

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

LARISSA MENDES DOS SANTOS

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE
COMBATE AS CONTRATAÇÕES IRREGULARES NO BRASIL.

SOUSA/PB

2014

LARISSA MENDES DOS SANTOS

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE
COMBATE AS CONTRATAÇÕES IRREGULARES NO BRASIL.

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof^ª. Esp. Vanina Oliveira F. de Sousa

SOUSA/PB

2014

LARISSA MENDES DOS SANTOS

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE
COMBATE AS CONTRATAÇÕES IRREGULARES NO BRASIL.

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Profª. Esp. Vanina Oliveira F. de Sousa

Aprovada em ___/___/2014

BANCA EXAMINADORA

Profª. Esp. Vanina Oliveira F. de Sousa
Orientadora (CCJS/UFCG)

Prof. _____
Examinador (CCJS/UFCG)

Prof. _____
Examinador (CCJS/UFCG)

SOUSA/PB

2014

Dedico todo esforço dispensado por mim neste trabalho, ao meu filho Cauã, minha fonte de inspiração na busca diária pela vitória.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, ao Pai, Senhor da minha vida, pois sem a sua mão a me consolar nas horas de desânimo e tristeza, eu não teria chegado até aqui. Toda honra e glória eu devo a ti.

À minha querida e amada “mainha”, pessoa pela qual devo todos os ensinamentos necessários à vida, quem sempre me amou incondicionalmente e me dedicou a sua vida.

Ao meu filho Cauã, meu anjinho, por entender os momentos de ausência, todas às noites da semana durante cinco anos e meio, compreendendo quando lhe dizia que todo o esforço era necessário.

Ao meu esposo, meu amigo e companheiro, pela paciência e incentivo depositado em mim, mesmo nos momentos de desânimo, promovendo a palavra certa. Agradeço a Deus por tê-lo ao meu lado.

À minha segunda família, minha sogra, sogro e cunhados, por me acolherem e torcerem pelo meu sucesso.

Às minhas amigas Thayanne, Jéssica e Dávula Manuela, por me ensinarem o sentido da palavra amizade, estando presentes comigo em todos os momentos. Obrigada pela torcida!

Aos meus queridos amigos de faculdade, Anelise, Alex, Déborah, Dhiego, Ilana e Mariana, meus friends, pela ajuda mútua nessa jornada, compartilhando muitas risadas. Agora podemos dizer: Conseguimos!

Aos meus colegas de trabalho, especialmente André e Santana, pelo apoio e compreensão nas horas em que tive de me ausentar para os estudos.

À minha orientadora Vanina Oliveira, a quem eu admiro muito, que com muita paciência e compreensão caminhou comigo nessa empreitada, sempre disposta a ajudar.

Enfim, aos meus tios(as) e primos(as), por acreditarem no meu potencial, e desejarem junto comigo a concretização desse sonho.

“É preciso força pra sonhar e perceber,
que a estrada vai além do que se vê”

Marcelo Camelo

RESUMO

A improbidade administrativa desde muito tempo impera no Brasil como um dos maiores malefícios à sociedade. Os gestores abusam do seu poder para revertê-lo em benefício próprio, causando a má disposição da coisa pública. Observa-se que ao longo do tempo não havia muito interesse em combater a improbidade administrativa, haja vista que tal cultura sempre fez parte da sociedade brasileira. Mas, a injustiça, derivada da má gestão da coisa pública começou a despertar no povo uma mudança de mentalidade, foi quando a população começou a entender que as atitudes ilícitas praticadas por aqueles que deveriam zelar pela probidade precisavam ser punidas de forma dura e eficaz, independente de quem seja ou da função que ocupa. Diante disso, houve-se a necessidade de criar um instituto capaz de mudar essa história, ou ao menos diminuir os casos reiterados no que diz respeito à má administração do que é público, então a partir daí surgiu a Lei nº 8.429/92, com o objetivo voltado para o combate à improbidade administrativa, que veio punir adequadamente as atitudes ilícitas praticadas por aqueles que ousam desviar a finalidade pública. Neste sentido, a pesquisa em questão teve como objetivo contextualizar a responsabilização por improbidade administrativa daqueles que por meio do seu cargo, mandato ou função torna o contrato administrativo ilícito nas suas diversas formas. Usando como metodologia o método dedutivo, do qual parte-se da Lei de Improbidade Administrativa de forma ampla até chegar a sua aplicação às contratações irregulares, tendo como problemática mostrar que essa Lei é efetiva no intuito de responsabilizar civilmente e administrativamente os responsáveis pelo cometimento deste ilícito.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Contratação Ilegal. Administração Pública.

ABSTRAT

The administrative misconduct long reigns in Brazil as one of the greatest dangers to society. Managers abuse their power to reverse it for their own benefit, causing poor provision of public affairs. It is observed that over time there was not much interest in combating administrative corruption, given that such a culture has always been part of Brazilian society. But, injustice, derived from the mismanagement of public affairs began to awaken in people a change of mind, was when people began to understand that illegal actions committed by those who should ensure the integrity needed to be punished hard and effectively, regardless of who is occupying or function^o Thus, there is a need to create an institute capable of changing the story, or at least lessen the repeated cases regarding mismanagement of what is public, then from there came the Law No. 8429/92, with aimed toward combating administrative corruption, which came properly punish illegal actions committed by those who dare to divert public purpose. In this sense, the research question aimed to contextualize accountability for administrative misconduct of those who through their position, office or administrative function makes the contract illegal in its various forms. Using the deductive method as a methodology, which is part of the Law-Administrative Misconduct broadly until you get your application to irregular contracting, taking as problematic show that this Law is effective in order to civilly and administratively accountable those responsible for committing this unlawful.

