

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JUAREZ FURTADO THEMÓTHEO NETO

**ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO**

FORTALEZA

2010

JUAREZ FURTADO THEMÓTHEO NETO

**ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Professora Fernanda Cláudia Araújo da
Silva

FORTALEZA

2010

JUAREZ FURTADO THEMÓTHEO NETO

ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Professora Fernanda Cláudia Araújo da
Silva

Aprovada em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Fernanda Cláudia Araújo da Silva (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. José Adriano Pinto (Membro)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Emanuel de Abreu Pessoa (Membro)
Universidade Federal do Ceará - UFC

DEDICATÓRIA

À Deus, por proporcionar este raro momento em minha vida. À minha mãe, pela dedicação em minha educação. À Deniria Raulino de Freitas, pelo amor e dedicação de todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, por seu caráter e senso de justiça irretocáveis, à Deniria por me acompanhar nas maiores dificuldades que a vida nos impôs e à Deus, por me dar a galhardia necessária para chegar até aqui.

*De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto
ver prosperar a desonra, de tanto agigantarem
os poderes nas mãos dos maus, o homem
chega a desanimar-se da honra e ter vergonha
de ser honesto.*

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho versa sobre tema dos mais cheios de controvérsias no Direito Público brasileiro: as licitações públicas. Mais especificamente sobre os atos de improbidade administrativa nas licitações públicas, que se apresentam, notadamente, através das fraudes licitatórias. Não obstante a evolução dos meios de controle administrativo e as mudanças na legislação pátria que regulam a matéria, o homem sempre arquiteta novas maneiras de burlar a legislação e alcançar seus objetivos pessoais, suprimindo os interesses da coletividade. Apresentar algumas dessas manobras fraudulentas, bem como sugerir meios eficazes para o combate a essas condutas é o objetivo central de nossa exposição.

Palavras chaves: Licitações Públicas. Improbidade Administrativa. Fraudes Licitatórias. Controle Administrativo.

ABSTRACT

This current work focuses on one of the most controversial theme within the Brazilian Public Law: the public bidding. More specifically, concerning the administrative acts of misconduct in public bids, which are presented mainly through bidding frauds. Despite the evolution of means of administrative control and changes in the brazilian legislation that regulates the subject, the human being has always architected new ways to disobey the law in order to achieve its personal goals, suppressing the interests of the community. Presenting a few of these maneuvers, and suggesting effective ways to combat such conduct is the central goal of our entire exhibition.

Keywords: Public Bidding. Administrative misconduct. Bidding frauds. Administrative control.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	12
2.1 Noções gerais acerca de improbidade.....	12
2.2 Conceito de improbidade administrativa.....	13
2.3 Distinção entre probidade e moralidade administrativa.....	14
2.4 Normas de proteção à moralidade administrativa.....	15
2.5 Controle e responsabilização da Administração Pública.....	17
2.6 Sujeitos do ato de improbidade administrativa.....	19
3 LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	21
3.1 Licitação: conceito e finalidades.....	21
3.2 Princípios da Administração Pública e princípios aplicáveis ao instituto.....	26
3.2.1 Princípio da legalidade.....	27
3.2.2 Princípio da isonomia ou igualdade.....	27
3.2.3 Princípio da impessoalidade.....	28
3.2.4 Princípio da publicidade.....	29
3.2.5 Princípio da eficiência.....	30
3.2.6 Princípio da moralidade.....	30
3.2.7 Princípio da publicidade.....	31
3.2.8 Princípio da inalterabilidade do instrumento convocatório.....	32
3.2.9 Princípio do julgamento objetivo.....	33
3.3 Fases e procedimento da licitação.....	33
3.3.1 Fase interna ou preparatória.....	34
3.3.2 Fase externa ou procedimento propriamente dito.....	35

3.4 Revogação e anulação do procedimento licitatório.....	37
4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO..	39
4.1 Fraudes em licitações públicas.....	39
4.2 Atos de improbidade segundo a Lei ° 8.429/92.....	45
4.2.1 Atos ímprobos que importam enriquecimento ilícito.....	46
4.2.2 Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário público.....	48
4.2.3 Praticar atos que atentem contra os princípios da Administração Pública.....	50
4.3 Das sanções aplicáveis.....	52
4.4 Prescrição das Ações de Improbidade Administrativa	54
4.5 Quadro geral acerca de fraudes licitatórias.....	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
6 REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O mau procedimento de agentes públicos, isoladamente ou em conluio com particulares, há muito compromete as finalidades precípua do procedimento licitatório. Apesar da evolução da legislação e de possuímos um moderno sistema de combate à improbidade, o controle sobre os atos da Administração Pública ainda tem muito a evoluir. É bem verdade que este controle ganhou força com o advento da Lei nº 8.429/92, que expressamente prevê sanções aplicáveis aos agentes fraudadores, mas se faz necessário verificar com cautela a eficiência de tais sanções na inibição das fraudes licitatórias.

Grande passo dado pela legislação brasileira, a Lei de Improbidade Administrativa legitimou os próprios entes da Federação para que procedessem com a propositura da ação por improbidade administrativa. Não obstante a boa intenção da lei, na prática, isso acaba não ocorrendo porque, na imensa maioria das vezes o ato ímprobo ocorre por acordo entre o particular e o próprio agente público.

Neste ínterim, destaca-se a louvável atuação do Ministério Público, que atuando com isenção e imparcialidade em decorrência das garantias de que goza, pode combater com mais veemência a improbidade na Administração Pública, aplicando com mais notoriedade a Lei de Improbidade Administrativa. O combate à improbidade administrativa, todavia, não pode depender unicamente da atuação do Ministério Público, que embora admirável, não tem o condão de lidar com todas as complexas circunstâncias que o mundo jurídico apresenta. Assim ocorre com as fraudes licitatórias: o agente administrativo que tenciona alcançar seus objetivos pessoais ou favorecer determinado particular tem optado já há muito, por fraudar o procedimento licitatório, já que as licitações públicas se mostram bastante tentadoras, uma vez que envolvem contratações de grande monta, atraindo a cobiça de muitos. Buscando auxiliar no combate às práticas fraudulentas em licitações públicas, faz-se necessário que procedamos com um estudo acurado dessas práticas, as sanções aplicáveis a cada caso e as necessárias ferramentas para coibi-las com maior rigor, qualificando os profissionais que atuam no ramo licitatório através da pesquisa científica e do estudo de situações concretas envolvendo condutas fraudulentas.

É neste contexto que nossa linha de pesquisa procurou atuar, o que se verificará durante toda a nossa exposição.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Noções gerais acerca de improbidade

Constitui dever do homem público atuar dentro dos mais altos padrões de lisura e retidão. Em diversas situações, entretantes, o homem sucumbe às tentações e, deixando de lado o seu dever de probidade, passa a defender certos interesses privados em detrimento do interesse e da coisa pública. As reiteradas denúncias de atos de desonestidade no serviço público despertam um sentimento de revolta e descrédito na pessoa do homem público e passam à população a idéia de que a desonestidade é algo inerente ao serviço público.

Não obstante as inúmeras alterações na legislação pátria e a evolução de nossos meios de controle administrativo, estes se mostram ainda bastante deficitários. As estatísticas mostram que a maior parte dos agentes públicos que desviaram dinheiro público e foram efetivamente processados, raramente devolvem as quantias desviadas à Fazenda Pública. Isso prolifera uma sensação de impunidade que apenas contribui para que o problema se perpetue cada vez mais em nosso meio social.

Cada dia mais denúncias dão conta de escândalos envolvendo agentes públicos dos mais diversos escalões da política brasileira envolvidos com desvio de dinheiro público, superfaturamento de obras ou fraudando licitações (para citarmos apenas alguns exemplos). Diante desse contexto, indagamos: de que maneira essas condutas podem ser mitigadas no meio da Administração Pública? A mudança deste quadro passa, inevitavelmente, pela compreensão científica da improbidade administrativa nas suas mais diversas facetas e seus reflexos na coisa pública, a fim de que possamos identificá-la e preveni-la, aplicando exemplarmente a cada caso concreto as sanções previstas na lei nas hipóteses em que sua prevenção não for bem sucedida. O fato é que, para que possamos compreender a problemática da improbidade administrativa, devemos, *ab initio*, compreender a sua origem etimológica, bem como a sua conceituação. Passemos a analisar, portanto, a origem do termo “improbidade administrativa”.

2.2 Conceito de improbidade administrativa

Etimologicamente, o termo *improbidade* deriva do latim *improbitate*, que significa desonestidade. De outro lado temos a *probidade*, que se origina do latim *probus*, significando aquilo que é bom, de boa qualidade, que traz em si uma idéia diametralmente oposta. Assim, age com desonestidade aquele que não pauta o seu agir na probidade.

Já o adjetivo *administrativo* decorre do substantivo “administração”, que por sua vez originou-se do latim *administrare*, que significa “prestar seu ministério”, “prover o que é útil”.

Talvez a melhor forma de compreendermos a improbidade seja entendendo o que vem a ser a sua idéia oposta: a probidade. Probidade é, antes de tudo, um princípio norteador da atuação administrativa. Mas o que vem a ser um princípio? Princípio é a norma central de um sistema jurídico, denota a idéia de algo basilar, antecedente de todas as outras formas normativas, responsável por conferir harmonia na interpretação de cada parte de um sistema jurídico, constituindo-se, portanto, em um fator de harmonização.

É neste sentido que se insere o princípio da probidade administrativa, requisito de validade necessário para todos os atos administrativos. A respeito do princípio como norma harmônica, resume com clareza solar Carmen Lúcia A. Rocha:

Pode-se, então, afirmar que os princípios constitucionais têm como função assegurar unidade ao sistema jurídico fundamental, oferecendo objetividade e segurança ao modelo ético e político adotado pela sociedade estatal, e permitindo a integração e harmonia permanente e atualizada do sistema de Direito positivado.¹

Ato administrativo ímprobo será, portanto, todo e qualquer ato que afronte o princípio da probidade. Para melhor esclarecer o conceito de improbidade administrativa, verifiquemos o ensinamento de Alexandre de Moraes:

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público.²

¹ ROCHA, Carmen Lucia Antunes, **Princípios da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey. p. 28.

² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 334.

O conceito do insigne doutrinador demonstra que não há a necessidade de existir, para a configuração dos atos de improbidade administrativa, necessariamente, dano ao erário público ou enriquecimento ilícito, bastando, para tanto, que haja colisão entre o ato praticado e o dever de probidade do homem público.

2.3 Distinção entre probidade e moralidade administrativa

Debate dos mais efervescentes na doutrina diz respeito à distinção dos termos probidade e moralidade administrativa. Seja pelo caráter axiológico que é dado ao princípio da probidade, seja pela falta de conceito de nosso texto constitucional do termo “probidade”, a verdade é que não há entendimento pacífico no que diz respeito a sua distinção de “moralidade”.

Na tentativa de fazê-lo, aduz o mestre José Afonso da Silva: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos” e conclui afirmando que “A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”.³

Este também é o entendimento de Marcelo Figueiredo, senão vejamos:

Entendemos que a probidade é espécie do gênero "moralidade administrativa" a que alude, "v.g.", o art. 37, caput e seu §4º da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa, verdadeiro norte à administração em todas as suas manifestações. Se correta estiver a análise, podemos associar, como o faz a moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. Não estamos a afirmar que ambos os conceitos são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa.⁴

Para esclarecer melhor nosso posicionamento, vejamos o que dispõe a Lei nº 8.429/92: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições [...]”. É bem verdade que as duas figuras são bastante próximas, de tal maneira que, por vezes, podem ser entendidas como expressões

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 669.

⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**, Malheiros, São Paulo, 1995, p. 50.

sinônimas. Não podem ser assim consideradas como vislumbramos nos argumentos ora colacionados.

