá ser considerada norma geral⁷⁹ e merece obediência da União, dos Estados e dos Municípios, e aquelas disposições que preveem um detalhamento do procedimento devem ser consideradas como normas específicas⁸⁰.

A Lei n. 8.666/93 disciplinou em seu artigo 22 a existência de cinco modalidades de procedimento licitatório: Concorrência, tomada de preço, convite, concurso e o leilão. O referido dispositivo – em seus parágrafos 1, 2, 3, 4 e 5 – preocupou-se ainda em especificar o cabimento de cada uma das modalidades. O parágrafo 8 deste artigo deixa clara a impossibilidade de criação de novas modalidades de procedimentos licitatórios ou a combinação deles. Apesar desta previsão legislativa, a Lei Federal 10 520/2002 criou a modalidade pregão e a Lei 12 452/2011 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas⁸¹.

Neste particular, é interessante que se analise se as modalidades de licitação são ou não normas gerais, para que se determine a vinculação ou não delas aos Estados. No caso do Estado da Bahia, pelo menos por hora, esta contenda não tem ampla

relator, nesta parte. Cautelar deferida, em parte." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 927. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DJ 11 nov. 1994. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev3/files/JUS2/STF/IT/ADI_927_RS_1278880413344.pdf>. Acesso em 02 de agosto de 2012.)

⁷⁸ Também neste sentido MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Licitações**: 1.ed, 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985 e BORGES, Alice Gonzales. Normas Gerais de Direito Público. **Revista de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.24, 1990, p.81-93.

⁷⁹ A exemplo do artigo 3 da Lei 8666/93

⁸⁰ A exemplo do artigo 43 da Lei 8666/93

⁸¹ ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o regime diferenciado de contratações públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**: Comentários à Lei n 12.462 e ao Decreto n 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.27-42.

relevância, haja vista a Lei n. 9.433/2005 ter estabelecido, em seu artigo 50, as mesmas modalidades de procedimentos licitatórios, incluindo o pregão.

Outros diplomas normativos também tratam sobre licitações a exemplo da Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006⁸²; Lei n. 11.488 de 15 de junho de 2007⁸³; Lei 8987 de 13 de fevereiro de 1995⁸⁴; Lei 11079 de 30 de dezembro de 2004⁸⁵.

3.1 O PROCESSO LICITATÓRIO

Independente da modalidade cabível a cada aquisição pública, esta se iniciará com a propositura de um processo administrativo, devidamente autuado, numerado e protocolado. Este processo necessariamente deverá conter duas fases: a fase interna e a fase externa.

A fase interna corresponde a um momento preparatório compreendido entre o instante do surgimento da necessidade do Poder Público de aquisição de algum bem até a publicação do edital ou chamamento do particular, a depender da modalidade de processo licitatório aplicável⁸⁶.

Para que haja a licitação é necessário que seja nomeada uma comissão, que poderá ser permanente ou específica. Sendo permanente, a comissão terá um mandato de um ano, com vedação da recondução da totalidade de seus membros para o período subsequente. Esta comissão será formada por três membros e, em regra, pelo menos dois deverão ser servidores que integrem aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação. Esta regra comporta algumas exceções, como é o caso do convite, em pequenas unidades federativas, onde é

⁸² Os artigos 42 e 43 tratam da licitação para micro e pequenas empresas.

⁸³ Em seu artigo 34 prevê que a Lei Complementar 123/06 também seja aplicada às sociedades corporativas, possibilitando que estas tenham os mesmos benefícios que as micro e pequenas empresas em licitações.

⁸⁴ Derrogou parcialmente a Lei 8666/93 no que tange a concessão e permissão de serviço público e de obra pública.

⁸⁵ Derrogou parcialmente a Lei 8666/93 e a Lei 8987/95 em relação às parcerias público – privadas.

⁸⁶ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias publico privadas**. 10.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

possível que a comissão seja formada por servidor designado pela autoridade competente.

A comissão especial é aquela formada para um procedimento licitatório específico. É o caso do concurso, por exemplo, onde a comissão será formada por pessoas com notório conhecimento na matéria examinada, independente de serem servidores Públicos ou não, conforme disposto pelo artigo 51 da Lei n. 8.666/93.

Segundo o *caput* do artigo 38 da Lei n. 8.666/93 o procedimento licitatório que como visto será iniciado com um processo administrativo, encadeado, protocolado, numerado e sequenciado, deverá conter a autorização da autoridade competente, a indicação do objeto a ser contratado, e ainda o recurso que será despendido com a contratação.

Insta notar ainda que a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), em seu artigo dezesseis determina que a despesa pública, o empenho e a licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras públicas deverá ser precedido de uma estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício que entrar em vigor e nos dois seguintes e ainda da declaração do ordenador da despesa de que a despesa está consonante com a Lei Orçamentária Anual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e com o Plano Plurianual.

A fim de garantir a higidez do procedimento licitatório, o legislador prescreveu também que deve ser juntado ao processo licitatório parecer técnico e jurídico acerca da licitação, ou sua eventual dispensa e inexigibilidade.

O parecer técnico, obrigatório sempre que o processo licitatório buscar a contratação de aprimoramento ou manutenção de setores fundamentalmente técnicos é o meio pelo qual os técnicos governamentais se manifestarão sobre a obediência a requisitos técnicos que são indispensáveis à obtenção dos resultados pleiteados pela Administração. O parecer jurídico, que é sempre obrigatório, é elaborado pelas procuradorias ou pela Advocacia Geral da União, a depender do ente federativo ordenador da aquisição pública. Este parecer jurídico versará sobre a legalidade e regularidade do processo licitatório⁸⁷.

⁸⁷ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **Manual de licitações públicas**: análise do procedimento licitatório, modelos de editais, recursos e impugnações, jurisprudências. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

A fase externa inicia-se com a publicação do instrumento convocatório, ou melhor, com o aviso de instrumento, que divulga para a coletividade a necessidade de aquisição de um bem pela Administração Pública. O instrumento convocatório⁸⁸ tem natureza divulgatória e normativista⁸⁹.

O artigo 38 da Lei n. 8.666/93 classifica o edital como documento que pode ser juntado oportunamente, ou seja, o edital poderá ser elaborado em momento posterior à autorização da abertura da licitação⁹⁰. Esta convocação é responsável por efetivar os princípios da publicidade, igualdade e impessoalidade, na medida em que torna pública a vontade da Administração em contratar, possibilitando que mais interessados tomem ciência do procedimento, aumentando assim a concorrência e a possibilidade do Poder Público obter a melhor contratação.

A Lei n. 8.666/93, em seu artigo 40, estabelece o conteúdo mínimo do edital, incluindo os seus anexos, que serão parte integrante deste. Hely Lopes Meirelles nota que o edital é a lei matriz do procedimento licitatório e do contrato administrativo e por isso todas as decisões devem estar adstritas ao edital⁹¹.

O artigo 41 da referida Lei prescreve ainda a força vinculante do edital, possibilitando que qualquer cidadão ou licitante possa impugná-lo. Os licitantes têm um prazo de três dias e os cidadãos têm prazo de cinco dias para efetuarem a impugnação, contados da publicação do instrumento de convocação.

A impugnação pode acarretar dois efeitos: a mudança substancial ou a correção de pequenos detalhes no edital por parte da comissão. No primeiro caso, será necessária a republicação do edital, para que outros possam reavaliar o interesse de participar ou não do certame. Sendo a mudança diminuta, que não altere a essência do edital e não cause necessidade de modificação de propostas, é possível que haja a alteração sem que haja a republicação do edital.

No que tange o edital, insta que se analise a questão das consultas, pedidos de esclarecimento feitos à comissão. Isto porque as respostas às consultas devem

⁸⁸ A exemplo do edital e da carta-convite.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**: 14.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

integrar ao edital e serem publicizadas. Com isto, as respostas aos pedidos de esclarecimento, assim como o edital possuem efeito vinculante.

É possível que a resposta a estes pedidos de esclarecimento acarretem a mudança efetiva do edital, e, neste caso, também se fará necessária a republicação do edital, com novos prazos para impugnação.

Marçal Justen Filho percebe que a errônea elaboração dos instrumentos convocatórios acarretam prejuízos desmedidos aos processos licitatórios podendo, inclusive, apresentar defeitos mais graves até do que as excessivas formalidades da Lei n. 8.666/93. O autor observa que os editais, que são eventualmente elaborados através de modelos de editais anteriores, tratam apenas de formalismos e rituais, chegando a retratar a vontade da Administração Pública de decidir arbitrariamente, eliminando licitantes idôneos, mas incômodos.⁹²

Assim, é necessário que os editais sejam individualizados para cada certame, prevendo apenas requisitos necessários e úteis, que não sejam capazes de direcionar o certame ou diminuir os proponentes de forma desarrazoada. O que se quer é que haja um equilíbrio entre a necessidade da Administração Pública e ampla participação dos interessados, possibilitando que o Poder Público possa, simultaneamente, comprar o bem com qualidade suficiente para suprir o seu anseio e permitir a ampla participação do particular, sem que haja um direcionamento do licitante vencedor através do edital.

De mais a mais, havendo o atendimento de todos os requisitos legais e a observância dos princípios estabelecidos pelo ordenamento jurídico, será possível que ocorrência do procedimento licitatório com lisura, franquiando ao Estado a possibilidade de contratar da melhor forma possível.

O legislador pressupôs que a integridade do processo licitatório permitirá que as finalidades da licitação, tanto no que se relaciona com a questão financeira quanto no que diz respeito às políticas públicas, sejam satisfeitas. Contudo, já se sabe que esta ideia está superada e, o procedimento licitatório que já foi exclusivamente pautado em formalismos, hoje tem em si engendrado uma ideia de instrumentalidade. Destarte, não é absurdo que hajam situações em que o

⁹²JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

procedimento seja flexibilizado para que as finalidades da licitação seja de melhor forma satisfeitas.

Esta tese, contudo, não pode tornar-se massificada. Parece perigoso entregar na mão do gestor público uma razão pré-fabricada para burlar o procedimento licitatório. Isto porque, é certo que as leis geralmente são exacerbadamente ritualistas, prescrevendo condições prescindíveis que chegam até a dificultar que as finalidades da licitação sejam cumpridas, mas não há dúvidas que os procedimentos facilitam a segurança jurídica, e permitem a fiscalização da regularidade dos atos do gestor público.

Todavia, há situações em que de forma contraproducente o procedimento inviabiliza o alcance às finalidades licitatórias, justificando a sua flexibilização. Estas hipóteses devem ser cogitadas de maneira excepcional e a sua ocorrência importa na necessidade da ampla fundamentação e publicidade, para que não seja confundida com ardis ou irregularidades.

A fraude no procedimento licitatório não é tão somente uma agressão a uma lei e sim um acinte à Constituição Federal, acarretando uma infração a toda a ideologia do ordenamento jurídico. Destarte, violar o procedimento, não para melhor atingir a finalidade licitatória, mas por razões impuras e ilícitas, é ferir um princípio constitucional, o que deve ser amplamente rechaçado.

3.2 FRAUDES AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

As irregularidades do processo licitatório em face a condutas tortuosas, tanto de gestores públicos como de particulares, podem ocorrer de diversas formas. Estes desvios ao procedimento caracterizam fraudes, que podem acontecer tanto na fase interna quanto na fase externa do procedimento licitatório. Para que o princípio da licitação seja devidamente respeitado é imprescindível que haja um combate exaustivo destas condutas desonrosas.

É bem possível que a conduta destes maus gestores e destes particulares desvirtuados sejam subsumidos aos crimes previstos no regime jurídico atinente à

licitação. Mas não é só, pode ainda quedar-se na prática de atos de improbidade administrativa, previstos na Lei 8429/92.

A despeito do ato de improbidade administrativa ser um ilícito tido como civil, não há dúvidas da sua intrínseca ligação e sinergia com o Direito administrativo. Assim, em razão de sua inseparável relação com as fraudes à procedimentos licitatórios, também merece considerável dedicação do presente trabalho.

É importante que se perceba que a improbidade administrativa é até mais abrangente do que a amoralidade⁹³. Isto porque a improbidade administrativa, segundo o artigo 10 da Lei 8429/92, pode ocorrer tanto na modalidade dolosa quanto na culposa, abrindo espaço para que uma ação essencialmente moral esteja em desacordo com a probidade administrativa. Assim, a imoralidade constitui apenas umas das hipóteses de improbidade administrativa, que também existirá no desrespeito a princípios administrativos previstos na lei.

3.2.1 Sujeitos da improbidade administrativa

A Lei 8429/92 previu que deve ser considerado agente público todo aquele que de alguma forma se relacione com a Administração Pública, ainda que transitoriamente ou sem remuneração. É também agente ativo da improbidade administrativa aquele que de alguma forma se beneficia com a conduta impropria, ainda que não seja um agente público.

Assim, além dos proponentes e outros particulares, também poderão ser responsabilizados por fraudes aos processos licitatórios a autoridade pública que elaborou o projeto básico executivo, o agente público responsável pela elaboração do edital, os responsáveis pela atribuição do custo estimado para o contrato, o agente público responsável pela homologação, o que será responsável de avaliar a legalidade e a conveniência do processo licitatório e a comissão de licitação⁹⁴.

⁹³ TOURINHO, Rita. Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da lei de improbidade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 16, out./nov./dez.2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 31 jul.2012.

⁹⁴ *Ibidem*.

Os terceiros, não agentes públicos, não praticam atos de improbidade isoladamente. Este terceiro, contudo, prescinde de um agente público para causar um dano à administração pública, diapasão em que responderá através de ação de ressarcimento⁹⁵.

No que tange a comissão de licitação, percebe-se que os seus membros têm responsabilidade solidária e por isso, se houver uma divergência entre estes membros, é importante que esta seja manifestada de forma expressa, a fim de afastar a sua responsabilização.

Ainda sobre o sujeito passivo, é relevante que se comente que na Reclamação 2.138/DF⁹⁶ o STF já decidiu que o Presidente e os Ministros de Estado não praticam ato de improbidade administrativa, por estarem submetidos a normas especiais de responsabilidade: a ação por crime de responsabilidade proposto perante o próprio STF. É prudente que se esclareça que o referido julgado foi decidido em maioria apertada.

O STJ, entretanto, na Reclamação 2.790/SC⁹⁷ decidiu em sentido oposto no que diz respeito aos governadores, prefeitos⁹⁸ e secretários, que praticam atos de improbidade administrativa e também de responsabilidade, sem que isto configure *bis in idem*.

⁹⁵ Neste sentido BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.155.992. Recorrente: União. Recorrido: MABM. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília, DJ 1 jul. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=8585012&num_registro=200901716656&data=20100701&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 31 out. 2012.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2.128/DF. Reclamante: União. Reclamados: Juiz Federal substituto da 14ª vara da seção judiciária do distrito federal e relator da ac nº 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª região. Relator: min. Nelson Jobim. Brasília **DJE 18 abr. 1998**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 29 out.2012.

⁹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n. 2.790/SC. Reclamante: Luiz Henrique da Silveira. Reclamado: Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública de Joinville. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DJ 04 mar. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=6984316&num_registro=200800768899&data=20100304&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 29 out.2012.