Keywords: Administrative Misconduct. Illegal hiring. Public Administration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC - Apelação Cível

ART - Artigo

CF – Constituição Federal

EC – Emenda Constitucional

DJ – Diário da Justiça

MPF – Ministério Público Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

REL – Relator

Min – Ministro

Prof – Professor

TRF – Tribunal Regional Federal

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

Rclm – Reclamação

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ANÁLISE CONSTITUCIONAL E PRINCIPIOLÓGICA DA PROIBIDADE NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. .	14
2.1 APORTE CONCEITUAL DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA.....	14
2.2 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	16
2.3 DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: LINHAS GERAIS	24
2.4 DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA PROIBIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.	29
3. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA SISTEMATIZAÇÃO	31
3.1 AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA COMPETÊNCIA.....	32
3.2 SUJEITOS DOS ATOS DE IMPROBIDADE.....	33
3.3 A ESTRUTURA NORMATIVA DOS ATOS DE IMPROBIDADE	38
3.3.1 Dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito.....	40
3.3.2 Dos atos de improbidade administrativa que causam dano ao erário.	41
3.3.3 Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.	42
3.4 DAS SANÇÕES DIRIGIDAS AOS ATOS DE IMPROBIDADE	43
3.5 PRESCRIÇÃO.....	46
4. DA APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AS CONTRATAÇÕES IRREGULARES	50
4.1 CONTRATAÇÕES IRREGULARES POR INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO E FRACIONAMENTO DE DESPESAS.....	50
4.2 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL PARA APURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	55
4.3 DA APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NAS CONTRATAÇÕES IRREGULARES.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo é formado por um conjunto de princípios jurídicos que tem a função de esquematizar e fiscalizar o exercício da atividade do poder público, seus órgãos, suas entidades e agentes públicos, tendo por objetivo garantir o direito dos cidadãos e suprir as necessidades coletivas em função dos interesses particulares, preocupando-se com as finalidades planejadas pelo Estado.

Nesse cenário, a improbidade não é novidade, visto que ela existe desde que o homem povoa a Terra. Não obstante, a sociedade sempre procurou amenizar essa mácula, combinando instrumentos legais, na área administrativa, penal e civil, nem sempre com o êxito desejado.

A lei de Improbidade Administrativa é precisa e determina, em cumprimento a norma constitucional, o zelo pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e eficiência, estes também intimamente ligados, e por que não dizer concomitantes aos princípios da licitação pública.

Neste sentido, busca-se demonstrar a problemática da ilegalidade nos contratos administrativos, assim como nos procedimentos licitatórios, que corriqueiramente vivencia-se nos dias de hoje, despertando o anseio em aprofundar os conhecimentos no tema.

A regulamentação da Improbidade Administrativa é dada através da Lei nº 8.429/92, pela qual classifica os atos de improbidade em três espécies. Incorre em improbidade administrativa, seja agente público ou político, quando se pratica atos que ensejam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário ou atentam contra os princípios da administração, definidos no art. 37 da CF/88, além de outros que mesmo não apontados explicitamente no referido preceito, estão distribuídos por toda a Constituição e também se aplicam à condução dos negócios públicos.

Os atos que pela referida Lei são tidos como ímprobos implicam na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, de conformidade com a forma e a gradação prevista na lei.

A par disto, nem sempre é fácil a tarefa de se identificar o responsável ou responsáveis pela prática de um ato viciado no interior da atividade administrativa, o que pode vir a tornar as atividades de controles ineficazes, deixando, por conseguinte, prevalecer o interesse privado em detrimento do interesse público.

O Brasil, durante muitos anos necessitava de uma legislação de âmbito geral que pudesse acabar, ou pelos menos reduzir a corrupção e a imoralidade em nosso país, posto que até o advento da lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), o Brasil estava totalmente desguarnecido quando se falava em combater a ilegalidade, muito embora já existisse o Decreto-Lei nº 201/67 que regula o crime de responsabilidade, que apesar de ter sido criado para moralizar a coisa pública, a corrupção aumentavam a cada dia, chegando ao ponto daquilo que era ilícito parecer lícito, à guisa de exemplo, o uso de frases do tipo “rouba, mas faz”.

A pesquisa será desenvolvida no campo do direito administrativo, do direito constitucional e legislação extravagante, objetivando estudar a responsabilização do agente público no crime de improbidade, principalmente no que se refere à contratações irregulares, com o intuito de que, realizado contratos que cause malversação da coisa pública, seja feito o ressarcimento ao erário, a fim de demonstrar o avanço trazido pela Lei nº 8.429/92 no combate a ilegalidade e a dilapidação dos cofres públicos.

Nesse sentido, indaga-se: é possível o agente público que realiza contratações irregulares responder por crime de improbidade administrativa, previsto na Lei nº 8.429/92?

A pesquisa, em comento, tem como objetivo demonstrar a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa em face dos Agentes Administrativos que realizam contratações irregulares, responsabilizando-os pela inobservância dos ditames da lei que vem causar prejuízo à Administração Pública, inclusive com a atuação efetiva do Poder Judiciário.

Para elaboração do presente trabalho, será empregado o método dedutivo, partindo da premissa geral que todo atuar da Administração Pública deve ser pautado na probidade, analisando a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa em face dos agentes públicos que realizam contratações sem a observância do procedimento licitatório, utilizando do fracionamento de despesas para justificar a irregularidade. Assim, o método de

procedimento utilizado será o exegético-jurídico, buscando analisar todos os aspectos constitucionais e legais aplicados ao tema, eis que se trata de assunto que vem ganhando força e de grande relevância jurídica e social. Para tanto, será utilizada como técnica de pesquisa a bibliográfica, através de um estudo exploratório na legislação, doutrina e jurisprudência referente ao tema.

Buscando alcançar os objetivos propostos, o presente trabalho está estruturado em três capítulos. Neste sentido, o primeiro capítulo tem como foco abordagem conceitual do que seria probidade, assim como análise principiológica da Administração Pública. Além disso, frisar-se sobre o procedimento licitatório em linhas gerais, como precedente ao contrato, com suas modalidades e formas, tendo em vista que deve estar eivado de licitude para que assim o contrato também possa estar.

Contudo, o segundo capítulo aduz sobre o instituto em estudo, buscando de forma precisa os atos que atentam em improbidade administrativa, abordando minuciosamente cada item considerado relevante acerca do problema, onde leva em conta as sanções culminadas pela aplicação da lei de improbidade administrativa nos atos praticados por agente ímprobo.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta a fundamentação teórica amplamente descrita na aplicabilidade da Lei nº 8.429/93 nas contratações irregulares, identificando os tipos mais comuns, elucidando em cada caso concreto decisão relativa ao assunto.

2. ANÁLISE CONSTITUCIONAL E PRINCIPIOLÓGICA DA PROBIDADE NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Nesse capítulo, será feita uma análise da probidade administrativa em seus aspectos constitucionais e principiológicos. Para tanto, tratar-se-á do seu conceito, bem como dos Princípios que embasam toda a atuação da Administração pública, quer sejam expressos ou implícitos, mas que conferem um grau de obrigatoriedade por parte gestão pública.