Juntamo-nos ao posicionamento de Emerson Garcia ao afirmar que “em razão da própria técnica legislativa adotada, a qual considerou ato de improbidade a mera violação aos princípios regentes da atividade estatal, devem ser buscadas novas perspectivas para a compreensão da probidade, considerada por muitos mera especificação da moralidade administrativa” e finaliza afirmando: “Assim, quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delineada por ela”.⁵

O mais importante é entender que a probidade é princípio que não se conforma com o mero cumprimento da legalidade estrita, mas exige que além do cumprimento da lei, a atuação do Poder Público seja pautado na honestidade e boa-fé. Não há exigência de prejuízo material para a configuração do ato de improbidade, mas tão somente a conduta desonesta, moralmente questionável.

2.4 Normas de proteção à moralidade administrativa

Desde a colonização brasileira por Portugal, diversas normas de controle da moralidade administrativa foram impostas, cominando penas com o fito de coibir a imoralidade na *res publica*.

As Ordenações Filipinas, vigentes até a criação do Código Criminal de 1830, proibiam expressamente que as autoridades públicas recebessem “dádivas” ou “presentes”, sob pena de pagamento de multa e perda de seu ofício.

Durante o período imperial, foi outorgada por D. Pedro I a Constituição de 1824 que previa a responsabilização dos Ministros de Estado, considerando como traidores os que aceitassem subornos, vantagens ou praticassem qualquer dissipação dos bens públicos. Curioso o previsto por aquela Carta Constitucional em seu Art. 99: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.” (grafia da época)

Na Constituição de 1891, a primeira da República, consideravam-se crimes de responsabilidade, atos do Presidente da República que atentassem contra a “probidade da

⁵ GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério Alves. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Lumen Juris. 2006. p. 45-46.

administração, a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos ou contra as leis orçamentárias votadas pelo Congresso” (Art. 54, § 6º). Surgiu, naquela época, o uso da expressão “probidade” que viria a inspirar o uso do termo “improbidade” anos depois na Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna de 1934 repetiu a fórmula anterior e previu também como crimes de responsabilidade, os atos do Presidente que atentassem contra a probidade da administração e complementava ressaltando que os Ministros seriam considerados “responsáveis pelos atos que subscrevessem, ainda que conjuntamente com o Presidente da República, ou praticassem por ordem deste” (Art. 61, § 2º). Permitia-se, ainda, que qualquer pessoa apresentasse representação, denunciando abuso de poder ou requerendo a anulação de atos lesivos ao patrimônio público.

A mesma linha das duas Cartas anteriores foi seguida pelas Constituições de 1946 e 1967, com destaque para a última, porque passou a considerar qualquer pessoa parte legítima para propor ação popular para anulação de atos que lesassem o patrimônio público.

Em 1988 foi promulgada a Constituição Federal de 1988, sem dúvida a mais completa Carta Constitucional da história de nosso país no que diz respeito aos meios de controle da moralidade administrativa. O § 4º de seu art. 37, por exemplo, diz acarretar a “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Além disso, manteve a tradição de outras Constituições anteriores, considerando crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentassem contra a probidade administrativa, leis orçamentárias, cumprimento das leis e decisões judiciais.

Tratando-se de normas infraconstitucionais para a defesa da moralidade administrativa, vale destacar a Lei nº 3.164/57, popularmente conhecida como “Lei Pitombo-Godói Ilha”. Permitia-se, por esta lei, o seqüestro e perda de bens em prol da Fazenda Pública por influência ou abuso de cargo ou função pública decretadas por juiz civil, a pedido do Ministério Público ou qualquer pessoa do povo (Art. 1º da referida lei).

Posteriormente, a Lei nº 3.502/58 (lei Olavo Bilac Pinto) também deu sua parcela de contribuição para a evolução da legislação que trata da matéria. Determinava, entre outras coisas, que dirigentes ou empregados de autarquias que enriquecessem ilicitamente, por

influência ou abuso de poder estariam sujeitos ao seqüestro ou perda dos bens ou valores auferidos ilicitamente.

Passo mais largo foi dado com a edição da Lei nº 4.717/65, que regula a chamada Ação Popular, marco de grande destaque e relevância para o combate às irregularidades no serviço público. Por meio da Ação Popular, qualquer pessoa do povo, que esteja na plenitude de seus direitos políticos, pode requerer judicialmente a anulação de atos, inclusive contratos administrativos eivados de ilegalidade ou prejudiciais à Administração.

Outra lei que vislumbra a proteção da probidade administrativa é a Lei nº 7.347/85, que trata da Ação Civil Pública. Por meio desta lei foi possível assegurar a proteção de importantes direitos e interesses, não apenas os de natureza patrimonial, mas também a proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico, da arte, entre outros. A Constituição de 1988 elevou a Ação Civil Pública à instituto constitucional e atribuiu ao Ministério Público a função de promovê-la. No que se refere à defesa do patrimônio público, a Ação Civil Pública tem sido amplamente aplicada em nosso país e hoje é um dos mais relevantes instrumentos de controle da atuação administrativa e combate aos atos de improbidade.

Inobstante o grande avanço no combate à improbidade administrativa ocorrido após a edição das leis reguladora da Ação Popular e da Ação Civil Pública, não foram elas suficientes para evitar a perda, cada vez mais robusta, de bens e dinheiro público, motivo pelo qual foi editada a atual Lei de combate à Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92. A referida lei tratou de definir e agrupar os atos de improbidade administrativa, definiu os sujeitos ativo e passivo dos atos de improbidade e cominou sanções de natureza civil (fundamentadas nos Arts. 37, § 4º e 129 da Constituição de 1988), tudo para coibir condutas que atentem contra a Administração Pública.

Comentaremos mais a respeito da Lei nº 8.429/92 e sua importância no controle administrativo em momento posterior.

2.5 Controle e responsabilização da Administração Pública

A Constituição Federal de 1988 foi, sem dúvida alguma, o documento político que mais contribuiu para a proteção da moralidade administrativa na história de nosso país, pois prevê sistemas de controle da administração que, se utilizados da maneira adequada, podem

contribuir cada vez mais para reduzir os altos índices de ilegalidade cometidos por agentes estatais.

Mas afinal de contas, no que consiste o controle da Administração Pública? Vejamos como o saudoso Hely Lopes Meirelles conceitua controle da administração: “[...] é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.⁶

Assim é que, para nós, o controle da Administração deve ser conceituado como o poder-dever de controle, interno ou externo exercido pela Administração Pública, por suas funções típicas ou atípicas, de seus atos.

De fato, a Administração Pública deve exercer fiscalização sobre seus próprios atos, podendo exercê-la externa ou internamente. O assunto já foi, inclusive, sumulado por nossa Corte Maior em verbete da Súmula nº 473:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação Judicial.⁷

O controle interno da administração é feito por meio das Corregedorias, Procuradorias ou Ouvidorias, através de processos administrativos ou ainda por inquéritos presididos por autoridades ou comissões formadas pelos próprios agentes públicos componentes da administração. Na realidade, pode-se considerar o controle interno como o primeiro meio de controle da máquina pública, cujo sucesso depende da renúncia de qualquer sentimento de corporativismo ou cumplicidade por parte das autoridades fiscalizadoras, fato que a experiência prática mostra não ser das mais fáceis.

De outro lado temos um controle fiscalizador externo, exercido pelos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Este controle externo é exercido, ainda, pelo Poder Legislativo, que fiscaliza as contas, apura irregularidades através de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) e que pode, após a apuração dos fatos, encaminhar as irregularidade encontradas ao Ministério Público para que a responsabilização civil e criminal dos agentes seja apurada.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 632.

⁷ Sessão Plenária de 03/12/1969 <www.stf.jus.br>.

Além disso, temos a atuação do controle externo repressivo, exercido pelo Poder Judiciário, que atua em um momento posterior ao controle interno da Administração ou do Ministério Público. O controle externo repressivo, como a sua própria denominação indica, nos dá a idéia de atuação punitiva, eis que o momento de sua atuação é, em regra, posterior ao ato fraudulento, visando, acima de tudo, o ressarcimento dos prejuízos auferidos ou a restituição dos bens subtraídos através da repressão civil ou criminal.

Por meio das sanções de natureza civis impostas pelo controle externo repressivo, pretende-se, principalmente, obter o ressarcimento dos prejuízos que o agente infrator ocasionou. Aliás, as críticas mais ferrenhas em relação ao sistema de controle brasileiro é a sua flagrante incapacidade de coibir o agente ímprobo a ressarcir os prejuízos ao erário público.

Destacamos, por hora, o inciso LXXIII do Art. 5º da Constituição Federal de 1988, que prevê a possibilidade da propositura de ação popular por qualquer um do povo, constituindo-se em verdadeira atuação popular no controle da das finanças e da moralidade administrativa. Leia-se:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Outro importante instrumento de repressão à improbidade no serviço público é a para a responsabilização civil dos atos de improbidade administrativa, regulada pela Lei nº 8.429/92, que destacaremos com maior precisão em momento mais oportuno.

2.6 Sujeitos do ato de improbidade administrativa

Para que esteja caracterizado como ato de improbidade administrativa, o ato deve ter envolvido pelo menos de um lado a Administração pública direta ou indireta e, de outro, um agente público. Destarte, não há que se falar em improbidade administrativa quando um desses sujeitos não colaborar, direta ou indiretamente com o ato ímprobo.

O erário, os princípios da administração ou outros interesses da administração podem ser maculados por particulares isoladamente, porém, sem que haja a efetiva

participação de pelo menos um agente público, seja ele corrupto ou corruptor, não estará configurado o ato de improbidade administrativa.

Dessa forma, para que se caracterize como ato de improbidade administrativa, necessário será a presença de um sujeito passivo e um sujeito ativo, no moldes dos Arts. 1º ao 3º, da Lei nº 8.429/92. Vejamos:

Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo Único. Estão também sujeitas as penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefícios ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daqueles para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Para que não restasse dúvida quanto ao dever de lealdade e honestidade do agente público o legislador optou por estabelecer expressamente no seu Art. 4º da mesma Lei: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Por fim, ressaltamos que também não poderá configurar ato de improbidade administrativa a violação de patrimônio ou interesse particular, sem repercussão para a seara administrativa.

Mais adiante trataremos a respeito da configuração dos atos de improbidade administrativa previsto pela Lei nº 8.429/92 e a aplicação de sanções para as condutas ali previstas.

3 LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O entendimento do que vem a ser licitação passa, inevitavelmente, por sua conceituação inicial. Neste sentido, não há alternativa outra senão conceituarmos, *incontinenti*, o instituto.

3.1 Licitação: conceito e finalidades

Para a imensa maioria da doutrina, a natureza jurídica da licitação é de procedimento administrativo. Aliás, é pacífico entre os administrativistas o entendimento de possuir a licitação natureza jurídica procedimental. Por esta razão é muito comum verificarmos a presença da natureza procedimental na maioria dos conceitos apresentados pela doutrina. Vejamos o conceito apresentado por José dos Santos Carvalho Filho para o qual licitação é:

[...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração do contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.⁸

Para melhor cumprir as suas múltiplas funções, o Estado necessita recorrer a bens ou serviços de particulares, razão pela qual passa a com estes firmar contratos. Não poderia a lei permitir que a escolha das contratações alavancadas pelo Estado ficasse a seu bel prazer, pois neste contexto fácil seria imaginar as inúmeras negociatas entre agentes inescrupulosos e particulares oportunistas, ensejando contratações impróprias e, por vezes, prejudiciais ao interesse público. Assim, criou-se um procedimento de escolha que primasse pela objetividade e pela isonomia denominada licitação, regulada atualmente pela Lei nº 8.666/93.

Incompleto estaria o conceito de licitação, entretanto, sem que trouxéssemos à baila as suas finalidades. O procedimento licitatório não é um fim em si mesmo, mas um meio utilizado pelo Estado para contratar com isonomia, transparência e honestidade.

Neste sentido destacamos o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Melo, segundo o qual a licitação almeja dois objetivos, a saber:

A licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 210.

ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.⁹

Um dos pressupostos principais da licitação é a competitividade. Assim, ao publicar um aviso de licitação, a Administração está conclamando interessados para disputar uma efetiva competição tendo em vista a sua contratação pelo Poder Público. Ocorre que a existência dessa efetiva disputa só é possível quando houver uma pluralidade de licitantes que almejem a contratação e ainda que o objeto da contratação não seja tão singular que somente determinada empresa ou pessoa disponha de determinado bem ou serviço para fornecer.

Destarte, há ocasiões em que a Administração pode não proceder com as formalidades inerentes à licitação por razões justificadas e previstas em lei e desde que devidamente justificadas. São os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

O Art. 24 da Lei nº 8.666/93 previu trinta permissivos legais em que a Administração estará desobrigada de seu dever de licitar. Leia-se:

Art. 24. É dispensável a licitação:

- I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;
- II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;
- III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;
- IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;
- V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;
- VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;
- VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 471.

direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

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

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei;

XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXI - Para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico.

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.

XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.

XXIX - na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

Vejamos a interpretação do Art. 24 da Lei de Licitações segundo o entendimento de Lucas Rocha Furtado:

O art. 24 da Lei de Licitações prevê as hipóteses em que a licitação é dispensável. São indicadas, de forma exaustiva, situações que legitimam a contratação direta sem licitação. As hipóteses previstas nesse dispositivo não podem ser aumentadas pelo administrador. Trata-se de lista fechada que não admite que, a pretexto de interpretações extensivas ou analogias, venham a ser criadas hipóteses não autorizadas pelo legislador.¹⁰

Já a inexigência de licitação poderá ocorrer quando não houver possibilidade de competição, como nos casos de bem ou serviço que só pode ser fornecido por uma única licitante, ou no comparecimento de um único interessado. Inexigível é, por assim dizer, a

¹⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Cursos de Direito Administrativo**. 1ª ed. Fórum, 2007

licitação inviável e que, portanto, não pode ser exigida em decorrência de sua própria inviabilidade. Tanto é assim que o não comparecimento de nenhum interessado ou ainda na hipóteses de nenhum licitante atender os requisitos mínimos do edital a licitação restará fracassada, pois seus pressupostos não estarão sendo atendidos. Destaquemos a previsão da lei:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Fora das hipóteses previstas em lei, não podemos falar em dispensa ou inexigibilidade de licitação, uma vez que a sua interpretação deve ser a mais restrita possível, sob pena de incorrerem em permissivos para contratações moralmente atacáveis.

A obrigatoriedade da licitação é uma regra jurídica que não pode ser ignorada pela Administração Pública, somente sendo aceita a contratação sem as suas formalidades em certas situações que, por suas peculiaridades, se caracterizam como excepcionais. Aliás, a obrigatoriedade da licitação é prevista por nossa Constituição Federal em seu Art. 37, inciso XXI: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e

alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...] (omissis)”.

Assim, obrigada está a Administração a proceder com a licitação quando desejar contratar com o particular, desobrigando-se tão somente nas situações de sua dispensa e inexigibilidade legalmente previstas.

A licitação pressupõe a disputa, a pluralidade de interessados e propostas e a ausência previsão das hipóteses de inexigibilidade de licitação encontram-se consubstanciadas no Art. 25 da lei de licitações: são os casos, por exemplo, de bens e serviços singulares ou existência de somente um único fornecedor (fornecedor exclusivo).

Ressaltamos uma vez mais: a obrigatoriedade da licitação é a regra, sua dispensa ou inexigência somente pode ocorrer em situações excepcionais previstas em lei e declaradas através de processo administrativo.

Para nós, portanto, e diante das proposições que ora apresentamos, não há como conceituar licitação, sem que nos voltemos para seu pressuposto maior da competição e para as finalidades a que se dispõe. Nesse ínterim, conceituamos licitação com procedimento administrativo formal, obrigatório em regra e que pressupõe a competitividade, pelo qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa de contrato a ser firmado com o particular para que possa atender ao interesse público.

3.2 Princípios da Administração Pública e princípios aplicáveis ao instituto

Princípio denota a idéia de fundamento central, a norma basilar ou nuclear de determinado sistema jurídico. Dessa forma, a atuação administrativa, como não poderia deixar de ser, deve ser sempre norteadas em princípios..

A Constituição Federal impõe à Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput). Assim, por força constitucional, a Administração deve pautar todos os seus atos nos princípios administrativos citados. Vejamos a seguir como estes princípios refletem no instituto da licitação e como sua inobservância compromete o próprio Poder Público e a coletividade.

3.2.1 Princípio da legalidade

O primeiro princípio que destacamos é o da legalidade. A observância deste princípio pauta, em verdade, toda a idéia de Estado de Direito, uma vez que exerce o controle da Administração, exigindo que todos os seus atos sejam previstos e permitidos em lei. Ao particular é permitido agir da maneira que lhe aprouver desde que não haja proibição em lei. É a máxima prevista no Art. 5º de nossa Constituição Federal do “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal coisa não ocorre com a Administração Pública, uma vez que tem sua atuação adstrita ao que determina a lei. Desta feita, seus atos deverão ser sempre autorizados por lei, desconsiderando-se a sua vontade subjetiva. No que diz respeito às licitações públicas, destacamos que o princípio da legalidade reflete-se na exigência de um procedimento anterior que autorize a licitação, aprovação de uma dotação orçamentária para custear a contratação e subjuço de todo o procedimento no que determina a lei.

3.2.2 Princípio da isonomia ou igualdade

O princípio da igualdade ou isonomia, por sua vez, também compõe a mola propulsora do Estado de Direito e pressupõe um tratamento isonômico aos licitantes, de maneira que nenhum interessado obtenha vantagem sobre o outro, preservando dessa maneira, a mais ampla competitividade entre os interessados. Ressaltemos que o princípio da igualdade busca, não somente tratar com igualdade a todos, mas tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, para que se chegue finalmente a uma igualdade material, fática. Exemplo disso é o tratamento diferenciado dado às microempresas e empresas de pequeno porte, que passaram a ter determinadas vantagens para as contratações públicas com o advento da Lei Complementar nº 123/06, como a concessão de prazo para a regularização de documentos de regularidade fiscal e contratação preferencial em caso de empate.

O princípio da igualdade é previsto na Constituição da República, exatamente em seu Art. 37, inciso XXI, que assim dispõe:

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

[...]

XXI – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados **mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**. (grifo nosso)

Não obstante o princípio constitucional, a Lei nº 8.666/93 também traz de forma expressa a previsão de aplicação do princípio da isonomia e igualdade entre todos os licitantes, *in verbis*: “Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa”.

Ou seja, o princípio da igualdade não somente é um princípio, mas também umas das próprias finalidades da licitação, garantir igualdade em condições entre todos os interessados.

De forma a melhor elucidar a questão, convém evocar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O **princípio da igualdade** constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também **assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar**. Esse princípio que hoje está previsto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinado licitante em detrimento dos demais¹¹. (grifo nosso)

3.2.3 Princípio da impessoalidade

Outro princípio que não deve ser ignorado é o da impessoalidade, que pode ser visto como correlato ao tratamento isonômico, uma vez que proíbe tratamentos preferenciais ou desfavorecimentos aos administrados, seja por relação de amizade, familiar ou por inimizade. Desta feita, veda-se tratamento diferenciado, inadmitindo-se favorecimento ou perseguição pautados em razões de foro íntimo do agente público.

Sobre o princípio da impessoalidade José Eduardo Martins Cardozo preceitua:

A nosso ver, o princípio da impessoalidade pode ser definido como aquele que determina que os atos realizados pela administração Pública, ou por ela delegados, deva ser sempre imputados ao ente ou órgão em nome do qual se realiza, e ainda destinados genericamente à coletividade, sem consideração, para fins de privilegiamento ou da imposição de situações restritivas, das características pessoais daqueles a quem porventura se dirija.¹²

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 1999, p.258

¹² CARDOZO, José Eduardo Martins. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1999, p.150

3.2.4 *Princípio da publicidade*

A publicidade é, indubitavelmente, requisito indispensável para que a licitação atenda seus objetivos precípuos. É primordial que a licitação seja dotada de conhecimento público, seja divulgando-se o aviso do edital, possibilitando a ampliação de interessados, seja divulgando o resultado nos exames de documentação, pareceres, recursos, proporcionando tratamento igualitário aos licitantes e a transparência do certame. É a publicidade dos atos administrativos que, em primeiro lugar proporciona a possibilidade de que os interessados tomem conhecimento das regras do certame, decidindo por participar ou não da disputa, interponham recursos, impugnações ou contra-razões.

É também forma de controle e legitimidade de seus atos, como nos casos de publicação em diário oficial ou jornais de grande circulação dos contratos firmados e termos de aditamento.

A respeito do princípio constitucional da publicidade o mesmo José Eduardo Cardozo obtempera:

Seria de todo absurdo que um Estado como o brasileiro, que, por disposição expressa de sua Constituição, afirma que todo poder nele constituído 'emana do povo' (art. 1º, parágrafo único, da CF), viesse a ocultar daqueles em nome do qual esse mesmo poder é exercido informações e atos relativos à gestão da res publica e às próprias linhas de direcionamento governamental. É por isso que se estabelece, como imposição jurídica para os agentes administrativos em geral, o dever de publicidade para todos os seus atos. Entende-se princípio da publicidade, assim, aquele que exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade
[...] (omissis)

A nosso ver, todavia, à falta de disposição expressa em contrário, deve-se ter a publicidade como um elemento necessário à formação do ato, ou seja, a seu aperfeiçoamento jurídico. Ato sem publicidade é ato inexistente, ou seja, um não-ato jurídico.¹³

3.2.5 *Princípio da eficiência*

A eficiência foi incluída no Art. 37 da Constituição Federal de 1988 e elevada à categoria de princípio por força da Emenda Constitucional nº 19/98, acabando com as discussões jurisprudências e doutrinárias sobre a sua previsão ou não implícita na

¹³ CARDOZO, José Eduardo Martins. Op. Cit. p.159

Constituição. Não obstante a diversas críticas à inserção expressa do princípio da eficiência no Art. 37 da Carta Maior, acreditamos que a intenção do legislador foi ressaltar o seu caráter basilar e principiológico, razão pela qual ousamos discordar de Maurício Ribeiro Lopes quando afirma:

[...] eficiência, ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo Federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido – salvo se deixou de ser em recente gestão política – finalidade da mesma Administração Pública.¹⁴

Não obstante as acaloradas discussões que possam existir a este respeito, o que vale destacar é que a Administração Pública tem o dever de orientar-se pelo princípio da eficiência, para que possa alcançar resultados em prol do interesse público. Nas licitações públicas o reflexo clássico deste princípio é a contratação da proposta mais vantajosa, reside na idéia de que o Poder Público deve contratar o melhor bem ou serviço possível pelo menor preço para que obtenha aquilo de que necessita.

3.2.6 Princípio da moralidade

Deixamos por último o princípio da moralidade, que denota a idéia de probidade nos atos administrativos. A licitação, assim como quaisquer outros procedimentos administrativos, deve ser pautada no mais alto padrão de ética e honestidade. Sobre a moralidade vejamos o comentário de Alexandre de Moraes:

[...] não bastará ao administrador estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição Federal de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.¹⁵

Não é difícil identificar agentes públicos agindo à revelia da lei e dos princípios administrativos. De fato, as licitações são demasiadamente tentadoras, pois envolvem contratações de grande monta, são campos férteis para fraudes e uma das maneiras mais comuns de se burlar a escolha na contratação é a mácula aos princípios da administração. Qualquer mácula a princípio administrativo, entretanto, compromete e vicia o ato e é passível

¹⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **As Novas Regras Gerais da Administração Pública**: Comentário à reforma Administrativa. São Paulo: RT, 2002, p. 108 e 109.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 297

de nulidade. A probidade administrativa ressalte-se, é dever do agente público, passível de sanção por ato de desonestidade, conforme veremos mais adiante.