⁹⁸ Também neste sentido BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1034511/CE. Segunda Turma. Recorrente: Carlos Roberto Aguiar. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, DJ 22 set. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5448838&num_registro=200800402850&data=20090922&tipo=51&formato=HTML> Acesso em: 29 out.2012.

O Sujeito passivo da improbidade administrativa é, segundo Marino Pazzaglini⁹⁹, qualquer entidade particular ou pública que de alguma forma tenha participação de recursos públicos em sua receita anual ou em seu patrimônio. Sendo o ato praticado contra o patrimônio de entidade a qual o erário tenha participado com menos da metade do patrimônio, a sanção patrimonial aplicável incidirá apenas até o valor referente à contribuição da verba pública, conforme parágrafo único do artigo 1 da Lei 8429/92.

Percebe-se, contudo, que o autor preocupou-se apenas com o sujeito passivo direto da improbidade administrativa. Isto porque, a coletividade, a verdadeira detentora dos recursos públicos, pode sim ser considerada sujeito passivo dos atos de improbidade administrativa. Acontece que, na medida em que há má gestão dos seus recursos, que já são escassos, certamente em alguma esfera administrativa haverá a insuficiência de recursos para atender os anseios da população.

Mario Pazzaglini¹⁰⁰ esclarece ainda que, apesar do artigo 1 da Lei 8429/92, assim como o artigo 37 da Constituição Federal, trazer como sujeito passivo a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário), apenas um destes poderes é dotado de administração direta, indireta ou fundacional: o poder Executivo. Acontece que o Judiciário e o Legislativo apenas exercem a administração de forma excepcional, pois suas verdadeiras funções são por excelência exercer a jurisdição e legislar, respectivamente.

3.2.2 Atos de Improbidade Administrativa

A Lei n. 8.429/92 em seu capítulo II dispõe sobre as condutas que revelam a improbidade administrativa. A própria Lei preocupa-se em classificar neste capítulo os atos de improbidade administrativa entre aqueles que importam o enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e ainda àqueles atos que violam os princípios da Administração Pública.

⁹⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino, Rosa, Márcio Fernando Elias, Fazzio Júnior, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1998.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

3.2.2.1 Atos de Improbidade Administrativa que importam enriquecimento ilícito

Os agentes públicos, assim como aquele que contrata com a Administração Pública, somente podem prover frutos que estiverem previstos em lei, compatíveis com os seus contratos e as suas funções. Destarte, serão indevidas as vantagens que sejam auferidas através da utilização imprópria da função pública, seja os valores recebidos ilicitamente decorrentes dos cofres públicos ou não.

Rita Tourinho percebe que é possível que a ilegalidade não esteja engendrada no enriquecimento ilícito, como é o caso de um agente público que recebe quantia de um particular para que o pagamento que lhe é devido pela Administração Pública seja mais rapidamente liberado. A promotora de justiça percebe ainda que também é possível que a improbidade administrativa se configure sem que haja qualquer ato irregular no processo licitatório, como na hipótese do gestor público responsável pela elaboração do edital receber valor do particular para incluir uma cláusula que limitaria a concorrência no edital e assim não o faça. Ou seja, independe se houve ou não dano ao erário, basta que tenha havido a irregularidade¹⁰¹.

O artigo 9 da Lei 8429/92 traz, em seus incisos, doze hipóteses de improbidade administrativa. Estas hipóteses, segundo Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, são meramente exemplificativas, haja vista o artigo valer-se do advérbio “notadamente”¹⁰².

O primeiro inciso do artigo 9 trata da situação em que um agente público recebe, para si ou para outrem, qualquer espécie de vantagem econômica de alguém que tenha interesse direto ou indireto de ato deste agente público. Percebe-se que, para a configuração do dispositivo não se exige que haja uma ação do agente que de fato beneficie aquele que proporcionou a vantagem econômica, bastando para tal que haja o aceite da vantagem econômica indevida. Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior alertam ainda para o fato de que não é qualquer vantagem econômica que será abrangida pelo dispositivo. Isto porque, em

¹⁰¹ TOURINHO, Rita. Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da lei de improbidade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 16, out./nov./dez., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 31 jul.2012.

¹⁰² PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO Júnior, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1998.

determinadas situações, como natal, páscoa e aniversário, os agentes públicos são presenteados com bens de pouco valor, não devendo por isto serem considerados ímprobos¹⁰³.

O inciso II prevê hipótese em que o gestor público recebe vantagem indevida para a facilitação de aquisição, locação ou permuta pelo Poder Público com contrato com preço superior ao encontrado no mercado. O inciso III apresenta ideia semelhante, prevendo a conduta daquele que percebe vantagem econômica para facilitar a venda de bens públicos pela Administração sob preços abaixo aos encontrados em mercado. Percebe-se que, em ambas as situações o gestor público opta por beneficiar terceiros em detrimento do interesse público.

O inciso IV do artigo 9 da Lei de Improbidade Administrativa prevê a hipótese em que o gestor público faz utilização particular de mão-de-obra ou de bens do Poder Público, ou ainda de bens à disposição de poder público. Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior¹⁰⁴ percebe que trata-se de conduta muito comum entre os agentes públicos, exemplificando a situação em que um gestor público utiliza-se de veículo oficial, com motorista contratado pelo Poder Público, para fins particulares, alheios ao interesse público.

O inciso V apresenta conduta duplamente reprovável. O dispositivo trata da situação em que o agente público recebe vantagem econômica, ou aceita promessa da referida vantagem, para tolerar o exercício de atividade ilícita. A reprovabilidade aqui não aparece apenas no recebimento da vantagem indevida, mas também no motivo que o fez receber tal vantagem, qual seja, tolerar a prática de um tipo penal.

Ao contratar com a Administração Pública há a necessidade de uma avaliação por parte desta sobre a compatibilidade entre a qualidade, a quantidade e as especificações do objeto contratado com o objeto de fato fornecido. É exatamente sobre esta fiscalização que se refere o inciso VI do artigo, prevendo a improbidade daquele que recebe vantagem econômica para não apontar alguma incompatibilidade entre o objeto pactuado e o objeto fornecido.

O inciso VII trata da hipótese em que fica-se demonstrado que o agente público adquiriu, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens que não

¹⁰³ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO Júnior, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1998.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

são proporcionais ao seu patrimônio ou à sua renda. Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior percebem que para configuração deste dispositivo, é imprescindível que haja uma investigação da origem do dinheiro utilizado para a aquisição do bem, sendo dever do Ministério Público, ou da pessoa jurídica autora, demonstrar que a aquisição do réu não é compatível com o seu salário ou a sua renda, que o réu foi ou é agente público e ainda que há uma vinculação entre a conduta ilícita praticada por ele enquanto gestor público e o acréscimo patrimonial¹⁰⁵.

O inciso VIII trata da circunstância em que um agente público aceita emprego, comissão ou exerce consultoria para alguém que tem interesse a ser atingido perante o gestor público no exercício de sua função.

O inciso seguinte trata da situação em que o agente público recebe vantagem econômica indevida para que atue como intermediador, facilitando a liberação ou aplicação de verba pública em determinado setor.

O inciso X dispõe sobre o recebimento de vantagem econômica para o não exercício de um dever funcional. Ou seja, é a situação em que o gestor público deve agir, tomar certa providência ou fazer determinada declaração e, não o faz para que lhe seja dada alguma vantagem indevida.

O inciso XI prevê situação em que o Administrador Público incorpora ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores públicos. O último inciso tem previsão parecida, neste, contudo, o gestor público não incorpora o bem ao seu patrimônio, contentando-se com o uso do bem público¹⁰⁶.

Emerson Garcia percebe que os núcleos das condutas ilícitas previstas no artigo 9 da Lei de Improbidade Administrativa são: auferir, receber, perceber, aceitar, utilizar, usar, adquirir e incorporar. Ou seja, solicitar a alguém que lhe dê vantagem patrimonial não autorizada por lei não corresponderá a um ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, devendo ser enquadrado no artigo 11 da

¹⁰⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO Júnior, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1998.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

mesma lei, que prevê hipóteses de improbidade administrativa por violação a princípios administrativos¹⁰⁷.

Rita Tourinho percebe que o maior dos problemas nas hipóteses de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito diz respeito às provas. Isto porque os administradores públicos e os particulares ímprobos costumam se utilizar de terceiros em suas falcatruas e dificilmente deixam registros de recebimento de valores ilegais¹⁰⁸.

3.2.2.2 Atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao patrimônio público

O artigo 10 da Lei 8429/92, diferentemente do que ocorre no artigo 9 e no artigo 11 da mesma lei, expressamente prevê que os atos de improbidade administrativa poderão ocorrer na forma de ação ou omissão, dolosa ou culposamente. Percebe-se que previsão está em total consonância com a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 37, parágrafo 6, determina que haverá sim a responsabilização daquele que atue com dolo ou culpa e cause dano a terceiro (neste caso ao erário).

Pontes de Miranda explica que haverá dolo na conduta daquele que tem consciência de que a sua ação está contrária ao direito. Para ele, o dolo é o direcionamento da vontade em agir de forma a violar o Direito. O doutrinador trata ainda do dolo eventual, explicando que este existirá quando alguém, ainda que saiba que a sua conduta pode produzir efeitos contrários ao direito, e assim não o deseje, opta por praticar o ato, assumindo os riscos dos resultados a serem produzidos¹⁰⁹.

Pontes de Miranda ensina também que tem culpa aquele que atua, omissa ou comissivamente, como causa evitável de algum dano ou infração¹¹⁰.

¹⁰⁷ GARCIA, Emerson; ALVES; Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6.ed. rev. e ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

¹⁰⁸ TOURINHO, Rita. Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da lei de improbidade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, out./nov./dez., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 31 jul.2012.

¹⁰⁹ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Boso, 1954.

¹¹⁰ *Ibidem*.

Destarte, o fato da conduta ser culposa não elidirá o seu sujeito ativo de responsabilização, podendo apenas haver uma diminuição em sua dosagem da pena a ele aplicada.

Insta lembrar que o artigo, assim como os outros do mesmo capítulo, traz um rol exemplificativo, o que se infere do próprio texto legal. Isto porque o seu caput apresenta uma conduta genérica e, através do termo “e notadamente”, expõe comportamentos específicos, indicando tratar-se, portanto apenas de exemplos.

Contudo, é necessário que se perceba que o artigo busca tipificar condutas ilegais e, desta forma, aquela conduta legal, mas que causa algum prejuízo ao erário não deverá ser enquadrado como ato de improbidade administrativa. Exemplo clarificante disto é o motorista de uma ambulância oficial que bate em um outro veículo enquanto socorria alguém. Ele causará prejuízo ao erário, mas não terá praticado um ato de improbidade administrativa, haja vista está agindo lícitamente¹¹¹.

Existe em doutrina divergência sobre a necessidade ou não de efetivo prejuízo ao erário para que haja a incidência deste artigo na Lei de Improbidade Administrativa. Há autores, como Wallace Paiva Martins¹¹², que defendem que a responsabilização por ato de improbidade administrativa que cause prejuízo ao erário prescinde do efetivo prejuízo. Por outro lado, Rita Tourinho¹¹³, por exemplo, percebe que apesar das hipóteses descritas no artigo 10 da Lei 8429/92 dificilmente não causarem prejuízo ao erário, aquele ato que não causar o prejuízo não será tocado pelo artigo 10, podendo até ser abarcado pelo artigo 11, que trata de atos de improbidade por violação a princípios administrativos. Além disso, o artigo 21 da Lei de Improbidade Administrativa prevê, de forma expressa, que a aplicação das sanções às condutas independem de efetiva ocorrência de dano.

De mais a mais, é interessante que se observe que a expressão erário, utilizada pela Lei no *caput* do artigo 10, é, segundo Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior¹¹⁴, menos abrangente do que patrimônio público. Os

¹¹¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO Júnior, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1998.

¹¹² MARTINS JÚNIOR, Wallace. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹¹³ TOURINHO, Rita. Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da lei de improbidade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 16, out./nov./dez., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 31 jul.2012.

¹¹⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO Júnior, Waldo. *Op.cit.*, 1998, *et seq.*

citados autores explicam que a expressão erário está ligada tão somente a um viés econômico, enquanto patrimônio público também se relacionam com aspectos estéticos, artísticos e históricos. Wallace Paiva Martins Júnior leciona que a diferenciação não deve acontecer, e deve-se entender o título da seção II do Capítulo II da Lei de Improbidade Administrativa, assim como o *caput* do seu artigo 10, de forma mais ampla¹¹⁵.

3.2.2.3 Atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública

Muito acertadamente a Lei 8429/92 previu também como ato de improbidade administrativa aquelas ações em que apesar de não haver o enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário não coadunam com os princípios previstos no ordenamento jurídico. Esta posição da lei é uma forma efetiva de proporcionar concretização aos princípios jurídicos, que não podem permanecer no plano dos valores ou aspirações.

O *caput* do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa relaciona princípios da Administração Pública que, se violados, ensejarão a responsabilização do agente. É importante perceber que, o rol apresentado pelo artigo também é meramente exemplificativo e, por isso, se a conduta do agente infringir princípios como a boa-fé, a igualdade, a proporcionalidade e a impessoalidade, haverá também a incidência do referido artigo¹¹⁶.

Rita Tourinho nota que a aplicação deste artigo independe da existência de dolo na conduta do agente. Para a autora, é necessário que se estabeleça uma diferença entre o dolo e a culpa do cidadão comum e do gestor público. Isto porque o agente público deve ter sempre a sua atuação voltada para o interesse público e pressupõe-se que ele tenha uma especialização naquela atuação. Desta forma, o dolo eventual

¹¹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito**. São Paulo: Atlas, 2000.

¹¹⁶ TOURINHO, Rita. Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da lei de improbidade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, out./nov./dez., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 31 jul.2012 e PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO Júnior, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1998.

da conduta do agente público já demonstra-se suficiente para a sua responsabilização. A autora percebe ainda que, sendo de outra forma, seria bastante difícil a aplicação deste artigo 11, haja vista beirar a impossibilidade a comprovação da vontade do gestor de violar os princípios¹¹⁷.

Este, contudo, não é o posicionamento jurisprudencial¹¹⁸, como percebe Salvador José Barbosa Júnior e Tatiana Capochin Paes Leme¹¹⁹. Estes autores, assim como Rita Tourinho, ensinam que a desenfreada aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativas quando da sua publicação, não deve ser utilizado como escusa para impor a necessidade de comprovação da má fé e do dolo na conduta do agente. Isto porque, além de esvaziar a aplicação do artigo, seria um acinte à Constituição Federal de 1988, que prevê a máxima proteção dos bens públicos, com a conseqüente punição de responsáveis pela sua má utilização.

No que tange aos princípios, é necessário que se perceba que para a incidência deste artigo, a violação de um princípio deve ser pautada na irrazoabilidade. Isto porque, os princípios em si podem apresentar um aparente conflito, que deve ser solucionado através da ponderação. Ou seja, em um conflito entre os princípios da legalidade e da moralidade, por exemplo, por óbvio o gestor público não conseguirá garantir a máxima efetividade de um deles sem o detrimento do outro. Nestas situações, estará praticando a conduta improba prevista no artigo 11 o gestor público que não atuar com razoabilidade, não fazendo corretamente o sopesamento de interesses.

¹¹⁷ TOURINHO, Rita. Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da lei de improbidade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 16, out./nov./dez., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 31 jul.2012.