Nesse contexto, observar-se-á, também, a conjuntura dos mais importantes aspectos sobre licitação e contratos administrativos sob tutela do poder público, mecanismo usado quando o Poder Público pretende firmar uma relação de prestação de serviços entre ele e o particular, traçando linhas básicas para se formar um conceito do que seriam esses institutos.

2.1 APORTE CONCEITUAL DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

A probidade é um bem jurídico protegido, cujo sentido integra a moralidade, ambos associados à honestidade, se opondo ao desvio de conduta praticado pelos agentes públicos que infringem norma constitucional administrativa.

O significado da palavra probidade encontra sua origem no latim, probus (pro+ bho, brotar bem) para significar o que é bom, de boa natureza, de boa índole. “Probidade, assim, significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade” (GARCIA E ALVES, 2013).

A preocupação com a probidade administrativa há muito se caracteriza no direito positivo, sendo disciplinada em preceitos que ocupam diversos lugares na história das normatizações, encontrada no próprio texto constitucional, nos artigos 14, §9º, 15, 37 e 85:

Art. 14 § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa

do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 37 § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

V - a probidade na administração.

A CF/88, muito embora disponha as consequências da não observação da probidade pelos seus subordinados, não traz um conceito feito sobre o que realmente seria o dever de probidade, ficando a cargo dos doutrinadores para que o façam. Desse modo, interpretando os dispositivos constitucionais aduz Carvalho Filho (2014, p. 65-66):

É o primeiro e talvez o mais importante dos deveres do administrador público. Sua atuação deve. Em qualquer hipótese, pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administradores, quer em face da própria Administração. Não deve cometer favorecimento nem nepotismo, cabendo-lhe optar sempre pelo que melhor servir à administração.

Nessa linha, Luz (2014, p. 31-32) assevera que:

O bem jurídico protegido com a punição do ilícito de improbidade administrativa é a probidade administrativa, cujo conteúdo integra a moralidade administrativa e seu oposto vem a ser a corrupção. A improbidade costuma ser associada à desonestidade do agente que age contra a moralidade administrativa. Em última análise o bem jurídico protegido seria a moralidade administrativa no sentido de honestidade no trato dos bens públicos.

Percebe-se que a probidade é caminho pelo qual os governantes devem seguir para alcançar a plenitude na Administração Pública, buscando exercê-la sempre de forma honrosa, leal, sem desvios de condutas, prezando acima de tudo pelo correto trato da coisa pública e a busca pelos interesses daqueles para quem se governa. Com isto se alcança a eficácia social dos princípios da Administração, que se vêm transformados em deveres inerentes à atuação do administrador.

2.2 DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A Administração Pública é o principal objeto de estudo do direito administrativo, portanto esta possui Princípios que servem de caminhos a serem seguidos para um melhor fornecimento do serviço, buscando eliminar as possíveis lacunas, trazendo mais segurança ao interesse coletivo.

A Constituição Federal trouxe de forma expressa, em seu artigo 37, Princípios basilares, os quais submetem a Administração Pública, seja ela direta ou indireta. Nos termos do art. 37, caput, da CF/88 “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos Princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

Acerca dos Princípios Administrativos, Carvalho Filho (2014, p. 18) os conceitua como sendo: “os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas”.

Conforme entendimento jurisprudencial a violação de princípio é a mais grave ofensa praticada contra a Administração Pública. Nesse pórtico, tem se manifestado a jurisprudência:

O cumprimento dos princípios administrativos, além de constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior' (REsp nº 695.917, Minº José Delgado); a 'Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos' (Celso Antônio Bandeira de Mello)" (TJ-SC - AG: 20130247093 SC 2013.024709-3 (Acórdão), Relator: Jorge Luiz de Borba, Data de Julgamento: 23/09/2013, Primeira Câmara de Direito Público Julgado)

Desta forma, percebe-se a necessidade de destaque dos princípios constitucionais gerais que regem a Administração, com fulcro maior ao da legalidade e da moralidade, aquele traça diretrizes, e dá comandos na atuação do poder público, vinculando-o a tudo que lhe é imposto, este, constantemente é efetivado em conjunto com outros princípios constitucionais, traça as características do bom administrador, do agente probo cuja atividade encontra-se sempre direcionada ao cumprimento do interesse comum.

Sendo assim, os demais princípios, não menos importantes, assumem papel de princípios complementares, que prestam grande auxílio na verificação da observância dos dois condutores básicos da probidade. São eles: O princípio da impessoalidade; da publicidade; e da eficiência; seguidos pela supremacia do interesse público, proporcionalidade, finalidade, motivação, autotutela, continuação do serviço público e razoabilidade, que apesar de não estarem expressos no rol Constitucional, são efetivamente reconhecidos pelo exercício administrativo.

A lei é, portanto, o principal fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa onde dele não se pode desviar ou fazer uso da vontade individual desvinculada da legalidade.

O administrador não pode por vontade própria realizar ato que não esteja regulamentado em lei, diferente dos atos da Administração indireta e do particular, onde se pode fazer tudo que a lei não proíbe. “A lei para o particular significa pode fazer assim, para o administrador público significa deve fazer assim” (MEIRELLES 2010).

O Princípio da Legalidade é conceituado por Mello (2011, p. 103) como:

[...] princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o direito administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

Por sua vez, quanto ao Princípio da Moralidade, importante se observar inicialmente que há muito tempo se conceitua e se distingue ética de moral. A moral, que aqui se fala trata-se não de uma moral comum e sim de uma moral jurídica,

que consubstancia um conjunto de normas que pedem uma atuação ética, implicando, na falta desta, hipóteses configuradoras de improbidade administrativa.

Essa conduta honesta deve estar presente não só nas relações entre a administração e os administrados, como também entre a administração e os agentes públicos que dela fazem parte.

A Administração Pública, além de caminhar com tudo o que é legal, terá que caminhar com tudo o que é ético, porque segundo preceito romano “*non omne quod licet honestum est*”, ou seja, nem tudo que é legal é honesto. A moral comum é imposta ao homem para suas relações externas, a moral administrativa é imposta para o agente público para sua atuação interna, procurando assim a finalidade máxima que é o bem comum.