3.2.7 Princípio do sigilo das propostas

A Administração Pública deve, ainda, ater-se a princípios outros correlatos dos até aqui relacionados e que são de grande relevância para o cumprimento das finalidades da licitação. Assim é que, para a consecução do princípio da probidade, temos por conseqüência o princípio do sigilo das propostas, que tenciona evitar conluios entre os interessados no tocante à combinação de suas propostas.

A própria Lei nº 8.666/93, em seu Art. 43, § 1º, preconiza que "a abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão."

Ainda no que diz respeito aos princípios inerentes ao procedimento licitatório, ressaltamos que o sigilo das propostas é fundamento necessário para o fomento da competitividade, uma vez que esta é o pressuposto maior que justifica a existência do certame licitatório.

Outro princípio de relevância inquestionável para o regular andamento do procedimento licitatório é o da vinculação ao instrumento convocatório. A Administração e as licitantes estão adstritos ao edital que é a lei firmada entre as partes, estado cada uma delas obrigadas a obedecer fielmente as regras impostas no edital de licitação. Esta obrigação de vinculação das regras do certame ao que está previsto no edital é exatamente a expressão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, consubstanciado na norma do Art. 41 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, *in verbis*: "Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada."

Corroborando o entendimento acima, é farta a jurisprudência de nossos pretórios, que com a salutar inteligência e brilhantismo, típica de nossos Tribunais, assim pacificaram a questão:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EDITAL. REQUISITOS. DESCUMPRIMENTO. INABILITAÇÃO.

1. Os requisitos estabelecidos no edital de licitação, lei interna da concorrência, devem ser cumpridos fielmente, sob pena de inabilitação do concorrente.

Recurso especial improvido.¹⁶

“DIREITO ADMINISTRATIVO, LICITAÇÃO, EDITAL COMO INSTRUMENTO VINCULATÓRIO DA PARTES, ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA.

É entendimento corrente na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação.

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o a legalidade, da moralidade e da isonomia.

A Administração, segundo ditamos da lei, pode, no curso do procedimento, alterar as condições inseridas no instrumento convocatório, desde que, se houver reflexos nas propostas já formuladas, renove a publicação (do Edital) com igual prazo daquele inicialmente estabelecido, desservindo, para tal fim, meros avisos internos informadores da modificação.

Se o edital dispensou às empresas recém-criadas da apresentação de balanço de abertura, defeso era à Administração valer-se de meras irregularidades desse documento inabilitar a proponente (impetrante que, antes, preenchia os requisitos da lei).

Em face da lei brasileira, a elaboração e assinatura do balanço é atribuição do contador habilitado, dispensada a assinatura do Diretor da empresa respectiva.

Segurança concedida. Decisão unânime.¹⁷

(grifos nossos)

3.2.8 Princípio da inalterabilidade do instrumento convocatório

Este mesmo princípio dá origem a outro que lhe é correlato, qual seja, o da **inalterabilidade do instrumento convocatório**. De fato, a regra que se impõe é que, após publicado o edital, não deve mais a Administração promover-lhe alterações, salvo se assim exigir o interesse público. Ressalte-se, todavia, que quaisquer alterações no instrumento convocatório devem ser precedidas de publicação e prazo suficiente para que os interessados não se prejudiquem com as mudanças ocorridas. Trata-se, em verdade, de garantia à moralidade e impessoalidade administrativa, bem como ao primado da segurança jurídica.

3.2.9 Princípio do julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo está consubstanciado no Art. 44:

¹⁶ RESP 253008/SP; RECURSO ESPECIAL 2000/0028322-3 – 2ª Turma. Min. Rel. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

¹⁷ STJ, MS nº 5.597/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo. DJU 01.06.1998

No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei") e 45 ("O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle

À Administração Pública cabe julgar as propostas e documentação apresentadas pelas empresas que desejem firmar contratos com a Administração. Este julgamento, entretanto, não deve se dar através de critérios dotados de subjetividade, mas pautados em critérios objetivos, previsto em lei, sem qualquer favorecimento ou prejuízo a qualquer interessado por critérios de foro pessoal do agente público. Preserva-se, desta feita, os princípios da isonomia, competitividade, entre outros, necessários para que a licitação alcance as finalidades a que se propõe. Nesse mesmo pensamento, confirma Odete Medauar que:

[...] o julgamento, na licitação, é a indicação, pela Comissão de Licitação, da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que deve nortear-se pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito.¹⁸

3.3 Fases e procedimento da licitação

A licitação é procedimento formal consistente em uma série de atos administrativos cronologicamente ordenados para a obtenção de um resultado final, qual seja, a contratação mais vantajosa. Estão de tal maneira ligados, que o vício em um deles compromete todos os atos posteriores. Assim, por exemplo, em caso de anulação do procedimento licitatório por identificação de ilegalidade, viciado estará o contrato que dele se originou.

Sobre as fases da licitação reproduzimos a seguir ensinamento de Toshio Mukai:

Os procedimentos de licitação compõem-se de uma fase interna que vai até a elaboração do edital ou da carta-convite, e de uma fase externa, que se inicia com a publicação do edital ou expedição da carta-convite e termina com a adjudicação do objeto da licitação¹⁹

¹⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Concreto**, 4ª ed., RT, São Paulo, 2000, p. 218.

¹⁹ MUKAI, Toshio. **Estatutos jurídicos de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 54.

Assim, o procedimento licitatório é a exteriorização da função administrativa e pode ser dividido em duas fases: uma fase interna ou preparatória e uma fase externa. Analisemos mais detalhadamente cada uma delas.

3.3.1 Fase interna ou preparatória

A fase interna da licitação inicia-se com uma requisição de compra de bens ou contratação para a prestação de serviços, seguido de abertura do devido processo administrativo com a definição de seu objeto, pois a administração necessita saber com exatidão aquilo que pretende exigir, até mesmo para detalhadamente descrevê-lo no instrumento convocatório que será elaborado.

Procede-se, em seguida, com uma pesquisa de mercado que determinará o valor estimado da contratação e a modalidade de licitação exigida por lei, para que sejam reservados e aprovem recursos suficientes para o custeio das despesas daquela contratação.

Após a instrução do processo administrativo, a autoridade administrativa irá apreciá-lo de maneira a ponderar sobre a real necessidade e conveniência da contratação e procederá com a autorização para a abertura da licitação.

É neste momento também que são criadas as Comissões de Licitação, que por sua vez podem se chamadas de Comissões Especiais de Licitação (quando criadas para determinada licitação específica) ou Comissões Permanentes de Licitação (quando criadas para dirigir os mais diversos certames instaurados por determinado componente da Administração Pública). Aqui há de se ter a cautela de compor comissões com agentes possuidores de histórico ilibado, dotados de reconhecido conhecimento para coordenar as inúmeras controvérsias que certamente surgirão.

Finalmente a Administração iniciará a elaboração do instrumento convocatório (carta-convite para a modalidade de convite e edital para as demais modalidades licitatórias) e o publicará o chamado “aviso” em que convoca os interessados a adquirir o edital completo e a comparecer em sessão para apresentação de documentação e propostas.

O instrumento convocatório é o documento basilar da licitação, pois será através dele que os interessados serão noticiados dos detalhes da contratação que se aproxima, as condições de participação, sanções para os casos de inadimplemento, entre outras coisas. É

nele que as regras do certame são ditadas. Não é raro encontrarmos erros formais ou ilegalidades nos editais de licitação, razão pela qual se faz necessária a acurada análise de seu conteúdo por parte da repartição interessada na contratação antes de proceder com a sua publicação. Isto evita que o procedimento venha a enfrentar barreiras legais no futuro.

O grande problema que se enfrenta é que, por vezes, a própria autoridade administrativa planta uma relação de conluio com determinadas empresas e por esta razão pode vir a incluir no instrumento convocatório, determinadas cláusulas que, por mais sutis que possam parecer, comprometem o caráter competitivo da licitação e a direcionam a determinado licitante. Assim, o agente público, desonestamente converte todos os seus esforços para a adjudicação do objeto em favor de seu favorito, agindo à revelia da lei. Detalharemos como isso ocorre em momento posterior.

3.3.2 Fase externa ou procedimento propriamente dito

Finalizado a fase interna, tem início o momento externo da licitação ou procedimento propriamente dito. Será nesse momento em que se permitirá a participação efetiva dos interessados, seja adquirindo o edital, impugnando-o, pedindo esclarecimentos ou fazendo questionamentos, enfim, quaisquer atos que lhe permitam ter total conhecimento das regras do certame.

Os atos da fase externa da licitação são ordenados seqüencialmente e passaram a ser chamados convencionalmente de “fases da licitação”. Em regra, as fases da licitação (excluída a modalidade do pregão) são as seguintes: abertura, habilitação, classificação, julgamento, adjudicação e homologação. Destacamos, oportunamente, que na modalidade de pregão há a inversão das fases de classificação e habilitação, sendo esta última precedida de oferta verbal de lances.

O instrumento convocatório deve, obrigatoriamente, descrever as inúmeras regras e exigências em cada uma das fases citadas. No que diz respeito à fase de abertura, o instrumento convocatório deve conter a data, horário e local para entrega e abertura da documentação, bem como os critérios de julgamento a serem adotados.

Após a abertura dos documentos de habilitação, passamos para um segundo momento em que os licitantes habilitados terão analisadas as suas propostas, verificando se atendem aos requisitos mínimos exigidos pelo edital e procedendo-se com a sua classificação.

Após a classificação das propostas – ordenando-as de acordo com os critérios de julgamento previstos no edital, faz-se necessário que a Administração declare formalmente qual das empresas, dentre todas as participantes, foi a escolhida. Esta declaração formal é a adjudicação, que será publicada para que se inicie o prazo recursal previsto em lei, salvo desistência expressa de intenção de interpor recursos de todas as licitantes.

Por fim temos a homologação que nada mais é do que a fase em que a Administração fará seu próprio controle, caracterizando-se como verdadeira autotutela administrativa. Neste momento, portanto, a autoridade superior reexaminará todos os atos até então praticados, verificando a legalidade do certame e convocando, se for o caso, o licitante adjudicado para assinatura do contrato.

Mas por que razão expusemos todas estas fases da licitação? Ora, porque quando se fala em improbidade administrativa, em fraudes licitatórias, fala-se inevitavelmente em clandestinidade, em burla de quaisquer desses momentos. Assim, é muito importante que tenhamos cada uma dessas fases com muita nitidez, para que possamos entender os mecanismos utilizados para fraudá-las.

Lembramos ainda que, com o advento da lei nº 10.520/02 surgiu nova modalidade de licitação denominada pregão. Sua principal característica, sem dúvida, é a inversão das fases de habilitação e classificação, seguida da possibilidade de oferta de lances verbais. Inobstante os inúmeros ganhos que a nova modalidade proporcional no que tange à celeridade e redução nos valores contratados, não está livre de manobras visando a sua manipulação, conforme abordaremos mais adiante.

3.4 Revogação e anulação do procedimento licitatório

O desenrolar de todo o procedimento licitatório finaliza-se, em regra, com a homologação e assinatura do contrato. Nada obsta, de outro lado, que a autoridade superior deixe de homologar o certame, revogando-o ou anulando-o.

Destacamos novamente que o principal objetivo da licitação é a de contratar da maneira mais vantajosa e eficiente. Destarte, a homologação do certame se configura como a

regra necessária para que a licitação atinja seus objetivos, porém esta é suscetível de revogação ou anulação como qualquer outro ato administrativo.

De fato, a revogação ou anulação do procedimento licitatório revelam o seu fracasso. Por esta razão as hipóteses de revogação e anulação previstas na lei devem ser interpretadas de maneira restritiva, para que se evitem manipulações e negociatas, não pouco comuns na seara das licitações.