¹¹⁸ É o que defende, por exemplo, o ministro Luiz Fux: "O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1149427/SC. Recorrente: Paulo Afonso Evangelista Vieira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, DJ 09 set. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=11428780&num_registro=200901360582&data=20100909&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 29 out. 2012. e "A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (artigo 10, da Lei 8.429/92). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1038777/SP. Recorrente: João Paulo Ismael. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DJ 16 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800522963>>. Acesso em: 29 out.2012.

¹¹⁹ BARBOSA JÚNIOR, Salvador José; LEME, Tatiana Capachin Paes. **Fraude em licitação sempre causa dano, mesmo moral**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-fev-12/fraude-licitacao-sempre-causa-dano-administracao-ainda-moral>. Acesso em: 30 ago.2012.

Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior percebem que este artigo da Lei de Improbidade Administrativa é utilizado apenas de forma subsidiária. Isto porque se a conduta de um agente além de violar princípios da Administração Pública também causar prejuízo ao Erário ou enriquecimento ilícito do agente, haverá a incidência dos artigos 10 e 9 da mesma lei, respectivamente, e o artigo 11 será subsumido¹²⁰. Ou melhor, haverá sim a ocorrência de ato de improbidade administrativa decorrente de violação a princípios da administração pública, mas a sanção para a conduta prevista não será aplicada pois lhe será imputada penalidade mais severa – referente ao artigo 9 ou 10.

O artigo 11, através de seus incisos, também dispõe de condutas que ensejarão a violação de princípios da administração. A primeira destas condutas é a prática de ato com objetivo de se alcançar fim proibido em lei ou em regulamento, ou ainda que não proibido que busque esquivar-se das regras de competência previstas no ordenamento. Trata-se de nulidade por ilicitude do objeto (que não coaduna com a lei) ou por incompetência.

O segundo inciso do dispositivo trata da prevaricação. Este inciso, na verdade, em muito se assemelha à primeira parte do artigo 319 do Código Penal. Contudo, o inciso II da Lei 8429/92, não exige que haja o objetivo na conduta de satisfazer objetivo ou interesse pessoal, diferentemente do código penal, que exige um *animus* do agente.

Guilherme de Souza Nucci defende que no caso do artigo 319 do Código Penal, o elemento subjetivo do tipo é o dolo porque é necessária a vontade consciente de satisfazer interesse ou sentimento pessoal¹²¹. O dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa não faz esta exigência e, por isso, o dolo seria prescindível para a configuração da conduta descrita pelo artigo 11 da Lei 8429/92.

O autor¹²² explica que a expressão “indevidamente” revela a violação de um dever funcional, de um agir não permitido por lei ou regulamento. E assim, para a configuração da conduta descrita no inciso não seria necessário que houvesse o dolo.

¹²⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO Júnior, Waldo. **Improbidade Administrativa**: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1998.

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 9.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹²² *Ibidem*.

Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior¹²³ têm entendimento diverso ¹²⁴. Estes entendem que a expressão “indevidamente” evidencia a necessidade do agente público ter a consciência de estar agindo indevidamente.

Também de uma análise do texto legal é possível que se conclua pela necessidade de existência do dolo. Isto porque, a Lei de Improbidade Administrativa previu no artigo referente ao ato de improbidade administrativa que causam prejuízo ao patrimônio público a possibilidade de punição pelo ato na modalidade culposa, mas não o fez nos artigos referentes aos atos que importam enriquecimento ilícito ou que causam violação ao patrimônio público.

O inciso III do artigo 11 da Lei 8429/92 refere-se ao agente que tem ciência de informações em razão da função por ele exercida e, não cumpre com o dever de sigilo a ele imposto.

O quarto inciso da referida Lei trata da conduta do agente que se nega a dar a devida publicidade a ato oficial. Percebe-se que o inciso revela, na verdade, o princípio constitucional da publicidade¹²⁵. Este é princípio expresso na Constituição e, pelo fato do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa ter estabelecido um rol de princípios meramente exemplificativo, como já defendido, percebe-se que o inciso trata-se de repetição legal.

A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso II, faz previsão da necessidade de concurso público para investidura de cargo ou função Pública. Assim, a configuração deste ato descrito pelo inciso V também representa violação a dispositivo da Constituição.

O último inciso do artigo 11 trata do dever de sigilo em âmbito econômico e está direcionado a agente público envolvido na elaboração de ato de natureza econômica.

¹²³ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO Júnior, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1998.

¹²⁴ Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves também defendem a necessidade de dolo na conduta, primeiro porque diferentemente do artigo 10 da mesma Lei não houve a previsão expressa de responsabilização por culpa e segundo porque a reprovabilidade da conduta só seria possível de ser imputada a quem teria a vontade de praticar ato lesivo. (GARCIA, Emerson; ALVES Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6.ed. rev. e ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011).

¹²⁵ GARCIA, Emerson; ALVES Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6.ed. rev. e ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

Assim, em uma circunstância de fato não é suficiente que se analise se um ato está ou não de acordo com as regras estabelecidas pelo procedimento, mas também é imprescindível que haja uma análise da concordância destes atos com os princípios jurídico administrativos. Exemplo disto é a participação de uma sociedade em conta de participação¹²⁶, em certames licitatórios onde o sócio oculto participou da elaboração do projeto executivo e o sócio ostensivo desejar participar do certame.

Isto porque o artigo 9 da Lei 8666/93 estabelece sujeitos que não podem participar de certames licitatórios. A hipótese do sócio ostensivo não foi apresentada pelo artigo, mas a necessidade de atenção à princípios como a moralidade e a impessoalidade implicam na impossibilidade destes de participarem dos certames licitatórios.

3.2.3 Fraude à procedimentos licitatórios

A utilização de processo para efetivar o princípio constitucional da Licitação tem finalidade precípua de afastar o máximo possível à fraude das licitações. Acontece que, este processo não é capaz por si só de afastar a improbidade dos certames licitatórios, dependendo de outras medidas para permitir que o alcance as finalidades da licitação sejam alcançadas.

A carência deste processo se revela tanto na sua aplicação quanto na sua insuficiência. Ou seja, o processo, que já tem previsões normativas insuficientes, não é amplamente aplicado.

¹²⁶ A sociedade em conta de participação não tem personalidade jurídica, e é composta por duas categorias de sócios: o ostensivo e o oculto. O sócio oculto, também chamado de sócio participante, apenas investe na atuação do sócio participante, não exerce qualquer função em nome da sociedade. O sócio ostensivo, entretanto, agirá pela sociedade em nome próprio, garantindo o sigilo do sócio participante. Assim, se a administração contratar com a sociedade estará contratando com apenas um dos sócios. Este fato pode significar uma infração à princípios administrativos, pois a Administração Pública poderá estar contratando com aquele que elaborou o projeto básico ou executivo. (BOZZA, Fábio Piovesan. Sociedade em conta de participação: natureza, regime jurídico e tributação pelo imposto de renda. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.45, out.2001, p.36-46).

3.2.3.1 Fraudes mais comuns aos processos licitatórios

Ciente da insuficiência dos dispositivos legais, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹²⁷, estabeleceu diretrizes para combater o conluio em contratações públicas. Segundo a organização, a fraude em procedimentos licitatórios costuma ocorrer de formas já conhecidas, mas podem variar de acordo com a criatividade daqueles que pretendem buscar a quebra da higidez do certame. Este conluio será instaurado como fruto de um esquema, que pré-estabelece o ganhador de um certame. Este pacto pode, inclusive, prevê um sistema de rodízio, onde todos os licitantes estão corrompidos e, concorrem para a vitória de apenas um deles, o escolhido.

Segundo a OCDE¹²⁸, a apresentação de propostas fictícias, ou de cobertura, é o tipo de fraude mais comum à contratação pública. Esta situação é caracterizada pela tentativa de maquiar o certame com uma concorrência perfeita fantasiosa. Na apresentação de propostas fictícias um concorrente é escolhido para vencer o certame e os outros apresentaram propostas que já sabem que serão vencidas, ou por ter condições inaceitáveis à contratação ou por proporem preço superior ao preço do licitante escolhido, apenas para que não fique evidente a existência de uma eleição. É também possível que haja a supressão de propostas onde, os ímprobos nem se preocupam em camuflar o conluio, havendo apenas a abstenção de algumas empresas do certame licitatório, que simplesmente não apresentam propostas para que aquele licitante eleito possa ganhar a concorrência.

A organização ainda prevê a fraude através de um sistema de rodízio. Onde a divisão estabelecida na modalidade de apresentação de propostas fictícias segue um sistema normativo, em que há a alternância das propostas. Uma outra situação fraudulenta é a divisão de mercado, onde há uma separação entre os concorrentes de que licitante ganhará cada certame licitatório, levando em consideração os clientes ou áreas geográficas específicas.

¹²⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Disponível em: <<http://www.cadterc.sp.gov.br/usr/share/documents/Diretrizes-OCDE.pdf>>. Acesso em: 04 ago.2012.

¹²⁸ *Ibidem*.

Francisco Campos¹²⁹ avalia através da teoria dos jogos a eficácia das regras propostas pela Lei 8666/93 para o afastamento do conluio ao procedimento. A teoria dos jogos é um estudo em que há a tomada de decisões estratégicas, levando-se em consideração as decisões tomadas pelos outros envolvidos, como se fosse um jogo de estratégia.

Ronald Hilbrecht, após perceber que a teoria dos jogos tem como objeto o estudo do comportamento racional, em situações em que há a interdependência do sujeito, conclui que a teoria dos jogos tem sido crescentemente utilizada pelo direito. Segundo o autor, isso se deve em razão desta teoria auxiliar legisladores a entender as consequências de suas estruturas legislativas, possibilitando que sejam desenhados sistemas legislativos direcionados aos fins que se deseja alcançar¹³⁰.

A teoria dos jogos é, portanto, capaz de contribuir com o trabalho do legislador, na medida em que o ajuda a prever o comportamento do sujeito a depender do disposto pela norma. Assim, é mais fácil, com o auxílio da teoria dos jogos, alcançar os fins verdadeiramente desejados pelo poder público.

De forma bastante simplificada, apenas o suficiente para compreender a proposta de Francisco Campos¹³¹, a teoria dos jogos é uma forma de tomar as próprias decisões pautando-se na ideia de que se sabe qual é a decisão que será tomada pela outra parte.

Segundo o Autor, os indivíduos respondem à incentivos e, por isso, a qualidade do certame licitatório será diretamente proporcional à capacidade do gestor público de criar incentivos para que o indivíduo atue desta forma. Este raciocínio, de certa forma, se aproxima com a ideia do utilitarismo brevemente exposta no segundo capítulo.

Francisco Campos¹³² questiona a eficiência da ampla divulgação do edital para ampliar o número de participantes e a competitividade, alcançando assim a melhor contratação pública. O autor analisa a seguinte situação hipotética: um licitante tem consciência de qual o valor necessário para a realização do objeto da contratação.

¹²⁹ CAMPOS, Francisco. As práticas de conluio nas licitações públicas à luz da teoria dos jogos. **Revista Análise Econômica**. Set/2008, v.26, n. 50. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/view/10919/6496>>. Acesso em: 29 out.2012.

¹³⁰ HILBRECHT, Ronald. Uma introdução à Teoria dos Jogos. *In*: Luciano Benetti Timm (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

¹³¹ CAMPOS, Francisco. *Ibidem*, 2008, et seq.

¹³² *Ibidem*.

Este licitante calcula sua proposta no valor de 10 milhões de reais. Este sujeito imagina ainda que alguns licitantes poderão propor valores menores do que o calculado por ele, mas neste caso, seria melhor que ele de fato não contratasse, porque para ele seria contratar por menos do que ele considera necessário. Sendo assim, tanto faz apresentar sua proposta com 10 ou com 11 milhões, pois ambas perderão. É possível ainda que hajam propostas com valores superiores ao calculado por ele, o que significa que é possível que ele estabeleça uma margem de lucro ainda maior do que a calculada inicialmente, porque ainda assim será vencedor. Na possibilidade de outro proponente com valor similar ao seu, este sujeito sabe que se manter sua proposta em 10 milhões conseguirá obter apenas um lucro normal, o que é menos atrativo.

O problema se agrava pelo fato de que os outros proponentes também podem raciocinar assim, o que inflaria cada vez mais o valor das propostas. Isto porque, os licitantes sabem que os outros vão aumentar suas propostas, o que garante uma margem ainda maior de lucro para eles.

O que Francisco Campos¹³³ explica é que as modalidades de licitações, com exceção do pregão em que há lances decrescentes, presentes no nosso ordenamento jurídico, não incentivam os proponentes a apresentarem propostas verdadeiras.

Para o autor, a desclassificação de propostas elevadas e inexequíveis também está evitada de ineficiência. Isto porque, segundo o autor, a grande dificuldade daquele que quer praticar o conluio é a formação e coordenação do conluio, que uma vez pronto se justifica. Ocorre que, é imprescindível que se perceba que o conluio é prática benéfica para todos aqueles que o praticam, como uma forma comum. Isto é, sabendo-se, hipoteticamente, que existem dois licitantes, é mais benéfico para ambos que eles pratiquem o conluio, pois desta forma, certamente, ambos terão lucro garantido. Esta ideia se clarifica com a noção de que este conluio não é fato isolado, e que estas empresas podem praticar novo conluio depois, onde haverá um revezamento do ganhador, por exemplo.

¹³³ CAMPOS, Francisco. As práticas de conluio nas licitações públicas à luz da teoria dos jogos. **Revista Análise Econômica**. Set/2008, v.26, n. 50. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/AnaliseEconomico/article/view/10919/6496>>. Acesso em: 29 out.2012.

A literatura da teoria dos jogos traz um exemplo comum para explicar a teoria: o dilema dos prisioneiros. Neste exemplo busca-se a confissão de um ou de ambos os prisioneiros. Neste jogo, se ambos confessarem eles terão seis anos de pena, se ambos não confessarem, terão dois anos de pena. Se um confessar e o outro não, o que confessa tem um ano de pena e o que não confessa tem 10 anos de pena. No exemplo, ambos desejam confessar, porque é a forma de obter a menor pena, mas sabendo que o outro também irá confessar, corre o risco de receber seis anos de pena, ao invés de dois anos, que lhe seria imputado se ambos não confessassem. Ou seja, se estes prisioneiros, ou licitantes, cooperarem entre si, alcançarão o melhor resultado. É este equilíbrio que recebe o nome de equilíbrio de Nash, onde a previsão do resultado do jogo é determinante para a escolha do indivíduo¹³⁴.

Assim, Francisco Campos¹³⁵ percebe que o a desclassificação em nada altera para a administração, porque ainda assim será possível a prática de conluio, através de uma cooperação onde, apesar de em menos volume, o lucro pode ser garantido a todos. Para que o lucro repartido não seja muito diminuto, o melhor a se fazer é aumentar ainda mais o preço da proposta escolhida como vencedora.

Francisco Campos¹³⁶, através da teoria dos jogos conclui, portanto, que o procedimento existente é insuficiente para o afastamento da prática de conluios em procedimentos licitatórios. Para o autor, a única forma de licitação aceitável é o pregão eletrônico com diversos concorrentes, haja vista existir o fornecimento incompleto de informações aos licitantes. Isto porque, o fato de não haver um conhecimento prévio dos licitantes, sequer sabendo a amplitude geográfica dos concorrentes, dificulta consideravelmente a prática do conluio.