Por isso, mesmo que não haja disciplina legal, é vedado ao administrador conduzir-se de modo ofensivo à ética e à moral. A moral está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada. (CARVALHO FILHO, 2014)

Acerca da aplicação do Princípio da Moralidade afirma Luz (2014, p. 47), que:

A adoção do princípio da moralidade administrativa permite a anulação de atos administrativos que estejam de acordo com a lei apenas formalmente, mas que ferem os bens da vida que a mesma lei se destina a proteger. Ele visa à contenção de abusos ou desvios de poder, permitindo, inclusive, o controle judicial dos atos discricionários que, até então, ficaram imunes ao controle, já que a legalidade *strictu sensu* servia de controle somente aos atos Administrativos vinculados.

O Princípio da Impessoalidade pode ser entendido através do dispositivo constitucional que dispõe “todos são iguais perante à lei”. Sendo assim, a Administração não pode privilegiar determinadas pessoas em detrimento de outras, devendo tratar todos igualmente e dar oportunidade a todos.

É certo que impessoalidade e igualdade devem andar sempre juntos, pois à medida que a Administração trata impessoalmente todos os cidadãos deve também por tratá-los igualmente. Sobre o Princípio da Impessoalidade, Mello (2011, pág. 117) assevera que:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou aminosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie

Tratando-se sobre probidade administrativa, a questão da impessoalidade ganha relevância, sobretudo, porque sempre que a impessoalidade é infringida, em diversas vezes há o enriquecimento ilícito ou o dano ao erário.

Há de se falar também do Princípio da Publicidade por meio do qual o Poder Público deve proporcionar um maior controle na legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Ele se tornou ainda mais efetivo com a regulamentação da Lei de acesso a informação, que obriga os administradores a viabilizar a transparência dos seus atos a todos os administrados por mecanismos pré definidos, sob pena de sujeitar-se à medidas disciplinares. Regulamenta o art. 5º, XXXIII da CF/88:

Art. 5º [...]

XXXIII - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Sobre a aplicação do Princípio da Publicidade na Administração Pública Garcia e Alves (2013, p. 109) ressalta que:

[...] haverá de ser ampla, sendo ilícitas as omissões ou incorreções eventualmente detectadas. O princípio, ademais, é de observância obrigatória por todos os entes da administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes e de todas as esferas da Federação.

Ao lado da Publicidade, também a Eficiência tida como o mais novo Princípio, que passou a ser expresso na CF/88 a partir da EC nº 19/1998, tem como base o intuito de encontrar o equilíbrio entre um serviço público célere e de qualidade, com a economicidade dos gastos públicos.

Eficiência em nada tem semelhança com eficácia, sendo o primeiro sentido relacionado com a conduta dos agentes que fazem parte da Administração, e eficácia tem relação aos meios pelos quais são empregados pelos agentes no

exercício da função para chegarem a plena eficiência. Nesse lume, segundo Marinela (2005, p. 41),

o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Portanto, a inobservância deste princípio pela Administração pode acarretar em diversas consequências, comprometendo a viabilidade na qualidade do serviço público, onde se deve primar pela eficiência, moralidade, legalidade, como um conjunto que completam o melhor resultado em prol do interesse público.

Além dos Princípios expressos pelo art. 37 da CF/88, a Administração Pública busca orientar-se por outros fundamentos, que são implícitos na Constituição, mas não menos relevantes daqueles já citados, daí a sua aceitação e usualidade na doutrina e jurisprudência reconhecidas, assim como, sua diretriz no procedimento administrativo. Pode citar, dentre eles, a supremacia do interesse público, proporcionalidade, motivação, autotutela, continuação da prestação do serviço público e razoabilidade.

Diante das atividades desenvolvidas pelo Estado, priorizar o interesse coletivo em relação ao interesse privado é pressuposto de uma boa administração, desse modo, o indivíduo tem de ser entendido como integrante da sociedade, não podendo a vontade própria do administrador ser valorizada perante a vontade da sociedade, e mesmo quando ensejar conflito de interesses, ainda assim, prevalecerá o coletivo. Contudo, explica Meirelles (2010, p. 105):

Dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia.

Confirma-se a permanência do interesse público em detrimento do privado no campo administrativo quando analisa-se o instituto da desapropriação, em que o interesse público suplanta o do proprietário e também no poder de polícia do estado, onde estabelece algumas restrições ao indivíduo. Por outro lado, se a lei dá à Administração esses poderes, e ao invés de buscar a finalidade pública, esta,

os manipulam pra conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará valorizando o interesse individual, desviando a finalidade pública prevista na lei, tornando o ato ilegal.

Quanto à proporcionalidade, sem dúvida, pode ser chamado de Princípio da proibição de excesso, e extrai-se seu fundamento a partir das lições de Carvalho Filho (2014, p. 43), veja-se:

[...] o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob o seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

O grande intuito do Princípio da Proporcionalidade é o controle do abuso de poder, procurando o equilíbrio entre a intervenção do poder público nas atividades a que lhes compete e o meio empregado na sua atuação, onde estes não podem ser desproporcionais em relação a finalidade que se deseja alcançar. Esse Princípio é fielmente usado nas aplicações das sanções relativas à improbidade administrativa, da qual se aplicam de acordo com a natureza do ato e as consequências percebidas mediante comportamento ímprobo.

Além da proporcionalidade nos atos da Administração Pública, estes também devem ser obrigatoriamente justificados, assim consagrando o princípio da motivação, pelo qual “exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões” (DI PIETRO, 2012).

Por esse preceito, o administrador público deve justificar-se apontando os fatos ocorridos na ação administrativa, assim como a base legal que autorizou a sua prática, assegurando a observação da sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa. Desse modo, Meirelles (2010, p. 103) assegura:

[...] a regra geral é a obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrador fique demonstrada pela exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao Judiciário. Em suma, a motivação deve ser eficiente, de modo a ensejar seu controle a posteriori.

Após realizada a ação administrativa, mesmo que justificada, ainda assim poderá incorrer em erro, tendo a Administração o dever de revisá-los como meio de controle sobre sua atuação, anulando aqueles atos que contenham vício insanável e revogando os aproveitáveis, assim como qualquer outro, de acordo com o interesse da Administração. A essa possibilidade dá-se o nome de autotutela.