Mas o que afinal pode ensejar a revogação de uma licitação? Trata-se, em verdade, de uma questão conveniência administrativa ou razões de interesse público. A Administração pode, ressalvado o previsto no Art. 49 da Lei nº 8.666/93, revogar o certame por fato superveniente devidamente comprovado. Nesse ínterim, o Poder Público é dotado de certa discricionariedade para revogar o certame, mas deve, todavia, justificar a sua decisão revocatória, sob pena de cometer arbitrariedade (que de maneira alguma se confunde com discricionariedade). Destaque-se: A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta [...] (omissis)”.²⁰

E continua ainda nos moldes do mesmo Art. 49 da lei de licitações prevendo a hipótese de anulação. Leia-se: [...] devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito devidamente fundamentado.

Para que se diferenciem revogação e anulação, necessário se faz a verificação de suas particularidades. Enquanto a revogação é dotada de certo grau de discricionariedade, a nulidade deve se argüida ou declarada somente em situações de ilegalidade, além disso, identificada ilegalidade, a anulação da licitação é obrigatória. Com relação aos seus efeitos, os institutos também se diferenciam, pois a revogação gera efeitos *ex nunc*, pois até o momento do ato revocatório o procedimento era válido e eficaz. Por outro lado a anulação gerará sempre efeito *ex tunc*, ou seja, que retroagirá até o momento de origem do ato anulado. A diferença de seus efeitos gera um grande efeito para a Administração, pois enquanto na anulação o Poder Público não tem nenhum dever de indenizar, visto que agiu coibindo ilegalidade, na revogação surge-lhe a obrigação de indenizar o licitante que de boa-fé onerou-se com gastos para participar do certame e possuía a expectativa de ser contratada.²⁰

²⁰ MEIRELES, Hely Lopes, Op. Cit., p 297-298.

A revogação e anulação do procedimento licitatório também não estão livres de investidas que tencionam manipular o resultado final do certame licitatório, principalmente em razão da parcela de discricionariedade para a Administração que elas representam, conforme adiante veremos.

4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Traçadas as linhas gerais sobre as figuras da improbidade administrativa e das licitações públicas, incumbe-nos para o momento, discorrer acerca do tema precípua de nossa exposição. Trataremos a seguir da improbidade administrativa relacionada especificamente com as licitações públicas e os reflexos negativos para o seu leal e profícuo desenvolvimento,

pormenorizando as suas diversas facetas, as sanções aplicáveis a cada conduta ímproba e a prescrição para a propositura das ações que visem aplicá-las.

Abordaremos ainda, a respeito da previsão exemplificativa dos atos de improbidade administrativa, com destaque especial para aqueles que comprometam de alguma maneira os procedimentos licitatórios.

Elencaremos a seguir algumas das manobras mais conhecidas por aqueles que militam no ramo das licitações públicas, seja o particular ou agente público, para fraudar uma licitação, analisando o seu *modus operandi* para que possamos, a partir de sua compreensão científica identificá-las e assim melhor preveni-las.

4.1 Fraudes em licitações públicas

Em sua origem etimológica, a palavra fraude deriva do latim *fraudis*, que possui o significado de engano, ludibrio ou clandestinidade. Nas licitações podemos entender fraude como qualquer ato ou omissão que acarrete o desvio de suas finalidades, desrespeito aos princípios administrativos que a norteiam ou qualquer outro meio utilizado para a obtenção de vantagem indevida em detrimento do regular andamento da licitação. Sobre o assunto vejamos as palavras de Marçal Justen Filho:

Em todos os casos caracterizados como fraude, verifica-se prática maliciosa através da qual um sujeito visa ludibriar outrem, atuando de modo reprovável para obter vantagem indevida. A fraude é o engano intencional gerado através de expedientes antijurídicos para gerar benefícios em prol do fraudador. Nos casos de fraude, o agente não se vale de força física ou psicológica. Na fraude não há violência e o resultado ilícito é buscado através de artimanhas que neutralizam o senso crítico da outra parte, impedindo-a de perceber-se da má-fé do fraudador.²¹

É importante destacar que fraude não se confunde com erro. Enquanto este resulta da omissão, falta de atenção ou falha de interpretação, naquele estará sempre presente a figura do dolo. Há, na conduta do agente, intenção de omitir-se, manipular, adulterar documentos ou simular situações inexistentes para que o resultado final da licitação atenda aquilo que almeja.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 11ª ed. São Paulo: Dialética. 2005. p. 188.

Para que se possa falar em fraude, portanto, deve estar presente na conduta do agente o elemento do dolo.

A forma clássica de fraude em licitações públicas é o seu direcionamento. Por vezes os laços familiares ou de amizade, os interesses econômicos ou políticos despertam no homem público interesse, direto ou indireto, na contratação de determinado particular. Desta forma, inicia-se um processo de condução do certame que visa conduzir à adjudicação do objeto em favor de determinada licitante. O agente público já sabe quem, ao final do certame, se sagrará vencedor e utiliza a licitação apenas como uma maquiagem para disfarçar as irregularidades existentes.

Conduta muito comum de direcionamento é a inserção de cláusulas restritivas de participação nos editais, seja com exigências descabidas e impertinentes, seja exigindo especificações que poucos podem satisfazer. A vivência pragmática e diária na rotina das licitações públicas nos mostra que determinadas condutas, por mais sutis que possam parecer, podem dificultar demasiadamente a mais elástica participação de licitantes, comprometendo, em um último momento, o caráter competitivo que deve caracterizar o procedimento licitatório.

Vejamos o seguinte exemplo: imaginemos exigência em edital de apresentação de amostras do objeto licitado pelas interessadas no dia da abertura dos envelopes de habilitação e propostas; Ora, sabemos que nosso país tem proporções continentais e não é tarefa fácil chegar às mais longínquas localidades. Sabendo disso, o administrador que deseja dificultar a participação de interessados insere nos editais de licitação exigências como a apresentação de amostras no dia do recebimento e abertura dos documentos de habilitação. Qual a razoabilidade de tal exigência? Por óbvio, uma exigência como esta dificulta a participação das empresas, não apenas pelas dificuldades de transporte das amostras, mas também pelos custos que esse transporte representa.

A principal argumentação para a exigência de amostras pela Administração é a de que ela necessita averiguar se a licitante possui, de fato, o objeto que oferece, se possui as características que diz possuir. Qual a solução mais razoável para o problema, então? De fato, a solução mais lógica e razoável é a de exigir amostras apenas da empresa vencedora da disputa. Assim, a Administração não dificulta a participação dos interessados e ao mesmo

tempo poderá averiguar se o objeto ofertado possui as características mínimas exigidas no edital. É neste sentido que tem entendido o Tribunal de Contas da União. Vejamos ementa de acórdão proferido pelo Plenário no Processo nº 006.984/2006-6 que contou com a relatoria do Ministro Marcos Bemquerer Costa:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS NA MODALIDADE PREGÃO E EM RELAÇÃO A TODOS OS LICITANTES. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS QUE NÃO CUMPREM O PROCESSO PRODUTIVO BÁSICO EM PREGÃO DESTINADO À AQUISIÇÃO DE BENS DE INFORMÁTICA. DETERMINAÇÕES.

1. Não há como impor, no pregão, a exigência de amostras, por ausência de amparo legal e por não se coadunar tal exigência com a agilidade que deve nortear a referida modalidade de licitação.
2. A exigência de amostras utilizada nas modalidades de licitação previstas na Lei 8.666/93 deve ser imposta somente ao licitante provisoriamente colocado em primeiro lugar no certame.
3. Nas licitações sob a modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns de informática, a participação no certame deve ser franqueada a todos os interessados, independentemente de cumprirem o Processo Produtivo Básico.²²

Sobre a inserção de cláusulas restritivas em editais de licitação vejamos ementa de decisão da Primeira Turma em Recurso Especial 579541 julgado em 17 de fevereiro de 2004 e relatado pelo Ministro José Delgado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. **INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU.**²³(grifo nosso)

A competitividade é algo intrínseco ao procedimento licitatório, não podendo ser mitigada pela Administração sem que haja uma justificativa plausível. Daí porque, segundo o ensinamento de Carlos Ari Sunfeld: “A Administração está obrigada a ensiná-la, favorecê-la, estimulá-la (competitividade), jamais podendo opor-lhe limites, barreiras ou dificuldades desarrazoadas. O caráter competitivo é da essência da licitação.”²⁴

²² Acórdão 1598/2006. Sessão de 30/08/2006 – Plenário. Min. Rel. Marcos Bemquerer Costa < <http://portal2.tcu.gov.br/TCU> >

²³ REsp 579541. STJ. Min. Rel. José Delgado. < <http://www.stj.jus.br> >

²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**, Malheiros, 1994, p. 16

Ainda no que tange ao comprometimento à competitividade da licitação, imaginemos a situação em que o aviso de licitação (momento em que a Administração chama os interessados a adquirir o edital para que decidam sobre a sua participação na disputa) seja publicado em local inadequado ou por prazo inferior ao que determina a lei: teremos aí notório malferimento ao caráter competitivo da licitação.

O mesmo ocorre nas situações em que o aviso de licitação encontra-se demasiadamente conciso ou genérico de maneira dificultar ou impossibilitar o seu entendimento. Neste caso, por óbvio, comprometido também estará o princípio da publicidade.

Não é assim, todavia, que procedem alguns administradores, que se utilizam de cláusulas restritivas como a que exemplificamos, atuando à revelia da lei para reduzir o leque de participantes na disputa.

O favorecimento a determinada licitante também pode decorrer de divulgação de informação privilegiada para uma das concorrentes, sendo esta prática expressamente vedada por força de lei.

Outro tipo de fraude bastante comum é a formação de cartéis. No cartel há, entre as licitantes, combinação de preços ou outras condições que possam favorecê-las em detrimento das outras interessadas. Muitas vezes, o conluio consiste em um verdadeiro “rodízio” de contratos com a Administração. Explica-se: cada uma das empresas componentes deste “grupo” vence a disputa pela contratação por vez, constituindo um verdadeiro rodízio e assim, possibilitando que todas as envolvidas no peita continuem sendo contratadas com frequência pela Administração Pública, para que possam ter sempre capital de giro e se fortaleçam no mercado. Destaquemos, por oportuno, que o cartel é considerado crime contra a ordem econômica, de acordo com os termos da Lei nº 8.137/90. Vejamos:

Art. 4º. Constitui crime contra a ordem econômica:

[...]

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pode haver fraude, ainda, no tocante à revogação da licitação. A revogação da licitação encontra supedâneo no Art. 49 da Lei nº 8.666/93, pois entendeu o legislador, que a

ocorrência de fato superveniente de relevante interesse público dá à Administração a discricionariedade de revogar a licitação, em detrimento do interesse particular. Esta prática, todavia, pode vir a ser utilizada pelo agente fraudador como meio de obter vantagem econômica, cobrando da empresa vencedora determinada quantia em dinheiro para não revogar o certame, mediante a simulação de situação prevista em lei para a sua revogação. É, na realidade, verdadeira chantagem contra a licitante! Ressalte-se, entretanto que, constitui ilegalidade a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas nos Arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

Outro tipo de chantagem e flagrante ato fraudulento é a cobrança para sair da disputa. Ela é praticada entre os próprios concorrentes e consiste na exigência de vantagem pecuniária ou decorrente do contrato que ora se aproxima para não mais concorrer pela contratação. De acordo com previsão da Lei de Licitações qualquer licitante pode desistir de concorrer até a fase de habilitação ou mesmo depois nos casos de ocorrência de motivo justo aceito pela Comissão de Licitação. Fora dessas hipóteses fica a licitante submetida às sanções previstas em lei. De outro lado, após o encerramento da fase de habilitação, as licitantes devem manter suas propostas por prazo não inferior a 60 (sessenta) dias. Decorrido este período de tempo, entretanto, deve a Administração publicar informação aos interessados para que prorroguem a validade de suas propostas. Neste momento, a empresa não está mais obrigada a prorrogar a validade de sua proposta e este, sem dúvida alguma, é o momento mais oportuno para a cobrança para retirar-se da disputa. Não bastasse isso, também não é incomum que a licitante, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, alegue falso motivo para a sua desistência de proposta e conseqüente saída do certame sem que sua saída enseje a aplicação de sanções.