Destarte, percebe-se que a teoria dos jogos deve ser por nós analisada no contexto licitatório sob dois aspectos. O primeiro aspecto diz respeito à elaboração do procedimento e dos certames, onde deve-se utilizar a teoria dos jogos para direcionar o comportamento hígido dos concorrentes.

¹³⁴ HILBRECHT, Ronald. Uma introdução à Teoria dos Jogos. In: Luciano Benetti Timm (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

¹³⁵ CAMPOS, Francisco. As práticas de conluio nas licitações públicas à luz da teoria dos jogos. **Revista Análise Econômica**. Set/2008, v. 26, n. 50. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/view/10919/6496>>. Acesso em: 29 out. 2012.

¹³⁶ *Ibidem*.

Mas não é só. É imprescindível que se reconheça que os proponentes que buscam a vitória do certame a qualquer custo também podem se valer da teoria dos jogos para prever o comportamento dos demais concorrentes e os valores estipulados pela Administração Pública. A única possibilidade para a inoportunidade desta previsão é a criatividade do gestor Público combinada com o máximo de descrição acerca dos licitantes.

3.2.3.2 Medidas a serem tomadas para evitar as fraudes a procedimentos licitatórios

A Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico elaborou um conjunto de medidas que podem facilmente ser adotadas por Administradores Públicos a fim de afastar a ocorrência de fraude a procedimentos licitatórios. Estas medidas devem funcionar como um procedimento a ser seguido pelo Poder Público, objetivando a efetiva fiscalização do certame¹³⁷.

A primeira destas medidas relaciona-se com a informação. Assim, deve o agente buscar obter conhecimento acerca do produto que pretende contratar, inclusive no que diz respeito a tendências recentes do mercado no setor, os possíveis fornecedores e as condições de contratações anteriores feitas pelo Poder Público deste produto.

O segundo cuidado a ser observado diz respeito à busca pela participação genuína do maior número de candidatos, efetivamente concorrentes entre si. Isto porque o maior número de propostas efetivas deverá levar à melhor contratação pelo Poder Público, haja vista aumentar a competitividade. Segundo a OCDE¹³⁸, a inexistência de exigências prescindíveis no edital, a possibilidade de participação de empresas de outras localidades, o maior incentivo à participação de pequenas empresas e a redução dos custos para participação do certame, através da simplificação do procedimento para habilitação e da redução de prazos, por exemplo, deve assegurar a higidez da concorrência, possibilitando a melhor contratação para o poder público.

¹³⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Disponível em: <<http://www.cadterc.sp.gov.br/usr/share/documents/Diretrizes-OCDE.pdf>>. Acesso em: 04 ago.2012.

¹³⁸ *Ibidem*.

Esta segunda medida poderá ainda ser buscada através da fixação clara das condições constante no edital. A definição dos requisitos, junto com a busca pela não previsibilidade na contratação, é o terceiro passo a ser seguido pelos administradores públicos. Isto porque, a clareza dos requisitos do edital incentiva e encoraja empresas a apresentação de propostas, que, ciente do que busca contratar adquire confiança da sua competitividade, aumentando a efetividade do segundo passo estabelecido pela organização. Esta sugere também que, sendo possível, haja a faculdade de contratação de produtos alternativos, descrevendo termos de desempenho e requisitos funcionais, o que dificulta a prática do conluio.

A OCDE¹³⁹ preocupa-se ainda em estabelecer uma diferença entre não publicidade e previsibilidade. Isto porque, a publicidade é necessária, sendo inclusive princípio da Administração Pública expresso na Constituição Federal de 1988. O que não pode ocorrer é inalterabilidade do calendário e do objeto da contratação. A periodicidade da contratação com os mesmos objetos, mesma qualidade e quantidade facilita a divisão entre os proponentes de má-fé do vencedor de cada certame, através do sistema de rodízio, por exemplo.

A quarta sugestão apresentada pela OCDE¹⁴⁰ é a busca pela não comunicação entre proponentes na elaboração do edital. Esta não interação entre os licitantes é uma novidade trazida pela Lei do Pregão festejada pela doutrina. A organização, inclusive, recomenda que haja uma limitação de comunicação entre os proponentes, e, se que existir deve ser dada a devida publicidade, a fim de se verificar se houve conluio entre os licitantes. Com o objetivo de evitar o pacto entre proponentes, é aconselhável também que se exija que os licitantes expressamente declarem se pretendem subcontratar para a execução do objeto, pois a subcontratação facilitaria a divisão dos lucros entre aqueles licitantes que participaram do pacto para conluio.

O quinto cuidado a ser tomado pela Administração Pública é a apurada cautela nos critérios de avaliação e adjudicação das propostas, a fim de não desencorajar desnecessariamente os contratantes viáveis, incentivando que estes participem de certames futuros.

¹³⁹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Disponível em: <<http://www.cadterc.sp.gov.br/usr/share/documents/Diretrizes-OCDE.pdf>>. Acesso em: 04 ago.2012.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

Por derradeiro, o sexto e último passo proposto pela OCDE¹⁴¹ para a contratação diz respeito à conscientização dos funcionários públicos acerca do risco de conluio entre os concorrentes. Uma das formas de efetivação deste cuidado é a implantação de programas que capacitem os agentes públicos a identificar a prática de conluio, a evitar a adoção de medidas que facilitem o prévio pacto entre os concorrentes e a buscar informações com os licitantes do certame e com antigos proponentes acerca da ocorrência de fraude entre os licitantes.

Fabiano de Castro sugere ainda que, se o proponente já foi contratado pelo Poder Público, seja-lhe solicitado a apresentação de um demonstrativo de evolução patrimonial, assim como a atenção à sinais exteriores de riqueza, para que se verifique se houve o demasiado enriquecimento decorrente da contratação¹⁴².

¹⁴¹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Disponível em: <<http://www.cadterc.sp.gov.br/usr/share/documents/Diretrizes-OCDE.pdf>>. Acesso em: 04 ago.2012.

¹⁴² CASTRO, Fabiano de. **A corrupção no orçamento**: fraudes em licitações e contratos com o emprego de empresas inidôneas. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053588.pdf>>. Acesso em: 04 ago.2012.

4 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DE FRAUDE EM LICITAÇÕES

As sanções administrativas são, para Daniel Ferreira, uma implicação jurídica decorrente de comportamentos que são juridicamente proibidos, sejam eles comissivos ou omissivos. Esta consequência jurídica implica na restrição de direitos dos sujeitos que prescindem de atuação do Poder Judiciário, haja vista ser um exercício da função administrativa¹⁴³.

O autor, que entende que haverá função administrativa onde houver dever-poder da Administração Pública¹⁴⁴, percebe que em certas situações será necessária a atuação do Poder Judiciário, mas tão somente no que se refere à execução destas sanções administrativas. No que se refere à imputação das penalidades, o Poder Judiciário seria prescindível, podendo a Administração atuar através de atos administrativos. Ou seja, o Judiciário seria, contudo necessário à execução das penalidades aplicáveis¹⁴⁵.

Marçal Justen Filho¹⁴⁶ ensina que as sanções administrativas se relacionam intimamente com as sanções penais e, por isso, os princípios fundamentais do Direito Penal devem ser, em âmbito administrativo, também considerados. Contudo, admite o autor que, há variações que se fazem necessárias, haja vista existirem peculiaridades do ilícito em esfera administrativa.

Exemplo mais aparente desta estreita similitude entre a imposição das sanções é a necessidade de observância do princípio da legalidade¹⁴⁷. Isto porque, as sanções implicam em imposições, restrições aos sujeitos que exigem disposição legal e em consonância com a Constituição Federal.

As sanções administrativas têm regime jurídico diverso do regime jurídico das sanções penais, principalmente porque não há uma identidade entre as suas finalidades. A finalidade precípua das sanções penais é punitiva, enquanto as

¹⁴³ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁴⁴ Daniel Ferreira entende que poderá cometer ato de improbidade administrativa aquele que exerce função administrativa. Para ele, a função administrativa existirá quando houver poder-dever de atuar em nome da Administração Pública.

¹⁴⁵ FERREIRA, Daniel. *Op.cit*, 2001, *et seq.*

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

sanções administrativas objetivam, ao menos essencialmente, desestimular condutas reprováveis contra a administração pública. Contudo, por ambas serem sanções, há nelas a imposição de limites, evidenciados através de princípios e garantias constitucionais, como a legalidade, a ampla defesa e o contraditório¹⁴⁸.

O princípio da legalidade deve ser entendido sob duas facetas: a particular e a pública. Isto porque o art. 5, inciso XXXIX, da Constituição Federal estabelece que o particular não será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada, a menos que a lei assim o obrigue. Na esfera da administração pública este mesmo princípio expressa que à administração só é facultado a fazer aquilo que a lei lhe permite¹⁴⁹.

Assim, como a atuação estatal causará uma limitação ao direito do particular, será imprescindível uma lei para mitigar a plena liberdade privada e para garantir legitimidade de atuação do Poder Público. Ou seja, estes entendimentos estão ligados através de uma relação de complementariedade, garantindo à Administração Pública espaço para atuar, desde que de forma não discricionária e com o objetivo de proteger a liberdade do indivíduo¹⁵⁰.

Diferentemente do que ocorre no âmbito penal¹⁵¹, as sanções administrativas podem ser dispostas através de normas em branco, ainda que excepcionalmente. Assim, entende-se que os limites máximos e mínimos seriam estabelecidos em normas gerais. O critério para a aplicação destas sanções, contudo, pode se valer de dispositivos indeterminados, que carecem de normas, de conceitos administrativos para alcançar a sua efetividade¹⁵².

Fábio Medina Osório explica que estas normas em branco sancionadoras serão preenchidas com conceitos variáveis, alcançando uma complexidade disciplinar¹⁵³.

Outro ponto caracterizador da sanção administrativa é a sua atipicidade. Joel de Menezes Niebuhr¹⁵⁴ percebe que o legislador cria tipos de sanções sem especificar

¹⁴⁸ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁴⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁵⁰ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁵³ *Idem*. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁵⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e contrato administrativo**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

em que caso será aplicado cada tipo¹⁵⁵. Ao analisar o artigo 88 da Lei 8666/93 o autor percebe que há uma correlação específica entre o inciso I deste artigo e as condutas de fraude fiscal, mas aos demais incisos não é dedicada a mesma clareza.

O autor critica esta atipicidade, pois isto faz com que condutas similares possam ser punidas de formas diversas, imperando, portanto, a vontade do agente administrativo. Assim, é possível que a atuação do administrador gere insegurança, através de aplicação das sanções de forma discricionária.

Niebuhr¹⁵⁶ nota também que há uma discussão acerca da constitucionalidade da referida atipicidade. Segundo o autor, quem defende a constitucionalidade afirma que há uma relação de sujeição especial em que a Administração é detentora de supremacia em razão do interesse público. Assim, aqueles que participam de licitações públicas de alguma forma estão obrigados a suportar esta relação de sujeição especial, onde há a preponderância do interesse público, justificando a atipicidade, por exemplo. O autor, contudo, entende pela inconstitucionalidade desta atipicidade, na medida em que esta ideia de relação de sujeição especial não seria aplicada às sanções administrativas, na medida em que apresentam violação à Constituição Federal¹⁵⁷.

Insta ainda salientar que aqueles que defendem a existência e incidência do princípio da tipicidade, concordam que há situações que o legislador estabelece de forma clara as sanções aplicadas à conduta, não havendo, portanto, que se falar em princípio da atipicidade: casos de fraude fiscal, regulada pelo art. 81, inc. I da Lei 8666/93; hipótese do vencedor da licitação não aparecer para assinar o contrato, também solucionada pela art. 81, inc. I da Lei 8666/93; sanções previstas como crime previsto na própria Lei 8666/93.

Maysa Abrahão Tavares Verzola¹⁵⁸ coloca o princípio da tipicidade como faceta material do princípio da legalidade, sendo aquele um corolário deste. Para a Autora a tipicidade garante a especificação do que é reprovável e do que é desejável e, neste contexto, há uma menor intervenção na esfera jurídica do particular em esfera

¹⁵⁵Também neste sentido JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

¹⁵⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e contrato administrativo**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹⁵⁷ Também neste sentido JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.*, 2010, *et seq.*

¹⁵⁸ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

administrativa. Assim, em razão da conjuntura da contemporaneidade, que requer maior eficiência, poderá a tipicidade ser mitigada. Destarte, sem ignorar a legalidade, mas, aplicando-a de forma relativizada é possível, para a Autora, a existência administrativa de tipos abertos, atingindo assim um maior número de condutas. Ciente dos perigos trazidos por seu posicionamento, Verzola defende que os riscos poderão ser atenuados com a ampla motivação dos atos.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, contudo, negam a possibilidade de haver uma sanção administrativa sem que haja uma lei anterior que defina a referida conduta como uma sanção. Ou seja, para estes autores, não é possível se falar em atipicidade no Direito Administrativo¹⁵⁹.

Fábio Medina Osório ensina que a tipicidade é requerida a partir do momento em que se soma o comando constitucional do art. 5, inc. II da Constituição Federal com legalidade administrativa, que só permite que a Administração atue pautado na Lei. Segundo o Autor, a garantia da tipicidade evita que as pessoas afetadas, ainda que potencialmente, fiquem expostas às arbitrariedades e caprichos do Poder Público, possibilitando assim a efetivação do Princípio da Segurança Jurídica¹⁶⁰.

4.1 INDEPENDÊNCIA ENTRE A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E A RESPONSABILIDADE PENAL

O Ordenamento jurídico pátrio estabelece de forma clara o princípio da independência das instâncias administrativa e penal. É o que se infere da parte final no parágrafo 4 do art. 37 da Constituição Federal que, ao tratar das penas administrativas aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, observa que as referidas sanções não irão impedir as ações penais aplicáveis.

O artigo 125 da Lei 8112/90, dispõe sobre a independência entre as instâncias, estabelecendo, inclusive que elas podem ser cumuladas.

Regulamentando o referido dispositivo constitucional, o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa expressamente prevê que há uma autonomia da

¹⁵⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

responsabilidade administrativa em relação à responsabilidade penal, estabelecendo assim o princípio da independência entre as instâncias.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Filho¹⁶¹ percebem que esta disposição legal tem a função de elidir qualquer dúvida acerca da independência das instâncias, podendo o agente administrativo também sofrer sanções criminais, desde que a sua conduta seja um fato típico. Assim, uma única conduta poderá ensejar em responsabilização criminal (se houver a total subsunção da conduta a uma conduta tipificada como crime), administrativa (se houver um ilícito administrativo previsto para o ato) e ainda civil, de natureza supletiva.

José Armando da Costa¹⁶² percebe que a conduta improba do agente público tem o condão de gerar consequências civis, penais e disciplinares e, por esta razão, todas estas instâncias poderão individualmente o responsabilizar. O Autor classifica a independência entre as instâncias como um princípio que, como tal, não é absoluto.

O princípio da independência das instâncias sofre mitigações expressas no próprio ordenamento jurídico, exemplo disso é o artigo 65 do Código de Processo Penal que determina que a sentença penal que entender que o ato foi praticado em uma causa excludente de culpabilidade fará coisa julgada no âmbito civil. O referido código ainda prevê no artigo seguinte que se a sentença absolutória no juízo criminal reconhecer de forma categórica a inexistência material do fato, não deverá ser proposta a ação em âmbito civil.