O Princípio da Autotutela está consagrada através da Súmula 473 do STF, nos seguintes termos:

Súmula 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 e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Neste sentido, Alexandrino e Paulo (2010, p. 211) asseveram que:

A administração Pública, no desempenho de suas múltiplas atividades, está sujeita a erros; nessas hipóteses, ela mesma pode (e deve) tomar a iniciativa de repará-los, a fim de restaurar a situação de regularidade e zelar pelo interesse público. Não precisa, portanto, a Administração ser provocada para o fim de rever seus atos ilegais. Pode fazê-lo de ofício. Nesse aspecto, difere do controle judicial o controle administrativo de legalidade decorrente da autotutela, uma vez que para a realização daquele o Poder Judiciário necessita sempre ser provocado.

Estando os atos administrativos livres de erros, ou diante da presença deles, estes já tenham sido sanados, dar-se-á a execução do serviço público, que diante das necessidades da sociedade não podem ser interrompidas, devendo ser promovido sua continuidade, buscando atender os anseios inadiáveis da sociedade.

Dessa forma, encontra-se fulcro no Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos, que apresenta linha tênue com o princípio da supremacia do interesse público, onde ambos pretendem evitar prejuízos à coletividade em razão de eventual interesse particular.

Ainda nas lições de Alexandrino e Paulo (2010, p. 212), verifica-se que:

Os serviços públicos são prestados no interesse da coletividade, sob regime de direito público. Por esse motivo, sua prestação deve ser adequada, não podendo sofrer interrupções. A interrupção de um serviço

público prejudica toda a coletividade, que dele depende para a satisfação de seus interesses e necessidades.

Portanto, ainda em busca da satisfação popular por meio da Administração Pública, busca-se exercer um serviço apropriado evitando que a sua cessação venha a causar danos eminentes à toda coletividade.

O Poder Público, a cada ato exercido, deve mostrar sua congruência com a lei, não havendo essa correspondência, o ato será ilegítimo e juridicamente invalidado. Com isso percebe-se a importante presença do princípio da razoabilidade, que é um meio efetivo para controlar a discricionariedade administrativa, evitando que o ato discricionário passe dos limites conferidos em lei, buscando que o ato atenda a sua finalidade pública específica.

Nesse lume, Garcia e Alves (2013, p. 114) admite que:

Se a análise do ato, à luz da situação fática, e da finalidade almejada, denotar que ele possui um desmensurado exagero, ou uma injustificada limitação, restará clara sua irrazoabilidade. Diversamente, se o conteúdo do ato for congruente com os motivos e os fins que o justificam, estará presente a sua razoabilidade, o que demonstra que este princípio é sustentado pelo mesmo conteúdo normativo dos princípios da legalidade e da finalidade.

A conduta revestida de ilicitude necessita desse juízo de razoabilidade entre os meios e os fins do exercício administrativo, à medida que deve apresentar-se diante dos padrões de aceitabilidade, de forma diversa, certamente algum vício estará poluindo o Poder Administrativo.

No que pese à vinculação dos Princípios aos atos administrativos, observa-se o disposto por Di Pietro (2012, p. 881) que diz:

[...] a lesão ao princípio da moralidade ou a qualquer outro princípio imposto à Administração Pública constitui uma das modalidades de ato de improbidade. Para ser ato de improbidade, não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato; basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa.

Contudo, ver-se-á que os princípios gerais da Administração, sejam eles expressos ou implícitos, tem poder de norma reguladora dos atos administrativos, devendo ser fielmente seguidos pelos agentes públicos, exercendo seu caráter

fundamental ao Poder Público, face à própria imposição legislativa da qual considera ato de improbidade mera violação de princípio administrativo.

2.3 DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: LINHAS GERAIS

Diferente do que acontece com particulares, que possuem ampla liberdade para adquirirem algo, alienar, locar bens, contratarem obras ou serviços, o poder público necessita de um procedimento formal vinculado a selecionar diante de várias propostas, aquela que se enquadra como a melhor, para que enfim possa, de acordo com os ditames da lei, contratar com o particular.

A finalidade da licitação é primeiramente obter a proposta mais vantajosa e segundo o resguardo de direitos de possíveis contratados, garantindo a observância do princípio da isonomia, sendo processada e julgada em conformidade com os princípios básicos da legalidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo que são correlatos. Portanto, a licitação é um conjunto de atos, que quando integrados buscam atingir o resultado final e satisfatório que é o interesse público.

A licitação é regulada pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da qual se submetem as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Consoante Di Pietro (2010, p. 350), licitação é:

[...] procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Como bem registra Carvalho Filho (2014, p. 239) a licitação,

[...] tratando-se de ordenada sequência de atividades, é procedimento vinculado no sentido de que, fixadas suas regras, ao administrador cabe observá-las rigorosamente. Somente assim estará salvaguardando o direito dos interessados e a probidade na realização do certame.

Por sua vez, Justen Filho (2005, p. 309) a conceitua como sendo:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do Princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Os princípios da licitação são inspirados naqueles que regem a Administração Pública como um todo, muitas vezes citando o próprio procedimento licitatório como parte integrante de um dos Princípios basilares, qual seja o da indisponibilidade do interesse público, submetendo a Administração à obrigatória realização do certame para que a finalidade não seja recaída sobre o interesse individual do administrador.

Corroborando o assunto, Di Pietro (2012, p.372) admite que:

A própria licitação constitui um Princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é decorrência do Princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá de escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

Assim como toda ação administrativa, a licitação não poderia ser realizada sem a obrigatória observância a lei, pelo contrário, sendo um procedimento estritamente vinculado a esta, que é de suma relevância para escolha da modalidade cabível, dependendo do que se pretende adquirir, e da correta análise da habilitação dos interessados.

Carvalho Filho (2014, p. 245-246) considera a legalidade como um princípio basilar de toda a Administração:

Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe. Essa limitação do administrador, é que em última instância, garante os indivíduos contra abusos de conduta e desvio de objetivos.

A lei junto ao procedimento licitatório é representada pelo instrumento convocatório ou edital como é chamado, é onde contém todas as normas e requisitos para a contratação com o poder público, a partir de sua publicação, tanto a Administração, quanto os interessados ficam submetidos à ele. O

descumprimento pelo licitante, de qualquer cláusula, pode resultar na inabilitação ou desclassificação da proposta. Nessa esteira, Meirelles (2010, p. 290) admite que:

Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula a seus termos tanto os licitantes como a Administração Pública que o expediu.