Mesmo a criação da modalidade licitatória do pregão, inobstante represente uma valiosa evolução do instituto da licitação, não foi capaz de evitar os mecanismos fraudulentos na licitação. Assim é que na modalidade de pregão presencial, temos a figura da “escadinha”. Expliquemos: a Lei nº 10.520/02 – Lei do Pregão – prevê em seu Art. 4º, inciso VIII, que o autor da oferta mais baixa e os das ofertas superiores até 10 % (dez por cento) poderão seguir para a fase de lances, a fim de que se proclame finalmente o vencedor.

Resumindo: “escadinha” é a artimanha utilizada por um grupo de empresas que, visando excluir todas as outras da etapa de lances verbais ofertam preços muito aproximados para que possam ficar dentro do limite legal de 10% da proposta mais vantajosa para poder

ofertar lances verbais. Assim, somente elas prosseguem para a fase de lances e as concorrentes que não estejam envolvidas no conluio ficam fora da etapa de lances verbais.

Por impossibilidade de enumerarmos nessas curtas linhas todas as fraudes licitatórias imaginadas pelo homem, optamos por elencá-las apenas abaixo apenas a título de exemplos:

- Fracionamento de despesa com o objetivo de fugir da modalidade licitatória pertinente, restringindo o universo de interessados a uma modalidade de licitação com valores menores;
- Contratação de empresa com objeto social distinto daquele a ser contratado originariamente;
- Supressão de prazo para recursos;
- Participação de empresas fantasma;
- Propostas com o mesmo layout e grafia;
- Empresas em nomes de “laranjas”

É impossível ao legislador prever todas as fraudes existentes, eis que o fraudador se utiliza de inúmeras artimanhas, algumas bem conhecidas, outras nem tanto, para atingir seus objetivos. Assim, é perfeitamente possível manipular qualquer procedimento licitatório, pois não obstante as mudanças na legislação e as melhorias nos meios de combate à improbidade administrativa, a imaginação humana não tem limites e encontra cada vez mais variadas formas de burlar as formalidades do procedimento licitatório.

Daí a importância de entendermos como funcionam, na prática, as fraudes licitatórias. Assim como o agente ou a autoridade policial necessitam estudar com afinco a mente criminosa para combater o crime, o Ministério Público, os Tribunais de Contas, os magistrados e o legislador também precisam estar atentos e estudar com esmero as fraudes licitatórias, para que possam identificá-las e coibi-las com mais eficácia.

4.2 Atos de improbidade segundo a Lei nº 8.429/92

Ao tratar dos atos que configuram improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 achou por bem classificá-los em três modalidades distintas, divididas conforme a gravidade da conduta.

Assim, o Art. 9º elenca os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, o Art. 10 cuida dos atos ímprobos que causam prejuízo ao erário público e o Art. 11 versa sobre os atos ímprobos que representam infração a princípios administrativos.

Parte da doutrina entende serem as condutas previstas na Lei de Improbidade como taxativas, amparando-se aos princípios do Direito Penal. Para parte da doutrina, portanto, não há possibilidade de aplicação das sanções sem que a conduta esteja previamente elencada no rol a Lei nº 8.429/92.

É neste sentido que nos posicionamos. A nosso ver o rol apresentado pela Lei nº 8.429/92 é tão somente exemplificativo (*numerus apertus*). Corrobora com nosso entendimento a utilização da expressão “notadamente” nos Arts. em comento. Senso assim, é possível a aplicação das sanções previstas no Art. 12 da Lei de Improbidade para atos que não estejam expressamente previstos nos Arts. 9º, 10 e 11, desde que lhe sejam análogos.

Verifica-se que todos os atos previstos na Lei de Improbidade considerados como ímprobos guardam entre si um aspecto comum subjetivo, que é a voluntariedade da conduta do agente, seja dolosa ou culposamente. Destarte, para que o ato de improbidade reste caracterizado se faz necessário que o agente público atue conscientemente no sentido de contrariar o interesse público (conduta dolosa) ou em razão de sua negligência, imprudência ou imperícia (conduta culposa). Em algumas situações, como nos casos previstos pelos Arts. 9º e 11, pressupõe-se que o agente público ou terceiro, tenha agido com dolo. Em outras situações, como as previstas pelo Art. 10, a conduta pode ser ímproba, seja em sua modalidade dolosa, quanto na culposa.

Comentaremos a seguir alguns dos atos previstos pela lei, dando ênfase àqueles que de alguma maneira comprometem o salutar andamento do procedimento licitatório.

4.2.1 Atos ímprobos que importam enriquecimento ilícito

Segundo a Lei nº 8.429/92 são considerados atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O enriquecimento ilícito é o acréscimo injustificado no patrimônio de uma pessoa em detrimento de outrem. Para os fins da Lei nº 8.429/92 considera-se enriquecimento ilícito a obtenção de vantagem de cunho patrimonial não autorizada em lei e em decorrência do cargo ou função ocupada pelo agente público.

Assevera, aliás, Marino Pazzaglini Filho:

Configura-se esse tipo de improbidade administrativa quando o agente público (político, autônomo, servidor público, ou particular em colaboração com o Poder Público) aufere dolosamente vantagem patrimonial ilícita, destinada para si ou para

outrem, em razão do exercício ímprobo de cargo, mandato, função, emprego ou atividade na administração pública (direta ou indireta, incluindo a fundacional) dos entes da Federação e dos poderes do Estado, inclusive em empresas incorporadas ao patrimônio público, em entidades para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50 % do patrimônio ou da receita anual. E também em entidades privadas de interesse público que recebam ou manejem verbas públicas.²⁵

Os atos previstos pelo Art. 9º que importam enriquecimento ilícito podem ser considerados, no que diz respeito à sua consumação, como atos ímprobos materiais ou formais. Nos primeiros exige-se que o agente público efetivamente receba a vantagem indevida ou que os seus objetivos em conluio com o particular se concretizem. São os casos de utilização, apropriação e apossamento de bens públicos, como prevê os incisos IV, XI e XII *supra*. Já nos atos ímprobos formais, a sua configuração não depende necessariamente da concretização do resultado finalístico, mas decorrem unicamente da conduta comissivo ou omissivo do agente público. Desta forma, caso o agente público receba algum tipo de vantagem para liberar verba pública, por exemplo, responderá ele pelo ato de improbidade mesmo que o resultado final não ocorrer por motivo qualquer. Os incisos I a III e V a X do Art. 9º da lei de Improbidade são exemplos de atos de improbidade formais.

Lembramos, oportunamente, que os atos previstos no Art. 9º da referida lei podem caracterizar crimes contra a Administração Pública previstos no Código Penal brasileiro, como nos casos de peculato, concussão, corrupção passiva e corrupção ativa, sem falar nos crimes de lavagem de dinheiro, previsto na Lei nº 9.613/98.

O enriquecimento ilícito, no ramo das licitações, costuma se configurar, na imensa maioria das vezes, pelo recebimento de propinas, às vezes milionárias, para facilitar a emissão de declarações, ou qualquer outra vantagem à particular.

4.2.2 Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário público

O Art. 10 da Lei de Improbidade, por sua vez, trata dos atos ímprobos, dolosos ou culposos, que trazem algum tipo de prejuízo financeiro ao Estado. Apreciemos o que reza a lei:

²⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizada.** 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

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

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

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

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

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

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

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

Constitui ato de improbidade causador de prejuízo ao erário, conduta de agente público no sentido de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente (*vide* Art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92). Conforme dissemos alhures, é imperioso à Administração Pública, quando da contratação de particulares, proceder com a licitação. Em algumas situações, todavia, pode ser a licitação dispensada.

Há que se observar, contudo, que a contratações sem o prévio procedimento licitatório podem ocorrer somente em hipóteses legalmente previstas, não sendo admitidas interpretações extensivas com relação à sua dispensa. É neste mesmo sentido que aponta o ensinamento de Adilson de Abreu Dallari:

É um princípio fundamental de hermenêutica que as exceções devem ser tratadas de maneira restrita. Quando houver alguma dúvida quanto à exigibilidade ou dispensa de licitação, é preciso não esquecer que a regra geral é a exigibilidade, e que a exceção é a dispensa. A legislação vigente cuida, em artigos separados, da dispensa e da inexigibilidade. Os casos de inexigibilidade são aqueles onde, logicamente, não existe possibilidade de licitação. Os casos de dispensa são aqueles onde, havendo possibilidade de licitação, uma circunstância relevante autoriza uma discriminação.²⁶

Imaginemos a situação em que o administrador possui interesse na contratação de determinado particular. Ora, muito possivelmente simulará as situações de dispensa e inexigibilidade previstas em lei para que possa contratar a quem deseja. Tal manobra é, portanto, mais uma hipótese de fraude licitatória.

As fraudes em licitações públicas, inevitavelmente, acarretam prejuízo ao erário, uma vez que o Poder Público pode, em decorrência delas, acabar pagando um preço muito superior por bens ou serviços que poderiam ter preço mais reduzido com a boa conduta do administrador e o regular andamento da licitação. Apesar de difícil mensuração, fazer com que a Administração Pública pague um preço maior quando se tem o mesmo objeto por valor menor constitui ato de improbidade que enseja prejuízo ao erário público e deve ser penalizado civilmente, com as sanções previstas na Lei nº 8.429/92, sem exclusão das penalidades de natureza penal e administrativa.

4.2.3 Praticar atos que atentem contra os princípios da Administração Pública

Elencamos no início de nossa exposição os princípios administrativos previstos por nossa Carta Maior, os quais a Administração deve obediência absoluta, sem os quais sua conduta torna-se eivada de vício.

O Art. 11 da Lei nº 8.429/92 considera ato de improbidade administrativa a ação ou omissão que macular qualquer dos princípios administrativos e enumera algumas hipóteses pontuais:

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

²⁶ DALLARI, Adilson de Abreu. **Aspecto Jurídico da licitação**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 31-32

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Verifica-se que o legislador optou por elastecer a figura da improbidade, considerando como ato de improbidade qualquer conduta proibida por lei. Há, destarte, certo exagero de nosso legislador pátrio, que acabou por tornar o dispositivo em comento vago e impreciso.

Assim, o dispositivo legal não ficou incólume a críticas e parte da doutrina pronunciou-se no sentido de entender como exagerada a previsão legal de ser todo e qualquer ato atentatório aos princípios da administração como atos de improbidade administrativa. Marcelo Figueiredo²⁷ assim se posiciona: “A lei peca por excesso ao equiparar o ato ilegal ao ato de improbidade. Não pode o legislador, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, juridicizar e equiparar legalidade a improbidade.”

Em posicionamento oposto, Wallace Paiva Martins Júnior destaca: “A violação de princípios é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo.”

Neste mesmo sentido entendeu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro José Delgado em Recurso Especial nº 626.034/RS, publicado no Diário de Justiça da União em 05 de junho de 2006:

A tutela específica do Art. 11 da Lei nº 8.429/92 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. Para a caracterização dessa espécie de improbidade dispensa-se o prejuízo material na medida em que censurado é o prejuízo moral. A corroborar esse entendimento, o teor do inciso III do art. 12 da lei em comento, que dispõe sobre as penas aplicáveis, sendo muito claro ao consignar, “na hipótese do art. 11 ressarcimento integral do dano, se houver...” [...] O objetivo maior é a proteção dos valores éticos e morais da estrutura administrativa brasileira, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no seu aspecto material.

²⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. Op. Cit., p. 60

Na realidade, todo ato que importe em enriquecimento ilícito, de uma maneira ou de outra, acarreta prejuízo ao Estado. Seguindo esta linha de raciocínio, pode-se indagar: que sanção aplicar para os casos em que a conduta do agente se enquadra em mais de uma hipótese de ato ímprobo previsto na lei? Ora, nessas ocasiões o agente deverá sofrer a sanção mais gravosa, eis que não pode ele se punido duplamente pelo mesmo fato, pois se assim o fosse estaríamos diante do fenômeno do *bis in idem*, vedado em nosso sistema jurídico.

Desta feita, constitui ato atentatório contra os princípios administrativos qualquer ato ou omissão que infrinja os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade que devem permear a atuação do Poder Público.

Outrossim, é impossível falar em fraudes licitatórias sem que se imagine o malferimento a qualquer princípio administrativo, aplicando-se, no caso concreto, como dissemos alhures, a sanção mais gravosa.

Imaginemos, por exemplo, a situação prevista pelo inciso VII do Art. 11 da Lei de Improbidade, em que agente público revela ou permite o conhecimento do teor de medida política ou econômica antes de sua publicação oficial. Ora, pratica ato de improbidade o agente público que colabora ou faz com que chegue ao conhecimento de terceiro, em momento anterior à devida publicação oficial, o teor de medida política ou econômica que possa afetar preço de mercadorias, bens ou serviços.

Em licitações públicas, a divulgação de informação para apenas um ou para poucas licitantes compromete o caráter competitivo da licitação, o princípio da publicidade, sem falar na isonomia, um dos pilares justificadores do procedimento licitatório. Em resumo, não há fraude licitatória sem mácula à princípio administrativo!

Ressaltamos que não há necessidade, para a configuração do ato ímprobo, que a informação seja, de fato, utilizada pelo particular. Basta que dolosamente a informação seja revelada para que este fique configurado passível de aplicação das sanções previstas na lei.

4.3 Das sanções aplicáveis

A Constituição Federal prevê a aplicação de sanções para atos de desonestidade no seio da Administração Pública: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Durante muito tempo não existiu entendimento pacífico com relação à natureza jurídica das sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa. Para a imensa maioria da doutrina, entretanto, possuem elas natureza cível.

A nosso ver a simples interpretação gramatical do dispositivo citado encerra a peleja. Ora, se a aplicação das penalidades previstas na Lei de Improbidade não excluem a ação penal cabível, só podemos concluir que as sanções que prevê possuem natureza cível. Esse também é o entendimento que prevalece na Jurisprudência.

A gradação a que se refere o texto de nossa Lei Fundamental ficou estabelecida no Art. 12 da Lei nº 8.429/92, acrescentando as penalidades de aplicação de multas, proibição de contratar com o Poder Público e o não recebimento de benefícios e incentivos fiscais e creditícios. Leia-se:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos

fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

A determinação da natureza jurídica das sanções para atos de improbidade administrativa é de suma importância para que se determine a competência para julgamento das ações de improbidade propostas.

No que tange especificamente às fraudes licitatórias, a própria Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações – buscou coibi-las prevendo a aplicação de sanções em seu Art. 90, senão vejamos:

Art. 90. **Frustrar** ou **fraudar**, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena – detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa

Assim, o objeto da norma penal é a proteção ao correto desenvolvimento da atividade administrativa, e o direito dos concorrentes em participarem de um procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade entre os candidatos a contratarem com a Administração Pública. O crime previsto no transcrito Art. 90 da Lei de Licitações visa punir a fraude à competitividade dos processos licitatórios, independentemente do dano ou do prejuízo ao erário. Ressaltamos que, nas situações em que o agente incorrer em condutas previstas em mais de uma conduta prevista na lei deve a sanção mais gravosa ser aplicável, sob pena de *bis in idem*. Obviamente esta aplicação da pena mais gravosa não exclui a sanção do agente nos âmbitos cível e administrativo, como nos casos previstos pela Lei nº 8.429/92.

Continua o Art. 93 da lei de Licitações: “Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Chamamos a atenção que, para a aplicação das sanções dos atos ímprobos até agora elencados, aplica-se subsidiariamente, a legislação penal, conforme depreende-se da leitura do Art. 12 do Código penal brasileiro: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial se esta não dispuser de modo diverso.”

Na âmbito das licitações públicas os atos de improbidade se apresentam principalmente através da fraude licitatória. As licitações públicas, por envolverem contratações de grande monta, tornaram-se um dos meios preferidos para a atuação de agentes públicos desonestos para a obtenção de vantagens ilícitas ou favorecimento de terceiros. Formam-se, na realidade, verdadeiras quadrilhas especializadas em fraudar o processo de escolha das contratações firmadas pelo Poder Público.

Verificada a caracterização de fraude em licitação, deve o agente fiscalizador encaminhar as provas obtidas de sua ocorrência ao Ministério Público para que ajuíze as ações cabíveis a cada caso a fim de que o agente ímprobo seja exemplarmente penalizado.

4.4 Prescrição das Ações de Improbidade Administrativa

A prescrição caracteriza-se pelo perecimento do direito de ação por não ter sido proposta no tempo cabível. Desta maneira, o exercício da pretensão das ações possuem uma limitação temporal que decorrem de lei. Segundo Pontes de Miranda:

[...] os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrando a eficácia da pretensão atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.²⁸

Este instituto foi criado com o propósito de trazer segurança as relações jurídicas, que seriam comprometidas pela possibilidade de propositura de ações por prazos indeterminados.

Os atos considerados por lei como configuradores de improbidade administrativa sofrem os efeitos da prescrição e assim previu o Art. 23 da Lei nº 8.429/92:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo, 2000, p.137

II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Durante muito tempo verdadeira batalha doutrinária e jurisprudencial foi travada para debater a prescritibilidade das ações que visem penalizar o agente público por ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92.

Conforme abordamos alhures, o ato de improbidade é o gênero do qual são espécies os atos que causam dano ao erário público, que importem em enriquecimento ilícito ou atentatórios aos princípios administrativos. Destarte, pode-se afirmar que o ato pode ser desonesto e não gerar dano ao patrimônio público, como nos casos de violação dos princípios administrativos por prática de ato de improbidade. Nesta situação teríamos um ato configurado como ímprobo, previsto pela Lei nº 8.429/92 por violação dos princípios da Administração Pública, mas não necessariamente (pelo menos em uma análise sumária) dano ao erário público. Em resumo: ato de improbidade não é sinônimo de lesão ao patrimônio público. Sobre o assunto, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça previu que:

Não há de confundir ato de improbidade administrativa com lesão ao patrimônio público, porquanto aquele insere-se no âmbito de valores morais em virtude do ferimento a princípios norteadores da atividade administrativa, não se exigindo, para sua configuração, que o ente público seja depauperado [...].²⁹

Neste cenário não podemos aplicar de igual maneira a prescrição quinquenal prevista no Art. 23 da Lei nº 8.429/92 às duas figuras. A consequência disso é que, embora a confusão oriunda da leitura do referido dispositivo, não se aplica o instituto da prescrição às Ações que visem a sanção de ressarcimento ao erário público. Elas são, por assim dizer, imprescritíveis.

No que tange ao reconhecimento da imprescritibilidade quinquenal das ações que visam o ressarcimento ao erário público por cometimento de ato de improbidade, decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SANÇÕES APLICÁVEIS – RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO – PRESCRIÇÃO

²⁹ STJ, RE nº 731.084/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 20.03.2006. in Revista Zênite de Licitações e Contratos. p. 697 - 698

1. As punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art. 23da Lei nº 8.429/92).
2. Diferentemente, a ação de ressarcimento os prejuízos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da Constituição)
3. Recurso Especial conhecido e provido.³⁰

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência pátria pacificou o entendimento de serem as ações que visem o ressarcimento dos prejuízos auferidos pelo erário público imprescritíveis, não se lhes aplicando a prescrição quinquenal prevista no art. 23 da lei 8.429/92.

4.5 Quadro geral acerca de fraudes licitatórias

Apresentamos a seguir alguns dados estatísticos a respeito das fraudes licitatórias, a fim de demonstrar os prejuízos que acarretam à Administração Pública e ao administrado. Neste contexto, destacamos notícia divulgada em sítio de internet da Controladoria Geral da União em abril em 2008:

Fraudes em licitações aparecem em 55 de 60 municípios fiscalizados pela CGU

Somente cinco dos 60 municípios contemplados na 24ª edição do Programa de Fiscalização por Sorteios, da Controladoria-Geral da União (CGU), não apresentaram indícios de irregularidades em processos licitatórios. O recordista de problemas nessa área foi o município paraense de Oeiras do Pará, onde os fiscais da CGU constataram problemas em todas as 31 licitações analisadas.

Não apresentaram problemas relacionados a licitações apenas os municípios de Fama, em Minas Gerais ; Aparecida, na Paraíba; Santana de Parnaíba, em São Paulo ; Mateiros, no Tocantins; e Guaíba, no Rio Grande do Sul.

Entre os 55 municípios que apresentaram indícios de irregularidades, como conluio e direcionamento nas licitações, está, por exemplo, Capim Grosso, na Bahia. Nesse município, os fiscais detectaram indícios de fraudes em três licitações, realizadas em 2005, para a execução de obras com recursos do Ministério do Desenvolvimento Social, no valor de R\$ 300 mil.

Constatou-se ainda no mesmo levantamento fraudes envolvendo favorecimento em razão da relação de parentesco entre os envolvidos:

Em uma dessas licitações, das três empresas convidadas, duas pertenciam a pessoas de uma mesma família: pai e filho. A empresa do filho venceu a “disputa”. Para reforçar a suspeita de conluio, a proposta de preço apresentada pela terceira empresa

³⁰ STJ, RE nº 1.067.561/AM, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 05.02.2009

convidada continha os mesmos erros ortográficos existentes na proposta apresentada pela outra empresa derrotada.

Na segunda licitação, também na modalidade convite, o sócio responsável pela empresa vencedora assegurou aos fiscais não ter participado do certame. Já na terceira licitação, o representante da empresa vencedora afirmou à CGU que a proposta de sua empresa fora preparada no setor de contabilidade da própria prefeitura e que ele foi até lá apenas para assinar os documentos necessários.

Ainda na Bahia, no município de Fátima, a fiscalização da CGU verificou que a prefeitura simulou a realização de duas licitações, em 2002 e 2003, para aquisição de carteiras escolares e material didático, com recursos do Fundef. Em uma das licitações, os donos das três empresas convidadas eram irmãos. Além disso, foi constatado que as páginas do processo licitatório não estavam devidamente numeradas, o que possibilita a inclusão ou retirada de documentos a qualquer tempo. O prefeito alega que foi “pego de surpresa”, só ficando ciente do estava acontecendo ao ler o relatório da CGU e acrescenta que determinou a abertura de processo para apurar a constatação dos fiscais.

No município de Nina Rodrigues, no Maranhão, os fiscais da CGU encontraram evidências de montagem de processo licitatório por parte da prefeitura. De acordo com os documentos apresentados, foi aberta licitação para a contratação de uma empresa especializada no fornecimento de gêneros alimentícios. Participaram do certame, as empresas Comercial Atlas Ltda.; Distribuidora São Jorge e Mercadinho Líder. A Distribuidora São Jorge venceu a licitação, com a proposta de R\$ 18.622. No entanto, a equipe da CGU verificou que as outras duas empresas declararam não terem participado do processo licitatório e que as assinaturas constantes nas propostas são falsas.³¹

E ainda fraude envolvendo conluio e flagrante comprometimento ao sigilo das propostas:

Em Acaraú, no Ceará, a fiscalização da CGU encontrou indícios de montagem de processo de tomada de preços, no valor estimado de R\$ 643.143,24, para a construção de sistemas de abastecimento de água em seis localidades do município. Participaram da licitação as seguintes empresas: Futura Construções; DLS - Projetos Construções e Serviços Ltda; Tigre Construções Ltda; e A.L. Teixeira Construções. As cartas das propostas das empresas, segundo os auditores, apresentaram o mesmo texto, a mesma formatação e os mesmos erros ortográficos. Além disso, dos 55 itens constantes das propostas das três empresas e do orçamento da prefeitura, apenas 3 não são idênticos entre si.