Também é exemplo claro desta mitigação o artigo 126 da Lei n. 8.112/90¹⁶³, que trata do regime jurídico do servidor público federal. Esta Lei expressamente prevê em seu artigo 125 a independência e cumulação das instâncias administrativa, civil e penal. No artigo seguinte, determina-se a absolvição do servidor quando em esfera criminal seja julgada a sua absolvição por inexistência de fato ou de sua autoria.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Filho¹⁶⁴ chamam estas mitigações de influxos que, segundo eles, se diferem da confusão por, basicamente, três principais fatores: possibilidade de se diligenciar na esfera civil e na esfera penal de forma

¹⁶¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁶² COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 4.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

¹⁶³ Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

¹⁶⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Op.cit.*, 2010, *et seq.*

concomitante e paralela ¹⁶⁵ ; limitação do juiz com competência criminal de estabelecer um valor mínimo da reparação, não julgando a lide civil; e ainda o parágrafo único do artigo 63 do Código de Processo Penal facultar que o ofendido execute o valor fixado pelo juiz criminal, mas, para tal, será necessária uma liquidação que deverá correr em âmbito civil.

José Armando da Costa ¹⁶⁶ observa que os efeitos das decisões penais que, categoricamente, negarem a conduta do agente ou a existência do fato, em certas situações, repercutem nas esferas cível e administrativa, mas a recíproca não é verdadeira e por isso uma decisão administrativa ou civil que reconheça a existência ou inexistência da responsabilidade não repercutirá na esfera crime.

Segundo o Autor ¹⁶⁷ isto se dá em razão de determinados fatores, entre eles: a maior presença do princípio da ordem pública na esfera penal, a maior gravidade das consequências provenientes da esfera criminal e também o maior rigor na instrução probatória do âmbito penal. Esta constatação revela uma predominância da jurisdição penal, que não imperará quando a absolvição em âmbito penal se der por inexistirem provas suficientes para a condenação ¹⁶⁸.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Filho ¹⁶⁹ demonstram que há sim uma independência absoluta no que se refere às sanções passíveis de aplicação ao agente, sendo relativos somente os efeitos que uma sanção poderá causar as demais instâncias. A natureza absoluta da independência entre as sanções se dá porque a sanção de uma esfera poderá impossibilitar a condenação pela outra esfera. Por exemplo: se em uma esfera o agente é compelido a ressarcir ao erário, não poderá a outra esfera condená-lo com a mesma pena, haja vista o agente não ter mais para si o que pertencia à administração pública, impossibilitando o ressarcimento. Outro exemplo disso é a perda do cargo ou função: se em uma esfera o agente foi condenado com a exoneração, em outra esfera ele não pode

¹⁶⁵ Neste caso, é possível que o juiz civil, com razoabilidade e ponderação, suspenda o processo civil ou a ação administrativa, a fim de evitar a ocorrência de julgamentos contraditórios. Contudo, a ponderação se faz necessária para que de forma desnecessária o julgamento da improbidade se perca no tempo, causando impunidade funesta.

¹⁶⁶ COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 4.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ No âmbito penal há a regência do princípio *in dubio pro reo* e, desta forma, não haverá a condenação do agente se não houver a certeza da sua responsabilidade.

¹⁶⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

receber a mesma pena, pois não poderá a sanção determinar a perda do que o agente não tem mais.

Cumpra ainda que se observe o controle exercido pelo poder judiciário às sanções impostas pela Administração Pública. Isto porque, estando no plano discricionário da Administração quanto a escolha da sanção a ser aplicada, quanto a dosimetria destas sanções e quanto a conveniência e oportunidade das penalidades aplicadas é vedado ao poder judiciário a intervenção na Administração Pública. Contudo, no que diz respeito à ilegalidade¹⁷⁰ da aplicação das sanções e também no que diz respeito à ilegitimidade poderá sim o judiciário, uma vez provocado, exercer o controle das condutas da administração Pública. Destarte, percebe-se que a anulação dos atos administrativos se efetivam tanto em razão da ilegalidade como também em face à ilegitimidade¹⁷¹.

Por derradeiro, percebe-se que independência das instâncias civis e criminais não demonstram uma escolha uniforme por todos os ordenamentos jurídicos do mundo. Há países que adotam a solidariedade, onde em um mesmo processo e ante a um mesmo juiz criminal há duas ações diferentes: uma penal e outra civil. Esta escolha busca um direito amplo de pedir ao juiz que haja a condenação integral do sujeito, tanto no que se refere ao interesse geral como ao que se refere ao interesse particular¹⁷².

Há também países que adotam um sistema de livre escolha onde, apesar da possibilidade da reunião das ações de esferas distintas diante de um mesmo juízo, esta reunião é apenas facultativa, sendo possível também haver a propositura de processos distintos¹⁷³.

¹⁷⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁷¹ Cumpra aqui que se estabeleça uma distinção entre a ilegalidade e a ilegitimidade. Basicamente, a ilegalidade contraria uma lei, um direito positivado, enquanto a ilegitimidade contraria um princípio. Assim, o regime Jurídico de Direito Administrativo é composto tanto pelas leis como pelos princípios. A atuação da Administração Pública está, portanto, sujeita a controle judicial inclusive no que diz respeito à observância destes princípios.

Assim, apesar do Poder Judiciário não poder intervir no mérito (conveniência e oportunidade) da aplicação das sanções pela Administração Pública, poderá controlar a observância de princípios, como o princípio da impessoalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que pode exercer o controle da legitimidade.

¹⁷² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁷³ *Ibidem*.

4.2 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Percebe-se claramente a natureza não penal das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, exemplo disso é o artigo 8 desta Lei, que estende ao sucessor do agente público improbo a responsabilidade estabelecida na Lei, até o valor da herança. Sendo criminal, incidiria o princípio constitucional da intranscendência, onde a sanção não ultrapassa àquele que cometeu o ilícito penal, conforme previsto no artigo XLV da Constituição Federal¹⁷⁴.

A Lei n. 10.628/2002 alterou a redação do artigo 84 do Código de Processo Penal, estabelecendo, entre outras coisas que a ação de improbidade administrativa de que trata a Lei de Improbidade Administrativa será proposta contra o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade competente. O plenário do STF declarou a inconstitucionalidade deste dispositivo. Esta decisão do STF baseou-se, entre outros fatores, no fato de que a improbidade administrativa não é uma sanção de natureza penal¹⁷⁵. Também há decisão do STJ neste mesmo sentido¹⁷⁶.

A Constituição Federal ordenou no parágrafo 4 do seu artigo 37 que os atos de improbidade administrativa ensejarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei.

Há também outros dispositivos legais que tratam da responsabilização administrativa decorrente de fraude em licitações. A Lei de licitações e contratos administrativos, por exemplo, estabelece no seu artigo 88 as penalidades aplicáveis àqueles que fraudam procedimentos licitatórios. Estas sanções, como será oportunamente

¹⁷⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. Breves Considerações Sobre as Sanções da Lei de Improbidade Administrativa. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Orgs.) **Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.157-179.

¹⁷⁵ "Ressaltou-se, ademais, que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do parágrafo 4 do art. 37 da CF" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 401 referente às ADI n. 2797/DF e 2860/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo401.htm>>. Acesso em: 29 out. 2012.)

¹⁷⁶ "(...) implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil (...)" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n. 591/SP. Corte Especial. Reclamante: Delvío Buffulin. Reclamado: Juízo federal da 12a vara cível da seção judiciária do estado de São Paulo. Relator: Min. Nilson Naves. Brasília, DJ 29 jun. 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=65408&formato=pdf>>. Acesso em: 29 out.2012.

anotadas, referem-se apenas aos licitantes, não sendo aplicáveis aos agentes públicos. Estes, por sua vez, serão punidos com base no estatuto de servidor público¹⁷⁷.

A responsabilidade administrativa do servidor público federal está prevista no Estatuto do servidor Público Federal (Lei 8112/90). Em verdade, esta Lei traz a responsabilização tanto civil, como administrativa, como penal e, será aplicada apenas para os servidores públicos federais.

A responsabilidade administrativa dos licitantes é tratada pela Lei 8666/93, a Lei de Licitações, que traz duas espécies de sanção administrativa para aplicação em caso de fraude a procedimentos licitatórios. Também há previsão de responsabilidade administrativa dos licitantes na Lei do pregão e na Lei do RDC.

Por derradeiro, também se aplica às hipóteses de fraude aos procedimentos licitatórios, a responsabilização prevista na Lei 8429/92. Esta Lei prevê os atos de improbidade administrativa que, apesar da doutrina os classificar como de natureza civil¹⁷⁸ apresentam particular importância para o tema abordado neste trabalho, merecendo por isso também a devida dedicação, como anteriormente anotado.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797¹⁷⁹ o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a competência para processar e julgar a Ação decorrente de Improbidade Administrativa decidiu por maioria que o ato de improbidade administrativa e não teria natureza penal e sim civil.

José Augusto Delgado¹⁸⁰ analisando esta ADI 2797, percebeu que os efeitos do ato de improbidade administrativa são de natureza civil em sentido lato, ou seja, de natureza administrativa e patrimonial.

¹⁷⁷ A Lei 8112/90 será aplicada apenas para os servidores Públicos Federal. No que diz respeito aos servidores públicos municipais ou estaduais, caberá a cada um dos entes a elaboração de seu instituto próprio. Na hipótese de inexistir no ente estatuto para o servidor público, será aplicada a Consolidação das Leis Trabalhistas, sendo a estes servidores, portanto, aplicado o regime celetista institucional.

¹⁷⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 19 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2797%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2797%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 31 out.2012.

¹⁸⁰ DELGADO, José Augusto. **Improbidade Administrativa**: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:yvxDOg4DTjQJ:www.stj.jus.br/publicacaoaseriada>>

Insta ainda pontuar que em seu relatório o Min Sepúlveda Pertence atribui caráter administrativo aos atos de improbidade administrativa¹⁸¹.

Assim, em ordem cronológica temos em primeiro lugar a Estatuto do servidor Público Federal (Lei 8112/90). Esta Lei traz a responsabilização tanto civil, como administrativa, como penal e, será aplicada apenas para os servidores públicos federais. Em segundo lugar tem-se a Lei de Improbidade Administrativa, que estabelece três espécies de ato de improbidades administrativas, o que ensejará uma responsabilização civil-administrativa. Esta Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92) poderá ser aplicada tanto para servidores como a não servidores, com algumas especificidades abaixo tratadas. Por fim, a Lei de Licitações, que traz duas espécies de sanção administrativa para aplicação em caso de fraude a procedimentos licitatórios.

4.2.1 Sanções previstas na Lei 8429/92 – Lei de Improbidade Administrativa

Buscando a efetividade do art. 37, parágrafo 4 da Constituição Federal, a Lei 8429/92 estabeleceu em seu art. 12 as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa. A referida Lei, após classificar os atos de improbidade administrativa entre aqueles que causam enriquecimento ilícito, geram prejuízo ao erário ou violam princípios da Administração Pública em três artigos (9, 10 e 11, respectivamente), preocupou-se no artigo 12 em separar as penas aplicáveis a cada um destes tipos de ato de improbidade administrativa em incisos diferentes.

/index.php/informativo/article/download/218/214+Improbidade+Administrativa:+algumas+cDlItrov%C3%A9rsias+dDutrin%C3%A1rias+e+jurisprudenciais+sobre+a+Leide+Improbidade+Administrativa&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEShdibtldl3EgXBWHItaGqzmjxAuCY5la2bm6bRaUt62iv_c2nOE878oyR41_ouZe9cin8zWnxTOM44qK79tzgbzGnb960Yc4NUxorQljwhLDpe0VvF65e6BwywwD0whyjtXOfmKx&sig=AHIEtbR9Bq0k9WScv70sq2_hbzMuyzBexw>. Acesso em: 81 out.2012.

¹⁸¹ “É que a improbidade administrativa é prevista no art. 37, parágrafo 4, da CF 88 e nada leva a concluir pela normal á inserta, o caráter penal que se pretende agora dar ao ato de improbidade. Pelo contrario, o seu caráter administrativo – e de Direito Administrativo – sobressai do próprio contexto constitucional em que é inserida a norma ao referir-se aos servidores públicos e princípios da administração pública.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 19 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2797%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2797%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 31 out.2012).

Assim, em todas as hipóteses de atos de improbidade administrativa haverá a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; o ressarcimento integral do dano, quando houver; a perda da função pública; a suspensão dos direitos políticos; o pagamento de multa civil; e ainda a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente¹⁸².

Apesar das penas cominadas serem as mesmas, a quantidade de pena variará a depender de tratar-se do art. 9, 10 ou 11. Assim, a conduta prevista no artigo 9 terá pena mais grave do que a conduta prevista no artigo 10 que, por sua vez, terá punição mais severa que a conduta prevista no artigo 11. Isto se infere da simples análise dos incisos do artigo 12, que determina que quando tratar-se do enriquecimento ilícito a pena de suspensão dos direitos políticos será de oito a dez anos, se tratar de prejuízo ao erário a mesma pena será de cinco a oito anos e, se for hipótese de violação aos princípios administrativos, a suspensão dos direitos políticos será de três a cinco anos. Assim, se de uma mesma conduta origina-se a pretensão punitiva do inciso I e do inciso III, incidirá a sanção prevista no inciso I, por ser esta a mais grave.

A sanção de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o ressarcimento integral do dano, fundamenta-se no parágrafo 4 do artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. E mais. Há também fundamento no artigo 5 da mesma lei infraconstitucional, que prevê o ressarcimento integral do dano pelo agente ou por terceiro nos casos de lesão ao patrimônio público¹⁸³.

Para a aplicação desta medida, é possível que se faça a indisponibilidade dos bens do indiciado. Esta indisponibilidade recairá sobre os bens suficientes para arcar com a responsabilização integral pelo ilícito cometido. É ainda admissível que se proceda o sequestro dos bens do indiciado, que poderá, inclusive, envolver contas bancárias mantidas no exterior¹⁸⁴.

¹⁸² ALVIM, Eduardo Arruda. Breves Considerações Sobre as Sanções da Lei de Improbidade Administrativa. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Orgs.). **Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.157-179.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

A perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, como bem percebe Eduardo Arruda Alvim¹⁸⁵, só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória, na forma prevista pelo artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa. O parágrafo único do referido artigo estabelece a hipótese de afastamento do agente público do exercício do cargo, quando for interessante para a instrução do processo. É válido notar que, nas hipóteses de afastamento do cargo, o agente continuará a receber vencimentos, haja vista trata-se apenas de situação precária e preventiva.

Nota-se ainda que o prazo para suspensão dos direitos políticos será de 8 a 10 anos em caso de enriquecimento ilícito (inciso I do artigo 12), de 5 a 8 anos na hipótese de prejuízo ao erário (inciso II do artigo 12) e de 3 a 5 anos na situação em que a penalidade se refere à conduta que violou princípio da Administração Pública (inciso III do artigo 12). Além disso, a multa civil, assim como as outras penalidades também variará de acordo com a conduta do sujeito, podendo ser aplicada a todas as condutas dos artigos 9, 10 ou 11.