O julgamento das propostas deve ser feito de acordo com o que foi estabelecido no edital, sempre de forma objetiva, dispensando o julgamento dos critérios não exigidos no edital.

Neste sentido, preceitua Mello (2011, p. 547), que o Princípio do julgamento objetivo tem como finalidade: “impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões, ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora”.

Nos termos da Lei nº 8.666/93, há previsão de cinco modalidades de licitação, taxativamente expressas no art. 22, quais sejam: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão.

Entretanto, além destas, fora criada uma nova modalidade de licitação denominada: Pregão, através da Lei nº 10.520 de 17.07.2002, aplicando-se no que couber, subsidiariamente, as normas da Lei nº 8.666/93.

Segundo ensinamento de Meirelles (2010, p. 340) “[...] licitação, portanto, é o gênero do qual as modalidades são espécies. Por isso mesmo, os preceitos genéricos acima aplicam-se a todas as modalidades e os específicos regem cada uma delas em particular”.

No tocante à modalidade Concorrência, ainda conforme ensinamentos de Meirelles (2010, p. 340):

Concorrência é uma modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com a antecedência mínima prevista em lei, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular.

Essa modalidade de licitação se aplica a contratações de grandes valores, quando forem superiores a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), e também nas contratações de obras e serviços de engenharia quando superiores a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), sendo obrigatória nos casos de compra e alienação de bens imóveis, concessões de direito real de uso, licitações internacionais.

Difere da concorrência a tomada de preço que para participação nesta exige-se como requisito, um cadastramento anterior à data de abertura dos envelopes de habilitação, esse cadastramento pode ser feito nos registros dos órgãos públicos até três dias antes da data marcada para abertura dos envelopes. Desse modo, Mello (2011, p. 570) pondera que:

A tomada de preços (art. 22, § 2º), destinada a transações de vulto médio, é a modalidade em que a participação na licitação restringe-se (a) às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes, e (b) aos que, atendendo todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para o recebimento das propostas, o requeriram, e sejam, destarte, qualificados.

Essa modalidade, se comparada a anterior, tem menos formalidades. Isso se dá por se destinar a contratações de valores médios, com valor superior a cento e cinquenta mil reais e inferior a um milhão e quinhentos mil para obras e serviços de engenharia, ou superior a oitenta mil reais e inferior a seiscentos e cinquenta mil para os demais contratos.

Dentre todas as modalidades, o Convite é a que menos exige formalidade, pelo fato de se destinar a contratações de vulto menor, não há exigência de publicação de edital, apenas afixação em lugar visível do instrumento convocatório, sendo este apenas uma carta convite, enviada para no mínimo três interessados, exigência mínima de participação, escolhidos pela Administração. Nesse sentido, Gasparini (2010, p. 621) ressalta que:

É a modalidade de licitação aberta sem publicidade, indicada para contrato de pequeno vulto, o convite a, no mínimo, três interessados escolhidos pela entidade obrigada a licitar e por ela tidos como habilitados e permite a participação de candidatos cadastrados que manifestarem interesse com antecedência de até vinte e quatro horas da data designada para apresentação das propostas.

Já pela modalidade Concurso a Administração deve escolher, quando pretender selecionar um trabalho técnico, científico ou artístico, de cunho intelectual entre quaisquer interessados, com oferecimento de um prêmio ou remuneração. Vale ressaltar, consoante afirma Carvalho Filho (2014, p. 282), que:

Como se trata de seleção de projeto intelectual, cumpre que a comissão que dirige a licitação seja bastante criteriosa e apta intelectualmente, uma vez que não é difícil perceber que, em face do inevitável subjetivismo seletivo, pode ser facilitado eventual desvio de finalidade.

Já a modalidade Leilão, é escolhida quando se pretende alienar “bens móveis inservíveis para a Administração, ou produtos legalmente apreendidos ou penhorados”. Pode participar qualquer interessado, que vencerá após oferecer o maior lance verbal, devendo ser igual ou superior ao valor avaliado do bem. (DI PIETRO, 2012)

Caso a Administração pretenda alienar bens imóveis, deve realizar através da modalidade concorrência, podendo ser mediante leilão na hipótese em que a aquisição do bem imóvel tenha sido derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento.

A modalidade de licitação mais recente, da qual não se submete a Lei 8.666/93, é a chamada de Pregão, sendo regida por regulamentação própria, a Lei nº 10.520/2002, no que diz:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.
Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Esta modalidade visa uma maior celeridade no processo, observado que o prazo para realização do certame é de 8 dias úteis a partir da publicação do edital que se dá por meio de jornais de circulação considerável. Pode ser exercida de duas formas: no modo presencial, onde todos participantes se veem “olho a olho”, ou no modo eletrônico, por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, de acordo com a legislação específica.

Além da escolha da modalidade, é necessária a análise do tipo de licitação que se encaixa ao objeto, podendo ser escolhida através das quatro formas existentes: Menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

No tipo menor preço, vence o licitante que na fase de proposta, apresentar aquela que entre as outras contenham preço inferior. Melhor técnica e técnica e preço são tipos predominantes nas licitações de cunho intelectual, sendo vencedor aquele que tiver a melhor técnica para realizar o trabalho, ou melhor técnica combinado com o melhor preço. Maior lance ou oferta, tipo de licitação utilizada nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, onde terá êxito o participante que oferecer a maior oferta, dentre os qualificados.

2.4 DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA PROBIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Probidade no âmbito da Administração Pública significa que esta tem de perseguir o caminho para a moralidade no sentido de exercer condutas arraigadas na boa fé, na qual sua violação caracterizaria um desvio ou abuso, principalmente nos contratos administrativos, que quando não observados os critérios fundamentais, pode resultar em desvio de finalidade pública, e dependendo das consequências trazidas, se configurar como improbidade administrativa.

Conforme preceitua Silva (2006) “O grave desvio de conduta do agente é que dá à improbidade administrativa uma qualificação especial, que ultrapassa a simples imoralidade por desvio de finalidade”.

Os contratos administrativos constituem um acordo de vontades entre a Administração Pública e os particulares, laçando um elo recíproco de obrigações.

Conforme bem assevera Mello (*apud* Caio Tácito, 1975, p. 292), “a tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público”.