No município de São Luiz, em Roraima, a CGU constatou irregularidade nos processos licitatórios para aquisição de medicamentos do Programa Farmácia Básica. Os fiscais descobriram a existência de proposta sem a identificação dos participantes. Em todos os processos há evidência de que as propostas foram elaboradas pela própria prefeitura, haja vista que as propostas são todas idênticas, sem data, impressas no mesmo modelo de papel, com a mesma fonte e tamanho da letra.

Na Prefeitura de Martins, no Rio Grande do Norte, a fiscalização da CGU constatou indícios de fraude no processo licitatório, na modalidade convite, com o objetivo de contratar empresa para realizar serviços de pavimentação em paralelepípedos, com drenagem, em ruas da cidade. Apresentaram-se para disputar o certame as empresas

³¹ <http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2008/noticia03508>

Evidência Construção, Comércio e Serviços Ltda; Pingo D'água Construções e Serviços Ltda; e M.M.Construções Ltda. No julgamento das propostas, apareceu, no lugar da M.M. Construções, a empresa Concretos Projetos e Construções Ltda, que não tinha participado da fase de apresentação das propostas.

Em outra licitação no mesmo município, a fiscalização constatou conluio na licitação para aquisição de frutas, legumes e verduras. Os fiscais constataram que as pesquisas de preços realizadas em três empresas – R. C. Comércio e Serviços Ltda., Comercial Dunas Ltda e Airton Oliveira Sousa-EPP – são idênticas. Os preços unitários dos 10 itens são exatamente iguais, o que, para empresas situadas em bairros e cidades distintas, configura claro indício de conluio ou montagem do processo.

O combate à fraude licitatória constitui-se em um dos desafios mais intrigantes para a Administração Pública, principalmente em razão da dificuldade em sua identificação e na aplicação de penalidades aos fraudadores. As fraudes licitatórias sempre foram e continuam sendo uma das pechas mais no seio da Administração Pública . Destacamos abaixo, por fim, notícia publicada em sítio da internet em agosto de 2009³², que ilustra como a fraude licitatória está presente e compromete, inclusive, programas do Governo Federal como o PAC – PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO:

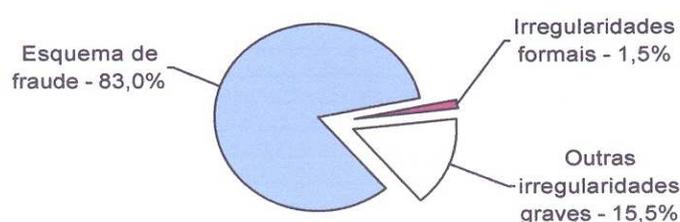
Polícia Federal faz operação contra fraudes em licitações de obras do PAC

Envolvidos podem responder pelos crimes de fraude à licitação, advocacia administrativa e formação de quadrilha. Brasília - A Polícia Federal (PF) investiga fraudes em licitações envolvendo recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Durante a Operação Pacenas, desencadeada hoje, agentes da PF cumprem 11 mandados de prisão e 22 de busca e apreensão em Cuiabá, além de cinco mandados de busca e apreensão em São Paulo, três em Goiânia e um no Distrito Federal. O nome da operação faz referência à empresa pública responsável pelos procedimentos licitatórios, a Companhia de Saneamento da Capital (Sanecap), que atua na capital mato-grossense. Se for lida ao contrário, a sigla se torna Pacenas. As investigações começaram em 2007, após denúncias do Tribunal de Contas da União (TCU), do Ministério Público da União e do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. De acordo com nota da PF, as fraudes ocorriam por meio da indução de editais que direcionavam empresas por meio de cláusulas consideradas restritivas. "Denúncias anônimas davam conta de que as empresas já eram vencedoras das licitações mesmo antes do procedimento licitatório, pois os concorrentes ajustavam o conteúdo das propostas previamente, oferecendo pagamentos em dinheiro e parte dos contratos firmados com a prefeitura", afirma a PF. Na nota, a Polícia Federal destaca que as empresas que fazem parte do esquema contam com "grande força política", uma vez que pertencem a políticos conhecidos no estado de Mato Grosso. Dentre as irregularidades encontradas pelo TCU estão preços acima dos cobrados no mercado. Os envolvidos podem responder pelos crimes de fraude à licitação, advocacia administrativa e formação de quadrilha. As penas variam de três meses a três anos de prisão, além de multa.

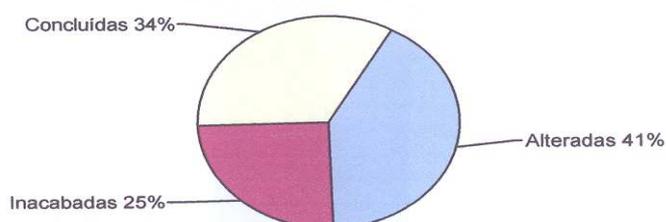
³²< www.jornalnh.com.br> Acesso em 16.06.2010

Para que não restem dúvidas dos prejuízos que as fraudes licitatórias proporcionam à Administração Pública e, conseqüentemente, ao administrado, trazemos à baila a constatação em gráficos da situação das licitações e obras fiscalizadas. Os dados a seguir foram constatados em auditorias realizadas em trinta Municípios do Estado de Minas Gerais no ano de 2002 em razão de denúncias da imprensa mineira ao Tribunal de Contas³³ da União onde encontrou-se, entre outras coisas: a) esquema de fraudes para desvio de recursos públicos; b) contratos para a prestação de serviços de engenharia sem Responsável Técnico registrado no CREA; c) constituição forjada de empresas que sequer existiam, por não ter registro de seus atos constitutivos na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais; d) emissão de Notas Fiscais frias; e) abandono de obras ou realização delas com material de qualidade inferior ao apresentado no plano de trabalho previsto. Analisemos os dados obtidos na oportunidade:

Situação dos Municípios fiscalizados

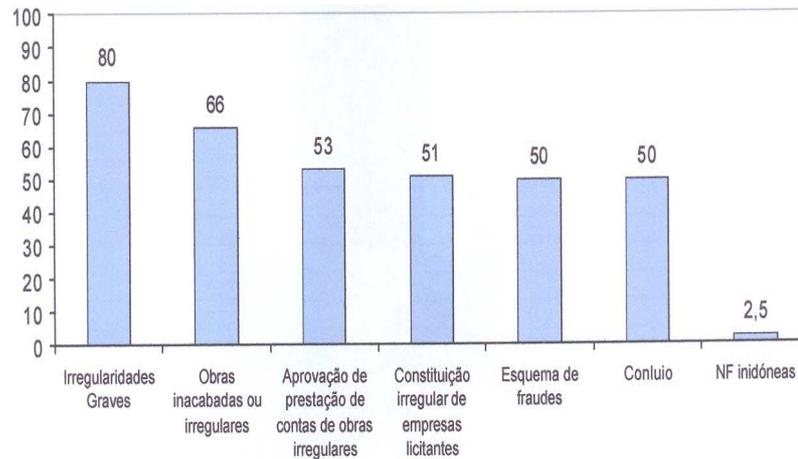


Situação das obras



³³ Estudo de caso de autoria de Neusa Coutinho Afonso < www.observatoriosocialdobrasil.org.br >

Situação da execução dos contratos examinados



Fonte: Estudo de caso de autoria de Neusa Coutinho Afonso
<www.observatoriosocialdobrasil.org.br>

Apresentados estes dados, não resta dúvida alguma, portanto, que as fraudes licitatórias prejudicam em vários aspectos o administrado: Em primeiro lugar porque toda obra inacabada gera alguma espécie de transtorno; Em segundo lugar porque os valores pagos pelo administrado a título de impostos e taxas é mal aplicado em obras ou serviços que poderiam reverter em benefícios à população ou são simplesmente “desviados”; E em última análise porque o Estado se mostra ineficiente e não cumpre as finalidades a que se destina. Daí a necessidade investir-se na qualificação de nossas instituições fiscalizatórias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate acerca da atuação estatal e dos agentes públicos é recheado de polêmica e inflama as mais diversas opiniões. A existência de um governo transparente, que pautar sua atuação em critérios legais e legítimos é primordial para que o Estado possa, de fato, cumprir as funções para as quais foi criado.

Não se pode aceitar que certo grupo de pessoas, sejam elas agentes públicos ou particulares, levem vantagem em detrimento dos cofres públicos e do administrado para alcançar suas finalidades pessoais. Neste contexto, a preocupação com a moralidade administrativa fez com que a Constituição Federal de 1988 previsse uma série de mecanismos do que encabeçam como verdadeiras armas de combate à imoralidade na Administração Pública. Apesar disso, o noticiário de todos os dias continua a divulgar cada vez mais escândalos envolvendo homens públicos e nos faz indagar: Essas reiteradas denúncias se devem ao maior número de fraudes e corrupção no âmbito da Administração, ou seriam os

resultados da melhoria na atuação de nossos meios de prevenção e coação à improbidade? Seja a primeira ou a segunda assertiva a correta, o fato é que o aperfeiçoamento de nossa legislação e sistemas de proteção à moralidade devem ser contínuos e acompanhar a evolução dos diversos aparatos para a consecução das fraudes licitatórias.

De fato, grande parte das fraudes licitatórias pode ser prevenida, detectada antes que ocorra e traga prejuízos ao bom andamento da licitação. Na maioria das vezes, todavia, o despreparo ou inocência dos agentes fiscalizadores ou de controle da administração não permitem que identifiquem a presença dessas condutas desonestas, por serem arditosas e, por vezes, sutis.

Assim, sem qualquer pretensão de encerrarmos o debate acerca de tema tão vasto, convidamos a uma reflexão sobre os desafios que se impõem ao nosso legislador e a eficiência dos meios atuais de que dispomos para mitigar as condutas fraudulentas na Administração Pública, certos de que já avançamos bastante, mas conscientes de que ainda temos muito a avançar.

6 REFERÊNCIAS

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Princípios da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar**. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**, Malheiros, São Paulo, 1995.

GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério Alves. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Lumen Juris. 2006. p. 45-46.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FURTADO, Rocha Lucas. **Cursos de Direito Administrativo**. 1ª ed. Fórum, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 1999.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Concreto**, 4ª ed., RT, São Paulo, 2000.

MUKAI, Toshio. **Estatutos jurídicos de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 11ª ed. São Paulo: Dialética. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**, São Paulo: ed. Malheiros, 1994.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizada**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2006

DALLARI, Adilson de Abreu. **Aspecto Jurídico da licitação**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo, 2000.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **As Novas Regras Gerais da Administração Pública: Comentário à reforma Administrativa**. São Paulo: RT, 2002.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**, 7ª ed: Saraiva, 2006.

MONTEIRO, Yara Darcy Police, **Licitação: Fases e Procedimento** - Em conformidade com a Lei nº 8.666/93 e as alterações da Lei nº 9.648/98, 1ª ed., NDJ, 2000.

RESP 253008/SP; RECURSO ESPECIAL 2000/0028322-3 – 2ª Turma. Min. Rel. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

STJ, MS nº 5.597/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo. DJU 01.06.1998

Acórdão 1598/2006. Sessão de 30/08/2006 – Plenário. Min. Rel. Marcos Bemquerer Costa < <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>

REsp 579541. STJ. Min. Rel. José Delgado. < <http://www.stj.jus.br> >

STJ. Acórdão em Recurso Especial nº 626.034/RS, publicado no Diário de Justiça da União em 05 de junho de 2006. Relatado pelo Min. Dr. José Delgado.

STJ, RE nº 731.084/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 20.03.2006. in Revista Zênite de Licitações e Contratos. p. 697 – 698

STJ, RE nº 1.067.561/AM, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 05.02.2009

<http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2008/noticia03508>

[HTTP://www.jornalnh.com.br](http://www.jornalnh.com.br). Acesso em 16.06.2010