Assim, em caso de enriquecimento ilícito a multa será de três vezes o valor do acréscimo patrimonial obtido ilicitamente; em caso de prejuízo ao erário a multa será de duas vezes o valor do dano e, se houve a violação dos princípios da administração a multa será de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.

Carlos Alberto Sales¹⁸⁶ percebe que a pena de multa civil não foi prevista pelo parágrafo 4 do artigo 37 da Constituição Federal, sendo prevista apenas na lei infraconstitucional. O Autor intui ainda que esta sanção se dará de maneira cumulativa, e por isso este instituto se difere das *astreintes* (instrumento que busca a imposição de uma decisão judicial) e da cláusula penal (instituto que prevê uma multa, de natureza civil, em hipóteses de descumprimento contratual) presentes no direito privado. Segundo Carlos Alberto Sales, o instituto da multa civil previsto pela Lei de Improbidade Administrativa em muito se assemelha com os *punitive*

¹⁸⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. Breves Considerações Sobre as Sanções da Lei de Improbidade Administrativa. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Orgs.). **Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.157-179.

¹⁸⁶ SALLES, Carlos Alberto de. O Objeto do Processo de Improbidade Administrativa: alguns aspectos polêmicos In: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; Alvim, Eduardo ARRUDA (Coord.). **Temas de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.155-168.

damages. Isto porque, assim como a multa civil, estes danos punitivos se configuram numa parcela a ser acrescida a uma sanção civil, tornando-a mais rigorosa, em razão da gravidade do ilícito causado pelo agente.

Também poderá ser aplicada para todos os atos de improbidade administrativa a sanção de proibição de contratar com a Administração Pública e dela receber benefícios, incentivos ou subvenções, fiscais ou creditícias, variando apenas o prazo, a depender da natureza do ato. Eduardo Arruda Alvim¹⁸⁷ defende que, em razão de sua gravidade, os efeitos desta sanção só deverão ocorrer após o trânsito em julgado da sanção que a cominar.

Sérgio Turra Sobrane¹⁸⁸ percebe que na primeira leitura dos incisos do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa se infere que as penas neles previstas devem ser aplicadas cumulativamente, inexistindo, portanto espaço para o julgador aplicar uma ou outra sanção. Ou seja, as sanções previstas no artigo não seriam alternativas e sim cumulativas, independente do grau da gravidade do dano causado. Assim, caberia ao magistrado apenas dosar as penas daquelas sanções que admitem gradação, dentro dos limites estabelecidos pela Lei, na forma do parágrafo único do artigo 12, que determina que o magistrado deve fazer uma ponderação na aplicação das sanções, considerando a extensão do dano causado pela conduta e o proveito material que teria obtido o agente.

O Autor¹⁸⁹, contudo, percebe que esta não é a interpretação mais razoável. Para ele, agir com proporcionalidade na aplicação das penas implicaria em escolher, no caso concreto, quais as sanções adequadas e razoáveis para punir uma determinada conduta¹⁹⁰. Lembra o Autor, todavia, que a imputação de ressarcimento integral ao erário é imprescindível, haja vista o princípio da indisponibilidade de interesse público previsto, inclusive, no artigo 5 da Lei de Improbidade Administrativa¹⁹¹.

¹⁸⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. Breves Considerações Sobre as Sanções da Lei de Improbidade Administrativa *in* OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Orgs.) **Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.157-179.

¹⁸⁸ SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Também neste sentido SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei 8429/92**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹⁹¹ Também neste sentido GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Assim, havendo um ato de improbidade administrativa em que houve proveito patrimonial do agente o magistrado deverá aplicar a sanção de ressarcimento integral ao erário, cumulada com alguma, algumas ou todas as demais penalidades estabelecidas pelo artigo 12 e ainda, se for o caso de aplicação, fixar a quantidade de pena a ser aplicada no que se refere às sanções que impescinde de dosagem (suspensão dos direitos políticos e multa civil), nos limites estabelecidos pela lei¹⁹².

Não é este, contudo, o entendimento de Carlos Alberto Salles¹⁹³. O Autor observa que as sanções previstas nos incisos do artigo 12 estão ligadas pela conjunção aditiva “e”, não devendo-se portanto tratar de uma alternatividade e sim de uma cumulatividade. Observa ainda o Autor a Lei de Improbidade Administrativa decorre do disposto na Constituição Federal no artigo 31 parágrafo 4, que também prevê uma cumulatividade, não devendo a lei infraconstitucional, ou a sua interpretação, contradizer a norma constitucional.

A despeito do entendimento de Carlos Alberto Salles, percebe-se a possibilidade de se aplicar as penas previstas no artigo 12 individualmente. O fundamento para este entendimento está no próprio artigo 12 que, em seu parágrafo único, estabelece a necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade. Assim, diante do caso concreto, o julgador deverá analisar a conduta praticada pelo sujeito, a extensão do dano que ela causou e ainda o proveito que o sujeito teria obtido com a conduta e optar por qual (ou quais) sanção(s) será aplicado àquela situação específica. É imprescindível, todavia, que haja o ressarcimento integral ao erário, nas hipóteses em que houve dano em razão do princípio da indisponibilidade e da vedação ao enriquecimento ilícito¹⁹⁴.

¹⁹² SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa**: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁹³ SALLES, Carlos Alberto de. O Objeto do Processo de Improbidade Administrativa: alguns aspectos polêmicos in JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; Alvim, Eduardo ARRUDA (Coord.). **Temas de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.155-168.

¹⁹⁴ Neste sentido OSÓRIO, Fábio Medina. Sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 88, v. 766, ago. 1999, p.88-99.

4.2.2 Responsabilidade dos licitantes: sanções administrativas previstas na Lei 8666/93

A Lei 8666/93 reservou três artigos para as sanções administrativas: o artigo 86, o artigo 87 e o artigo 88. Os dois primeiros artigos tratam da punição pelo atraso ou pela inexecução do contrato, que não é objeto de enfoque do presente trabalho. O artigo 88, contudo, remetendo aos incisos III e IV do artigo 87, estabelece as sanções aplicáveis aos casos de fraude em licitações, prática de ilícitos a fim de frustrar os objetivos da licitação e também àqueles que por terem praticado ilícitos, não demonstrem ter idoneidade para contratar com a Administração.

É necessário que se perceba que, para incidência das sanções previstas neste artigo se faz necessário que haja um vínculo com um contrato administrativo, que não necessariamente será celebrado¹⁹⁵. Assim, é possível que os participantes do certame licitatório, ainda que não tenham sido vitoriosos, sejam atingidos por este dispositivo legal, haja vista participarem do certame licitatório para a execução de um contrato administrativo.

Assim, as penas aplicáveis às hipóteses de fraude à licitação são: a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública e também a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. A aplicação de uma ou de outra medida (ou de ambas) mais uma vez é ato administrativo discricionário¹⁹⁶, que deverá estar pautado nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da impessoalidade.

Insta salientar que estas penas serão aplicadas tão somente aos participantes do certame, por motivos lógicos. Isto porque, não se pode idealizar o servidor público sofrendo a pena de declaração de inidoneidade ou de suspensão temporária do direito de participar de licitações ou impedimento de contratar com o Poder Público,

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010.

¹⁹⁶ "O âmbito de discricionariedade na aplicação de sanções em contratos administrativos não faculta ao gestor, verificada a inadimplência injustificada da contratada, simplesmente abster-se de aplicar-lhe as medidas previstas em lei, mas sopesar a gravidade dos fatos e os motivos da não execução para escolher uma das penas exigidas nos arts. 86 e 87 da Lei 8666/93, observado o devido processo legal" (*sic.*) (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão n.2558/2006, 2 câmara, rl. Min. Walton Alencar Rodrigues Disponível em: <acessoseguro.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2048714.PDF>. Acesso em: 01 out.2012.

por exemplo, sendo por isso necessário que se estabeleça penalidades específicas para ele, previstas no estatuto do servidor público.

Marçal Justen Filho¹⁹⁷, percebendo a dificuldade de se diferenciar as hipóteses de cabimento da declaração de inidoneidade, das hipóteses de aplicação da suspensão dos direitos de licitar e impedimento de contratar com a Administração Pública busca estabelecer pontos de divergência entre elas. Segundo o Autor, a única distinção satisfatória baseia-se na natureza das sanções.

O Autor¹⁹⁸ sugere que, ao contrário da declaração de inidoneidade, a suspensão não seria verdadeiramente uma sanção, servindo apenas como uma medida capaz de constranger alguém ao adimplemento. Ou seja, a princípio, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar não seria aplicada individualmente, aparecendo apenas como uma agravante, caso o sujeito se recusasse a adimplir o acordado mesmo depois de ser punido pela Administração Pública.

Conduto adverte o autor ¹⁹⁹ que é sim possível a aplicação da declaração isoladamente, aparecendo como sanção a ser aplicada em hipóteses menos reprováveis que do que as hipóteses de declaração de inidoneidade.

Há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da extensão desta suspensão temporária. Carlos Pinto Coelho Motta²⁰⁰, por exemplo, defende que esta penalidade restringe-se tão somente à esfera do órgão em que se deu a ocorrência do ilícito. Assim, havendo a aplicação da sanção pela Administração Pública municipal, não haveria problema em o sujeito contratar com um Estado, por exemplo.

Este é também o posicionamento aplicado pelo Tribunal de Contas da União, que apresenta três argumentos para fundamentar o seu posicionamento. O primeiro deles refere-se a uma gradação de gravidade estabelecida pela Lei 8666/93 através da qual se impõe que a advertência será mais branda que a multa, que por sua vez será mais suave que a suspensão do direito de licitar que, por fim, será menos rígida que a declaração de inidoneidade.

¹⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parceiras público privadas**. 1.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Esta, contudo, não parece uma justificativa satisfatória, pois, *data vênia*, nada impede que a declaração de inidoneidade, prevista como pena, segundo o TCU²⁰¹, menos rigorosa, também produza efeitos em face de todos os entes da Administração Pública.

O segundo argumento do tribunal diz respeito à interpretação restritiva que se deve fazer do dispositivo, haja vista tratar-se de uma imposição de sanção. Ou seja, segundo o TCU, a omissão do legislador ao prevê a pena deve ser interpretada de forma restritiva, por se tratar se uma penalidade²⁰².

O último dos fundamentos do posicionamento do TCU²⁰³ relaciona com o artigo 97 da própria Lei 8666/93. O referido artigo tipifica como crime a conduta de licitar ou celebrar contrato com pessoa física ou jurídica declarada inidônea, prevendo como penalidade a sanção de seis meses a dois anos. Segundo o TCU, este dispositivo demonstra a inexistência de qualquer impossibilidade de que uma conduta possa ser punida por mais de uma entidade²⁰⁴.

Com o devido respeito ao TCU, este não parece um argumento de que a penalidade restringe-se ao ente que a aplicou, e sim o oposto: que a penalidade é estendida à todos os entes. O fato do artigo 97 prevê a punição do agente com detenção tão somente demonstra a independência entre as instâncias anteriormente comentada. Além disso, a detenção não terá seus efeitos restritos àquela entidade que a estabeleceu, o que demonstra que as penalidades terão efeitos em face de todos os entes.

O STJ tem posicionamento diverso do TCU, julgando que o inciso III do artigo 87 da Lei 8666/93 – que é utilizado pelo artigo 88 da mesma Lei para penalizar as fraudes em licitações – não produz efeitos somente ao órgão ou ente que a definiu, e sim a toda a Administração Pública. O argumento do STJ pauta-se na efetividade, pois, não haveria qualquer consequência prática a suspensão temporária do direito de

²⁰¹ BRASIL. Tribunal De Contas Da União. **Representação 016.737/1999-7**. Decisão n. 36/2001, Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. DOU 23 fev. 2001. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 02 out.2012.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ *Ibidem*.

licitar com um único ente, haja vista o licitante ímprobo poder continuar exercendo suas atividades com as demais entidades da Administração Pública, que é uma²⁰⁵.

Também não é tranquila a jurisprudência sobre o alcance dos efeitos desta suspensão do direito de participar de licitações e impedimento de contratar com a Administração Pública. Isto porque o artigo 55, inciso XIII da Lei 8666/93 prevê que aquele que vencer a licitação e contratar com a Administração Pública deverá manter os requisitos estabelecidos para habilitação do certame durante todo o contrato.

Ocorre que, a pecha da declaração de inidoneidade ou uma vez impedido de contratar com a Administração Pública, não é possível que o sujeito se habilite para nova licitação, por faltar-lhe requisitos para a habilitação. Ou seja, a suspensão ou a declaração retira do sujeito requisito necessário à habilitação, o que contraria o disposto no artigo 55 inciso XIII da Lei 8666/93.

O STJ, estabelece que, aqueles contratos com a Administração Pública já em curso não são afetados com a posterior declaração de inidoneidade ou com o impedimento de contratar com a Administração Pública. O Tribunal adverte, contudo, que, o fato do contrato já em curso não ser afetado com a posterior declaração de inidoneidade ou com o impedimento de contratar com a Administração Pública não impede que haja nova punição por infração cometida no curso do próprio contrato. Ou seja, se uma pessoa jurídica tem um contrato vigente com a Administração Pública e é punida, em razão de outro contrato pela Administração não rescindir de imediato o

²⁰⁵ "O entendimento do Tribunal *a quo*, no sentido de que a suspensão imposta por um órgão administrativo ou um ente federado não se estende aos demais, não se harmoniza com o objetivo da Lei nº 8.666/93, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propostas. Há, portanto, que se interpretar os dispositivos legais estendendo a força da punição a toda a Administração, e não restringindo as sanções aos órgãos ou entes que as aplicarem. De outra maneira, permitir-se-ia que uma empresa, que já se comportara de maneira inadequada, outrora pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando esta suspensão desprovida de sentido". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 174.274/SP. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: S Goldberg Ltda. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DJ 22 nov. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=1441285&num_registro=199800347453&data=20041122&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 02 out.2012).

contrato já em curso. Isto, contudo, não impede que, caso esta pessoa jurídica cometa novas condutas puníveis, também seja por elas punida²⁰⁶.

É válido ainda que se perceba que, ao contrário dos efeitos da suspensão do direito de licitar que está limitada pelo prazo de dois anos, os efeitos da declaração de inidoneidade não se extinguem com o simples passar do tempo. Isto porque a Lei determinou que esta declaração permanecerá enquanto existirem os motivos que lhe deram causa ou até haja a reabilitação do sujeito pelo mesmo ente que aplicou a sanção. Este instituto regulamenta o artigo 5, inciso XLVII da Constituição Federal que veda as penas que tenham caráter perpétuo.

Além da responsabilidade administrativa presente na Lei 8.666/93, há ainda previsão legislativa de responsabilidade administrativa no art. 47 da Lei n. 12.462, a Lei do RDC²⁰⁷, que trouxe simplificações ao regime previsto na Lei n. 8666/93, prevendo a penalidade de impedimento de licitar e contratar com situações nelas previstas, que serão aplicados sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório, conforme corroborado pelo art. 7 do Decreto n. 7581.

O art. 47, inciso V e VI prevê expressamente que a fraude à licitação ou comportamento inidôneo também ensejará nas sanções previstas no caput deste artigo, o impedimento de licitar e contratar com o Poder Público.

Juliane Erthal Carvalho²⁰⁸ percebe que a Lei instituidora do RDC ao estabelecer que o impedimento de participar de certames licitatórios será perante a União, o Estado ou o Município, estabelece uma relação de alternatividade. Ou seja, a conjunção “ou” evita as dúvidas sobre a interpretação da amplitude do impedimento presentes na Lei n. 8666/93. Segundo a Autora, interpretar diferente seria estabelecer uma sanção não prevista em lei.

É importante também que se ressalte que o parágrafo segundo do art. 47 em comento estabelece de forma expressa a aplicação subsidiária às sanções administrativas do Regime Diferenciado de Contratações o disposto na Lei 8666/93.

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargo de Declaração no Mandado de Segurança n. 13.101/DF. Embargante: União. Embargado: Construtora Gautama Ltda. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, DJ 22 mai. 2009

²⁰⁷ CARVALHO, Juliane Erthal de. Sanções Administrativas estabelecidas pelo regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC):** Comentários à Lei n 12.462 e ao Decreto n 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.427-445.

²⁰⁸ *Ibidem*.

Esta disposição da Lei do RDC é, na verdade, bastante semelhante ao disposto na Lei do pregão. Esta estabelece que os participantes da licitação na modalidade pregão também sujeitam-se às responsabilidades presentes no art. 7 da Lei n. 10.520/2002. Este dispositivo estabelece que aquele que fraudar a execução dos contratos ficará impedido de contratar ou licitar com a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios pelo prazo de cinco anos, sem prejuízo do descredenciamento dos cadastros de fornecedores, da multa prevista no edital ou outras cominações legais²⁰⁹.

Por derradeiro, insta ainda que se note que a Lei n. 8443/92, a Lei orgânica do TCU, estabelece em seu artigo 46 que uma vez comprovada a fraude à licitação, o TCU declarará a inidoneidade deste licitante, que não poderá participar por até cinco anos de qualquer procedimento licitatório público em esfera federal.

4.2.3 Responsabilidade dos servidores públicos: sanções administrativas previstas na Lei 8112/90

Os Servidores Públicos da União, da administração autárquica ou fundacional, estão sujeitos ao regime jurídico disposto na Lei 8112/90. Esta lei define em seu artigo 2 que servidor público é todo aquele que exerce cargo público. Sendo estes, portanto os limites subjetivos de aplicação da responsabilidade administrativa prevista no Capítulo IV desta Lei.

Reinaldo Moreira Bruno e Manolo Del Olmo ensinam que do exercício da função pública decorre a imposição de deveres aos servidores públicos. A não observância destes deveres origina a responsabilização destes servidores²¹⁰.

Estes autores preveem uma série de obrigações impostas a estes servidores, entre elas o dever de probidade, determinando que os servidores devem agir em consonância com os princípios norteadores da boa administração pública, afastando-se assim de interesses particulares ou individuais. Estes deveres de

²⁰⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos:** estrutura da contratação e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parceiras público privadas. 1.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

²¹⁰ BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. **Servidor Público:** doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

probidade, uma vez violados, acarretam a sanção, inclusive, prevista na Lei de Improbidade Administrativa, como anteriormente demonstrado²¹¹.

A Lei 8112/90 também preocupou-se com explicitar que os servidores públicos responderão na esfera administrativa, na esfera civil e também na esfera penal, sendo as sanções desta responsabilização independentes entre si²¹².

É prudente observar, mais uma vez, a regra imposta pelo artigo 126 desta Lei. Esta regra que ilide a responsabilidade administrativa na hipótese de ocorrência da absolvição penal pela sentença que determinar que inexistiu dolo ou que negue a conduta do agente, assim como, a condenação na esfera penal enseja no reconhecimento da responsabilidade administrativa²¹³.

Ocorre que, há sentenças penais absolutórias que absolvem o sujeito tão somente porque não há provas para condená-lo, e há sentença absolutória em que o sujeito é fundado na certeza de que inexistiu o fato ou que, apesar de ter existido o fato, o sujeito não foi o autor. Na segunda hipótese, diferentemente da primeira, não deve-se falar em responsabilidade administrativa, sendo a decisão do juiz criminal de que o fato não ocorreu de observância obrigatória²¹⁴.

Este entendimento doutrinário encontra ainda respaldo em jurisprudência sumulada do STF que autoriza a responsabilização do servidor público que foi em âmbito criminal absolvido²¹⁵.

Este, contudo, não é posicionamento uníssono na doutrina. Há quem defenda que, assim como nas hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou por certeza da não autoria do servidor, também deve ser o servidor absolvido administrativamente em hipótese em que foi absolvido na esfera penal por insuficiência de prova²¹⁶.

²¹¹ BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. **Servidor Público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²¹² MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor Público na Atualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²¹³ BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. *Op.cit*, 2006, *et seq*.

²¹⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Lei n 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Salvador: Juspodivm, 2011.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 18. Falta Residual - Absolvição pelo Juízo Criminal - Punição Administrativa - Servidor Público. Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0018.htm> Acesso em: 03 out.2012.

²¹⁶ BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. *Op.cit*, 2006, *et seq*.

Esta doutrina defende que os direitos e garantias protegidos pela Constituição Federal no artigo 5 são direitos oponíveis ao Estado qualquer que seja sua pretensão. A lógica desta doutrina é que, independente de ser uma pretensão administrativa ou uma pretensão penal, há um só Estado, que deve sim respeitar os direitos e garantias dos sujeitos. Além disso, defende esta corrente doutrinária que deve-se presar pela unidade do sistema jurídico e do sistema jurisdicional²¹⁷.

As penalidades administrativas estão previstas no artigo 127 da referida Lei: a advertência; a suspensão; a demissão; a cassação de aposentadoria ou disponibilidade; a destituição de cargo em comissão; a destituição de função comissionada, disposta através de uma ordem de gradativa de gravidade. E mais: o artigo 132 da Lei estabelece as hipóteses em que a pena aplicada será a de demissão.

A advertência será aplicada sempre que a conduta reprovável do servidor não justifique a aplicação de pena mais grave. Esta advertência será registrada nos assentamentos do servidor. Também é importante perceber que, conforme o artigo 130 da Lei 8112/90, a reincidência de conduta que, a priori, não seria punível com pena mais grave será punida com suspensão. Ou seja, a reincidência de conduta pouco reprovável é sancionada com a suspensão²¹⁸.

Reinaldo Moreira Bruno e Manolo Del Olmo explicam que estas penalidades sempre devem ser aplicadas, por escrito, nas hipóteses de indisciplina e no descumprimento dos deveres funcionais do servidor²¹⁹.

No caso de terem passados três anos de efetivo exercício e ao servidor não ter praticado nenhuma outra conduta disciplinarmente reprovável, esta sanção será apagada do registro do servidor.

A penalidade de suspensão, como anteriormente comentado, será aplicada sempre que houver a reincidência das condutas punidas com advertência em intervalo de tempo menor que três anos. Também será aplicada a suspensão às situações mais reprováveis que as hipóteses de advertência, mas que não justifique a aplicação da penalidade da demissão. Conforme estabelecido no artigo 130 da Lei 8112/90, a

²¹⁷ BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. **Servidor Público**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²¹⁸ PRADO, Leandro Cadenas. **Servidores Públicos Federais**: Lei n. 8.112/90. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

²¹⁹ BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. *Op.cit*, 2006, *et seq.*

suspensão tem limite temporal máximo de 90 dias. E, conforme percebido por Reinaldo Moreira Bruno e Manolo Del Olmo²²⁰, é dever da autoridade administrativa a gradação de sua incidência de acordo com a gravidade do caso concreto, conforme imposto pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Percebe-se também, que a título de preventivo, a Lei prevê ainda em seu artigo 147 a possibilidade do Servidor Público ser afastado do cargo por até sessenta dias, prazo este que pode, no máximo, ser prorrogado uma única vez por igual período. Por tratar-se de medida de caráter transitório, não há suspensão da remuneração do Servidor Público.

Reinaldo Moreira Bruno e Manolo Del Olmo²²¹ explicam que a diferença entre esta suspensão cautelar e a suspensão sanção reside exatamente no fato de que na suspensão preventiva o servidor é suspenso para que se possam averiguar os fatos, não havendo qualquer desconto em seus pagamentos. Na suspensão penalidade, por outro lado, há a suspensão dos seus pagamentos, haja vista ter o objetivo de punir este servidor.

Leandro Cadenas Prado entende que caberá a suspensão, além das hipóteses de reincidência, para as condutas previstas nos incisos XVII e XVIII do artigo 117 da Lei 8112/90: nas situações em que houver o cometimento a outro servidor de atribuições estranhas ao cargo que ocupa ou quando o servidor exercer qualquer atividade estranha ao cargo que ocupa ressalvada, em ambas as hipóteses as situações emergenciais²²².

A lei prevê que se for interessante para o serviço, em razão do princípio da continuidade deste, pode-se converter a suspensão do servidor em multa, no valor de 50% a remuneração equivalente ao número de dias de suspensão a ele impostos. Ou seja, para que se garanta a continuidade do serviço, o servidor público continuará trabalhando por todo o período a que se refere a suspensão, mas, durante este tempo, receberá apenas metade da sua remuneração.

²²⁰ BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. **Servidor Público**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

²²¹ *Ibidem*.

²²² PRADO, Leandro Cadenas. **Servidores Públicos Federais**: Lei n. 8.112/90. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

Conforme percebido por Leandro Cadenas Prado, a aplicação desta punição também será anotada no assentamento do servidor, e será apagada após 5 anos de efetivo exercício do sujeito sem cometer uma infração.

A pena mais grave é a pena de demissão, cuja as hipóteses estão estabelecidas no artigo 32 da Lei 8112/90. Este artigo, entre outras condutas prevê a improbidade (inciso IV), a aplicação irregular de dinheiros públicos (inciso VIII), a utilização do cargos para auferir vantagem pessoal ou para terceiros em detrimento da dignidade da função pública (inciso IX); a lesão aos cofres públicos (inciso X), a conduta de aproveitar-se do cargo público para auferir proveito pessoal ou conceder proveito a outrem (inciso XIII) e o recebimento de propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer tipo em razão de sua função(inciso XVI).

Em consonância com o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5, inciso XXXV da Constituição Federal, os julgamentos administrativos poderão sofrer apreciação do Poder Judiciário. Contudo, como anteriormente exposto, a Lei 8112/90 não preocupou-se em tipificar as condutas, prevendo para cada uma delas uma pena específica, mas tão somente previu as penalidades passíveis de aplicação. Esta postura adotada pelo legislador implicou na discricionariedade da escolha pela Administração Pública de qual (s) pena (s) aplicar a cada caso concreto, baseando-se apenas na conveniência e na oportunidade.

Ou seja, mais uma vez, o ordenamento ao prevê sanções administrativas entregou à autoridade que irá aplicar à penalidade a incumbência de, através de um juízo de conveniência e de oportunidade, escolher qual a sanção a ser aplicada. José Maria Pinheiro Madeira²²³ explica ainda que a aplicação das penalidades administrativas não está sequer submetida à necessidade de se começar pela pena menos rigorosa para só depois alcançar a de maior gravidade, devendo respeitar tão somente os princípios da proporcionalidade e da motivação²²⁴.

José Maria Pinheiro Madeira²²⁵ esclarece que o Poder Judiciário não tem o condão de analisar o mérito destes atos, ficando, portanto limitado apenas à sua legalidade e legitimidade. Assim, se a Administração Pública respeitou o contraditório, a ampla

²²³ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor Público na Atualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²²⁴ Também neste sentido CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Lei n 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Salvador: Juspodivm, 2011.

²²⁵ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Op.cit.*, 2007, *et seq.*

defesa, o devido processo legal e os demais princípios da boa Administração, não poderá o Judiciário intervir na atuação da Administração, conforme entendimento, inclusive, do STJ²²⁶.

No que se refere ao disposto do inciso IX do artigo 117, o artigo 137 determina, em seu parágrafo único o afastamento perpétuo do servidor. Ou seja, o servidor público que utilizar o cargo para auferir vantagem pessoal ou para terceiros, em detrimento da dignidade da função pública, será punido com a demissão, não podendo jamais candidatar-se ao serviço público federal.

Este dispositivo está eivado de inconstitucionalidade, na medida em que a Constituição Federal proíbe expressamente as penalidades perpétuas em seu art. 5, inciso XLVII. Inconstitucionalidade similar está presente no artigo 173, parágrafo 3 da Lei de Improbidade Administrativa, que prevê a demissão do servidor a bem do serviço.

A pesar da escarces doutrinária sobre o tema, percebe-se que todas as penalidades previstas no ordenamento, de um modo geral, preveem uma reabilitação ou uma quantidade de tempo para que haja o seu exaurimento, com exceção destas penalidades. Destarte, no caso concreto, em âmbito de controle de constitucionalidade difuso, deveriam os dispositivos serem afastados, sob pena de afronta a um direito fundamental constitucionalmente protegido.

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n 10055/DF. Impetrante: Jucelino Alves Cunha. Impetrado: Ministro De Estado Da Justiça. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DJ 22 ago. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1792151&sReg=200401509110&sData=20050822&sTipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 20 out.2012.

5 CONCLUSÃO

Em face de tudo o exposto, é possível que se alcance infira algumas conclusões:

- 1) A licitação é reclamada como requisito à celebração de contratos realizados pelo Poder Público, para que seja atendida a necessidade de incidência de princípios constitucionais vigentes;
- 2) Como visto, embora a licitação pudesse ser classificada como um ramo do Direito Financeiro, um ato condição ou um procedimento administrativo, concluiu-se que a licitação é um princípio constitucional;
- 3) Isto porque o princípio da licitação se configura exatamente na guarida de princípios que são, segundo a nossa Carta Constitucional, indispensáveis à sociedade, onde se aplicam notadamente os princípios da eficiência, moralidade e impessoalidade;
- 4) Percebe-se ainda que a finalidade da licitação é garantir que a aquisição feita pelo poder público esteja de acordo com o aqueles preceitos eleitos pela sociedade como imprescindíveis à Administração Pública, ela não existe estritamente para promover a observância de regramentos ou procedimentos legalmente estabelecidos;
- 5) É ainda finalidade da licitação a instrumentalização de políticas públicas;
- 6) Foi possível ainda concluir que há a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre a necessidade da Administração Pública e ampla participação dos interessados, possibilitando que o Poder Público possa, simultaneamente, comprar o bem com qualidade suficiente para suprir o seu anseio e permitir a ampla participação do particular, sem que haja um direcionamento do licitante vencedor através do instrumento convocatório;
- 7) Também concluiu-se que a integridade do procedimento licitatório não é suficiente para alcançar as finalidades da licitação que dizem respeito à vantajosidade financeira da contratação e realização de políticas públicas;
- 8) Assim, este procedimento tem um caráter procedimental, que deve admitir flexibilizações para alcançar às finalidades da licitação. Estas flexibilizações, contudo, devem ser utilizadas em caráter excepcional e deve ser exaustivamente fundamentada, para afastar as fraudes;

- 9) Constatou-se ainda que estas fraudes têm responsabilização prevista tanto no regime jurídico atinente à licitação como na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8429/92);
- 10) Concluiu-se ainda que a utilização de processo para efetivar o princípio constitucional da Licitação tem finalidade precípua de afastar o máximo possível a fraude das licitações. Este processo, contudo, não é capaz por si só de afastar a improbidade dos certames licitatórios, dependendo de outras medidas para permitir que o alcance as finalidades da licitação sejam alcançadas.
- 11) Notou-se ainda que a fraude em procedimentos licitatório costuma ocorrer de formas já conhecidas, mas podem variar de acordo com a criatividade daqueles que pretendem buscar a quebra da higidez do certame. Este conluio será instaurado como fruto de um esquema, que pré-estabelece o ganhador de um certame. Este pacto pode, inclusive, prevê um sistema de rodízio, onde todos os licitantes estão corrompidos e, concorrem para a vitória de apenas um deles, o escolhido;
- 12) Percebeu-se ainda que é possível, através da teoria dos jogos, estabelecer uma previsão do comportamento do sujeito a depender do conteúdo das normas. Assim, da análise de nossa legislação é possível que se observe a insuficiência do procedimento estabelecido para o afastamento das fraudes dos procedimentos licitatórios;
- 13) Com isto concluiu-se ainda que a teoria dos jogos também pode ser utilizada para a elaboração das normas, haja vista ser capaz de analisar o direcionamento a ser dado por elas;
- 14) Também percebeu-se que há medidas que podem ser adotadas para evitar as fraudes ao procedimento licitatório, como a obtenção de conhecimento prévio do produto a ser adquirido, o incentivo dos particulares à participação do certame, a não comunicação entre os proponentes e ainda a qualificação dos agentes públicos para perceberem indícios de fraude aos procedimentos licitatórios;
- 15) As consequências jurídicas destas fraudes são as sanções administrativas. Estas podem ser entendidas como uma implicação jurídica decorrente de comportamentos que são juridicamente proibidos sejam eles comissivos ou omissivos;

- 16) Concluiu-se ainda que apesar de apresentarem certa similitude, as sanções administrativas têm regime jurídico diverso do regime jurídico das sanções penais, principalmente porque não há uma identidade entre as suas finalidades. A finalidade precípua das sanções penais é punitiva, enquanto as sanções administrativas objetivam, ao menos essencialmente, desestimular condutas reprováveis contra a administração pública;
- 17) Foi possível também concluir que há uma independência entre a responsabilidade administrativa e a responsabilidade penal. Esta independência, entretanto, sofre mitigações estabelecidas pela própria lei. Estas mitigações decorrem de determinados fatores, entre eles: a maior presença do princípio da ordem pública na esfera penal, a maior gravidade das consequências provenientes da esfera criminal e também o maior rigor na instrução probatória do âmbito penal;
- 18) Apesar destas mitigações, é possível concluir que as sanções administrativas têm particularidades em relação às sanções penais, como a possibilidade de serem dispostas em normas penais em branco;
- 19) Analisou-se que a responsabilidade decorrente de atos de improbidade administrativa, apesar de ser compreendida doutrinariamente como de natureza civil, inegavelmente possui relevância ao Direito Administrativo;
- 20) Constatou-se ainda que a Lei de Improbidade Administrativa prevê que para as hipóteses de atos de improbidade administrativa haverá a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; o ressarcimento integral do dano, quando houver; a perda da função pública; a suspensão dos direitos políticos; o pagamento de multa civil; e ainda a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente;
- 21) Percebeu-se que apenas a quantidade de sanção será variada a depender do ato de improbidade praticado. Ou seja, as sanções são as mesmas, mas a dosagem da pena variará se o ato gerar enriquecimento ilícito causar prejuízo ao patrimônio público ou violar os princípios da Administração Pública;
- 22) Estas penas podem ser aplicadas tanto individualmente como cumulativamente;
- 23) Verificou-se ainda que o ressarcimento não afasta as sanções previstas na Lei;

- 24) Os licitantes responderão pelas sanções previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos na lei do Pregão e na Lei do RDC;
- 25) A Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a aplicação da suspensão temporária do direito de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública e também a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública;
- 26) Concluiu-se ainda que a suspensão temporária do direito de licitar refere-se a todos os entes, para que seja garantida a efetividade e a unidade da Administração Pública;
- 27) Notou-se ainda que os contratos já em curso não são afetados com a declaração de inidoneidade ou com o impedimento de contratar com a Administração Pública, o que não impede a aplicação de nova punição por infração cometida no curso do próprio contrato;
- 28) Foi também possível perceber que a Lei do pregão estabelece que aquele que fraudar a execução dos contratos ficará impedido de contratar ou licitar com a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios pelo prazo de cinco anos, sem prejuízo do descredenciamento dos cadastros de fornecedores, da multa prevista no edital ou outras cominações legais;
- 29) Assim como se constatou que a Lei do RDC prevê simplificações ao regime previsto na Lei n. 8666/93, prevendo a penalidade de impedimento de licitar e contratar quando comprovada as fraudes, que serão aplicados sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório. Isto porque a Lei instituidora do RDC ao estabelecer que o impedimento da licitação seja perante a União, o Estado ou o Município, estabelece uma relação de alternatividade;
- 30) Verificou-se também que os servidores públicos federais serão punidos através do disposto na Lei 8112/90. Os servidores públicos estaduais serão punidos de acordo com as regras previstas em seus próprios estatutos;
- 31) Foi ainda possível observar que as penalidades administrativas previstas aos servidores públicos federais são a advertência; a suspensão; a demissão; a cassação de aposentadoria ou disponibilidade; a destituição de cargo em comissão; a destituição de função comissionada, disposta através de uma ordem de gradativa de gravidade. Concluiu-se que a opção por que sanção será aplicada decorrerá de um juízo de conveniência e oportunidade da autoridade que irá aplicar a penalidade.

Destarte, percebe-se que a licitação é indispensável para garantir a proteção e aplicação de valores que são caros à sociedade. Para tal, é indispensável que se proporcione efetividade ao princípio da licitação. Embora existam os meios para afiançar esta efetivação na prática estes são insuficientes e mal aproveitados, revelando assim um conjunto normativo que além de insuficiente não é vastamente aplicado.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Eduardo Arruda. Breves Considerações Sobre as Sanções da Lei de Improbidade Administrativa *in* OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Orgs.). **Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.157-179.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**: 4.ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O princípio da impessoalidade da administração pública**: para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10.ed. São Paulo: Malheiros. 2009.
- BARBOSA JÚNIOR, Salvador José; LEME, Tatiana Capachin Paes. **Fraude em licitação sempre causa dano, mesmo moral**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-fev-12/fraude-licitacao-sempre-causa-dano-administracao-ainda-moral>. Acesso em: 30 ago.2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da moralidade no Direito Público. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 22, jan./mar. 1998.
- BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **Manual de licitações públicas**: análise do procedimento licitatório, modelos de editais, recursos e impugnações, jurisprudências. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Conteúdo da Moralidade Administrativa. **JAM Jurídica**. Salvador: JAM jurídica editoração e eventos LTDA., v.9, mai.2004, p.14-17.
- BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa**: análise da prática jurisprudencial. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- BORGES, Alice Gonzales. Normas Gerais de Direito Público. **Revista de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.24, 1990, p.81-93.
- BORGES, José Souto Maior. Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco**. Recife: Esmape, v.2, jan./mar. 1997, p.311-24.

BOZZA, Fábio Piovesan. Sociedade em conta de participação: natureza, regime jurídico e tributação pelo imposto de renda. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.145, out.2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Reclamação n. 2.790/SC**. Reclamante: Luiz Henrique da Silveira. Reclamado: Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública de Joinville. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DJ 04 mar. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=6984316&num_registro=200800768899&data=20100304&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 29 out.2012.

_____. **Recurso Especial n. 1034511/CE**. Segunda Turma. Recorrente: Carlos Roberto Aguiar. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, DJ 22 set.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5448838&num_registro=200800402850&data=20090922&tipo=51&formato=HTML>. Acesso em: 29 out.2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. **Decreto n. 7581, de 11 de outubro de 2011**. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. Brasília, DF, 13 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 31 out.2012.

_____. **Decreto-Lei 200, 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 17 maio.2012.

_____. **Lei 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, DF, 5 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 31 out.2012.

_____. **Lei 8443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF, 16 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 31 out.2012.

_____. Ministério da Saúde. **Instrução Normativa 01, de 19 de janeiro de 2010.** Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/wp-content/uploads/2010/03/Instrução-Normativa-01-10.pdf>>. Acesso em: 02 ago.2012.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Cartilha A3P, 2009.** 5.ed. Disponível em <http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cartilha_a3p_36.pdf>. Acesso em: 02 ago.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargo de Declaração no Mandado de Segurança n. 13.101/DF.** Embargante: União. Embargado: Construtora Gautama Ltda. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, DJ 22 mai.2009.

_____. **Mandado de Segurança n 10055/DF.** Impetrante: Jucelino Alves Cunha. Impetrado: Ministro De Estado Da Justiça. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DJ 22 ago. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1792151&sReg=200401509110&sData=20050822&sTipo=5&formato=html>. Acesso em: 20 out.2012.

_____. **Reclamação n. 591/SP.** Corte Especial. Reclamante: Delvio Buffulin. Reclamado: Juízo federal da 12a vara cível da seção judiciária do estado de São Paulo. Relator: Min. Nilson Naves. Brasília, DJ 29 jun. 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=65408&formato=PDF>>. Acesso em: 29 out.2012.

_____. **Recurso Especial n. 1.155.992.** Recorrente: União. Recorrido: MABM. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília, DJ, 1 jul.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=8585012&num_registro=200901716656&data=20100701&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 31 out.2012.

_____. **Recurso Especial n. 1038777/SP.** Recorrente: João Paulo Ismael. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DJ 16 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800522963>>. Acesso em: 29 out.2012.

_____. **Recurso Especial n. 1149427/SC.** Recorrente: Paulo Afonso Evangelista Vieira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, DJ 09 set. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=11428780&num_registro=200901360582&data=20100909&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 29 out.2012.

_____. **Recurso Especial n. 174.274/SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: S Goldberg Ltda. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DJ 22 nov. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=1441285&num_registro=199800347453&data=20041122&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 02 out.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 927**. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DJ 11 nov. 1994. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev3/files/JUS2/STF/IT/ADI_927_RS_1278880413344.pdf>. Acesso em: 02 ago.2012.

_____. **Informativo n. 401**. Decisão publicada no informativo n. 401 do STF, referente às ADI n. 2797/DF e 2860/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo401.htm>>. Acesso em: 29 out.2012.

_____. **Reclamação n. 2.128/DF**. Reclamante: União. Reclamados: Juiz Federal substituto da 14ª vara da seção judiciária do distrito federal e relator da ac nº 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª região. Relator: min. Nelson Jobim. Brasília DJE 18 abr. 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 29 out.2012.

_____. **Representação n. 1057**. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Sr. Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, julgado em 25 nov. 1981. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rp+1057+%2ENUME%2E+OU+Rp+1057+%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 maio.2012.

_____. **Súmula nº 18**. Falta Residual - Absolvição pelo Juízo Criminal - Punição Administrativa - Servidor Público. Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0018.htm>. Acesso em: 03 out.2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Representação 016.737/1999-7**. Decisão n. 36/2001, Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. DOU 23 fev.2001. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 02 out.2012.

_____. **Tomada de Contas Especial**. Acórdão n. 2558/2006, 2 câmara, rl. Min. Walton Alencar Rodrigues Disponível em: <acessoseguro.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2048714.pdf>. Acesso em: 01 out.2012.

BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. **Servidor Público**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAMPOS, Francisco. As práticas de conluio nas licitações públicas à luz da teoria dos jogos. **Revista Análise Econômica**. Set/2008, v. 26, n. 50. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/view/10919/6496>>. Acesso em: 29 out.2012.

CASTRO, Fabiano de. **A Corrupção No Orçamento: Fraudes em Licitações e Contratos com o Emprego De Empresas Inidôneas.** Acesso em: 04 ago. 2012. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053588.PDF>>

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Lei n 8112, de 11 de dezembro de 1990.** Salvador: Juspodivm, 2011.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo.** 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CERQUEIRA, Tarsis Silva de. **O julgamento dos recursos repetitivos nos tribunais superiores: uma nova leitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição.** Salvador: JusPODIVM, 2012.

_____. O que é o processo? Uma proposta de análise a partir de sua estrutura dialógica. **Teses da Faculdade Baiana de Direito.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v.3. 2011, p.421-443.

COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar.** 4.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COSTODIO FILHO, Ubirajara. A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. **Cadernos de direito constitucional e Ciência política.** Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 7, n. 27, Abr./jun.1999, p.208-217.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas:** comentários à Lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, republicada no Diário Oficial de 6 de julho de 1994, conforme determinação do art. 3º da Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994; redação posteriormente alterada pelas Leis nº 8.987, de 13.02.1995; 9.074, de 07.07.1995; 9.472, de 16.07.1997; e 9.648, de 27.05.1998. 18. ed. rev. e atual. inclusive de acordo com a. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Do ato administrativo.** 2. ed. rev., aum., atual. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo.** 9.ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DA CUNHA, Sérgio Sérvulo. O que é um princípio. *In* DA CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto (org.). **Estudos de Direito Constitucional:** em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, p.261-276.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da licitação.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DELGADO, José Augusto. Do conceito de licitação ao seu objeto. **Revista Forense.** São Paulo: Malheiros, v.79, jul./set. 1983.

_____. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 680, jun. 1992, p.34-46.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2.ed.rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito**. São Paulo: Atlas, 2000.

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

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, abr./jun. 2001, p.182-194.

GARCIA, Emerson; ALVES Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6 ed. rev. e ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Ed. RT, 1990.

GRECA, Alcides *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**. Instituto Piaget: Lisboa, 1986.

HILBRECHT, Ronald. Uma introdução à Teoria dos Jogos. *In*: Luciano Benetti Timm (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

JEZÈ, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. V.1. Buenos Aires: Depalma, 1948.

_____. _____. V.4. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor Público na Atualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de Direito Público**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**: 14.ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Da licitação**. São Paulo: Bushatsky, 1978.

_____. **Princípios gerais de direito administrativo**: Introdução. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v.1.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Licitação**. 1.ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Bosoj, 1954.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.1, 2001, p.51-61.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**: estrutura da contratação e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parceiras público privadas. 1.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e contrato administrativo**. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 9 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Acesso em: 04 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.cadterc.sp.gov.br/usr/share/documents/Diretrizes-OCDE.pdf>>.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Sanções da Lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 88, v. 766, ago. 1999, p.88-99.

PAZZAGLINI FILHO, Marino, Rosa, Márcio Fernando Elias, Fazzio Júnior, Waldo. **Improbidade Administrativa**: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1998.

PELUSO, Luis Alberto. **Ética & utilitarismo**. Campinas, SP: Alinea, 1998.

PRADO, Leandro Cadenas. **Servidores Públicos Federais: Lei n. 8.112/90**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. O Objeto do Processo de Improbidade Administrativa: alguns aspectos polêmicos in JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; Alvim, Eduardo ARRUDA (Coord.). **Temas de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.155-168.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei 8429/92**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O princípio da moralidade administrativa. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 6, n. 22, jan./mar. 1998, p.129-132.

SILVA, Carlos Medeiros. Parecer. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Livro S.A., v.79, 1965, p.465-475.

SORAES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.

TOURINHO, Rita. Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da lei de improbidade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 16, out./nov./dez., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 31 de julho de 2012.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.