Nas relações contratuais as partes contratantes se igualam no mesmo plano jurídico, não há preponderância de um polo em relação ao outro, mas apesar da denominação “obrigações recíprocas”, observa-se sobre a disparidade entre a

Administração e o particular que se dá pelo fato da Administração pública buscar a todo instante alcançar o interesse da coletividade, interesse este que se sobressai perante o interesse particular, por isso essa desigualdade contratual.

Do mesmo modo que os demais atos da Administração, os contratos administrativos devem obediência aos princípios, com destaque o da probidade que cobra das partes contratantes o dever da boa-fé. Assim à luz da doutrina, a probidade nos contratos traduz-se em observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios e não apenas o princípio da moralidade (GARCIA E ALVES, 2013).

Em que pese as razões expendidas, cumpre assinalar que, o administrador tem o dever de agir com probidade nos contratos, para que sua atividade esteja efetivamente voltada para o interesse público, qual seja o de promover a seleção mais acertada do particular com quem irá contratar. Mas, se ao contrário, agir com má-fé, desviando-se da finalidade primordialmente exercida, frustrando o objeto do contrato, este poderá expor-se as sanções culminadas pela desobediência a Princípio Administrativo.

3. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA SISTEMATIZAÇÃO

O presente capítulo aborda a Lei de Improbidade Administrativa, bem como sua sistematização, observando seus sujeitos, as causas que produzem consequência para caracterização desse mecanismo judicial de responsabilização, assim como suas possibilidades de sanções exercidas individualmente ou cumulativamente para cada caso concreto.

Em que pese a regulamentação da improbidade Administrativa nenhuma das constituições ousou abordá-la como se encontra na Carta Política atual, inovando e incluindo o assunto no capítulo referente a Administração Pública. Em seu art. 37, § 4º, não se resume em tratar dos atos de improbidade administrativa apenas como sendo hipótese de dano ao erário e enriquecimento ilícito, como as anteriores, ampliando assim as consequências de tal ato para suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário público, na forma prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, sendo então preceito inicial regulamentador da Lei nº 8.429/92.

O ilícito nas esferas administrativas há muito tempo faz dessa sua morada, se consolidando em uma cultura historicamente arraigada pela corrupção, pelo oferecimento e aproveitamento de vantagens mediante o cargo ou emprego que se exercia. Poucos eram os encorajados a escancarar a porta e tirar a máscara que encobria os autores. Nesse pórtico, surgiu-se a necessidade de elaborar uma normatização com o intuito de responsabilizar efetivamente tais condutas.

Embora a normatização sobre o ilícito da improbidade tenha ocorrido há pouco mais de vinte anos, agora ganha uma visão a mais de preocupação com a administração, punindo-se quem pode ser responsabilizado, e mostrando frente a sociedade, que é a maior detentora do direito de fiscalização, o quanto é necessário zelar pelo seu próprio patrimônio, difundindo essa ideia para que ganhe repercussão. Apesar de o assunto ter sido tratado por muito tempo, a sua efetivação só ocorreu quando da edição da Lei nº 8.429/92, da qual verifica-se a seguir.

3.1 AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA COMPETÊNCIA

É cediço que no ordenamento jurídico atual, existem as mais variadas formas de responsabilização, seja ela civil, penal ou administrativa, mas vale declarar, que a estrutura jurídica brasileira atual vem atribuindo a responsabilidade por condutas ilícitas em face da administração à Lei de improbidade administrativa, cada vez mais autônoma na sua essência.

Sobre o conceito de improbidade administrativa, Carvalho Filho (2014, p. 1088) assevera que:

[...] a ação de improbidade administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e consequentemente aplicações das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa.

A ação de improbidade administrativa é o instrumento judicial pelo qual serão punidos os atos que a lei importa como improbidade, sendo caracterizada algumas de suas consequências através do §4º do art. 37 da CF/88, que diz:

Art. 37. [...] omissis.

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Como se vê no dispositivo constitucional acima mencionado, não existe apenas a esfera de responsabilização administrativa nos casos da improbidade administrativa, havendo por se falar em esfera civil e penal, notadamente, autônomas.

Vale dizer que apesar de as instâncias serem relativamente independentes há casos nos quais uma se sobressairá, exigindo-se a observância do princípio da adequação, ou seja, identificar a qual matéria pertence as sanções da mencionada lei, assim como se sua competência legislativa é privativa ou concorrente.

Neste sentido, ainda sobre os ensinamentos de Carvalho Filho (2014, p. 1090), cumpre observar que:

A Lei nº 8.429/92, entretanto, dispõe, em alguns momentos, sobre matéria administrativa. Nesses pontos, será ela lei federal, aquela cujas normas se direcionam apenas à própria União. Em consequência, terão os demais entes federativos suas próprias competência para regular a matéria (competência concorrente).

Sendo assim, é incontestável a importância dos diversos entendimentos para o alcance da justiça nas decisões e também para a celeridade processual, evitando-se, dessa forma, a impunidade.

Mister se faz ressaltar que, a autonomia da responsabilidade por ato de improbidade administrativa, além de tudo é instrumento de celeridade processual e de contribuição para o ressarcimento aos cofres públicos dos prejuízos causados, além de contribuir para a preservação da moralidade dos que lidam com a coisa pública.

3.2 SUJEITOS DOS ATOS DE IMPROBIDADE

Para que se tenha caracterizado ato de improbidade administrativa é necessária a presença de dois elementos, um ao qual se dá o nome de sujeito passivo e outro de sujeito ativo.

O sujeito passivo é aquele que tem o seu bem jurídico lesionado ou ameaçado pelo ato ímprobo, e estão elencados no art. 1º e parágrafo único da LIA, que se dividem em grupos. O primeiro compreende as pessoas da administração direta: União, Estados, Distrito Federal e Municípios; o segundo, pessoas da administração indireta: autarquias, empresas públicas, fundações governamentais e sociedade de economia mista; e o terceiro pessoa pela qual, para a sua criação ou custeio a Administração Pública haja colaborado com mais de 50% da receita anual.

De acordo com Alexandrino e Paulo (2010, p. 859):

[...] sob uma perspectiva geral ou imediata, os atos de improbidade administrativa vitimam a sociedade brasileira, globalmente considerada. Entretanto, um particular pessoa física, ou uma empresa privada que nenhuma relação específica tenha com o poder público, não pode ser diretamente alvo de um ato de improbidade administrativa.

No parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666/93 os sujeitos passivos secundários estão divididos em dois grupos, sendo como primeiro, a entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público e em segundo para entidades da qual, para sua criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Para que se caracterize ato de improbidade, antes mesmo de verificar em qual condição se encontra o agente que cometeu o ato, é preciso analisar o sujeito passivo, tendo ele que se encaixar no rol supra mencionado, não se enquadrando a conduta do agente em tal lei, caso sua prática não se der em detrimento do patrimônio público usufruído por essas entidades.

Tal conceito baseia-se na conclusão de Carvalho Filho (*apud* Garcia e Pacheco, 2013, p. 286) ao consagrar que:

Tratando-se de atividade desenvolvida em caráter exclusivamente privado, com limitada inserção de recursos públicos, tem-se que a própria incidência do referencial de juridicidade é direcionada, primordialmente, à preservação do patrimônio público, não à transposição, para a iniciativa privada, de toda uma sistemática que não lhe diz respeito. Nesses casos, ainda que a conduta se enquadre na tipologia dos arts. 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (violação dos princípios administrativos) da Lei n 8.429/92, o agente não estará sujeito às penalidades previstas nesta Lei em não tendo sido o ato praticado contra o patrimônio de tais entes.

A possibilidade de incorrer-se no crime de improbidade como sujeito ativo é muito extensa, a exemplo dos agentes públicos e políticos e terceiros equiparados, devendo ser minuciosamente analisado o elemento subjetivo do agente na imputação da conduta ilícita, pois muitas vezes, não se pratica o ato em si, mas concorre para que este seja viabilizado, ou atrai para si ou para outrem vantagem de origem pública.

Pela óptica da Lei nº 8.429/92, os sujeitos ativos dividem-se em agentes públicos e terceiros. O art. 2º da LIA conceitua o agente público como sendo:

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.

Art. 2º- [...] omissis.

Aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Segundo Carvalho Filho (2014, p. 18), agentes públicos seriam “todos aqueles que, a qualquer título, executam uma função pública como prepostos do Estado. São integrantes dos órgãos públicos, cuja vontade é imputada à pessoa jurídica”.

A grande questão posta em discussão pelos doutrinadores é se os agentes políticos podem ser regulados pela Lei de improbidade administrativa, uma vez que os atos de improbidade nada mais seriam do que infrações político-administrativas, sendo que para tais agentes existiria outro diploma legislativo, a Lei nº 1.079/50 que regula os crimes de responsabilidade.

Sobre o questionamento, encontra-se três linhas de pensamentos. Uma delas defende que as ações demandadas pela Lei de improbidade administrativa independem das cominadas pela Lei de responsabilidade, podendo ser concomitantemente promovidas, nesse sentido, (GARCIA E ALVES, 2013) “No que concerne às sanções passíveis de aplicação ao ímprobo, a independência entre as instâncias se apresenta absoluta”.

Nesse sentido, Miranda (2007, p. 350-352) ressalta que:

Percebe-se, portanto, que os denominados crimes de responsabilidade não se confundem com os crimes comuns e com outros ilícitos de natureza extrapenal, como os atos de improbidade administrativa, sendo, assim, possível a tramitação de processos simultâneos pelo mesmo fato que importe em responsabilização civil, por crime de responsabilidade e por crime comum, não havendo que falar em dupla punição.

Ora, a própria Constituição Federal não deixa dúvidas ao dispor que a punição pelos crimes de responsabilidade não impede a incidência de outras sanções cabíveis (Art. 52, parágrafo único, parte final), podendo, portanto, a referida norma ser interpretada no sentido de que será possível responsabilizar o agente pela prática de crime ou até mesmo de eventual ilícito civil, como os que caracterizam atos de improbidade administrativa. Assim, não há que falar em contradição ou superposição de instâncias,

uma vez que também é possível que a condenação criminal gere a suspensão ou perda dos direitos políticos, da mesma forma como é possível pela condenação por improbidade administrativa, como se nota pelo art. 15, III e V, da CF.

Impende ressaltar, outrossim, que afasta a aplicação da ação de Improbidade quando o sujeito passivo é agente político, podendo apenas ser responsabilizado pela Lei de Responsabilidade nº 1.079/50. Desse modo Bianchini e Gomes (2008, p. 49) preleciona que:

Os agentes políticos, precisamente porque não sujeitos a qualquer hierarquia e ainda porque contam com regime jurídico especial, afastam-se do sistema normativo da lei de improbidade administrativa. Raciocinar em sentido contrário seria admitir flagrante violação à regra do *ne bis in idem*. A sanção decorrente de uma infração político-administrativa (ou de atos de improbidade administrativa) não conflita com a sanção penal, quando o caso, porque elas não se confundem, ou seja, possuem natureza jurídica diversa. Não se pode, entretanto, admitir a mesma consequência (cumulativa) quando se tratar de duas sanções de natureza intrinsecamente idênticas. Isso é o que ocorre em relação às infrações de natureza político-administrativa (às vezes chamada impropriamente de “crimes de responsabilidade”) e às contempladas na Lei de improbidade administrativa, que configuram matéria de Direito sancionador, não de Direito penal. Impor duas sanções (ou seja: fazer incidir dois regramentos jurídicos) da mesma natureza, com idênticos fundamentos, significa patente infringência do *ne bis in idem*.

Neste sentido, defende-se ainda, em outro viés, a possibilidade do agente político ser responsabilizado pelas respectivas vias, observando a natureza da sanção para que assim essa possa ser efetivada. Nos casos em que as ações desses agentes estiverem tipificados na Lei de Responsabilidade, assim serão responsabilizados, não estando, se observará as sanções cominadas na Lei de Improbidade. Corroborando tal posição, Carvalho Filho (2014, p.1097) assevera que:

[...] advoga-se o entendimento de que as Leis nº 1.079/50 e 8.429/92 convivem harmoniosamente no sistema, sendo independentes as vias respectivas, mas será incabível formular na ação de improbidade pedido de aplicação de sanções de natureza política (perda do cargo, suspensão dos direitos políticos), já que elas emanam naturalmente da ação penal de apuração de crime de responsabilidade. Em compensação, subsistiriam outras sanções sem tal natureza (como, v.g., multa civil, reparação de danos, proibição de benefícios creditícios ou fiscais etc). Tais sanções não decorriam de crime de responsabilidade, regulado por lei especial, mas sim de conduta de improbidade sem caracterização delituosa. De fato, examinando-se o elenco de sanções contemplado no art. 12 da Lei n

8.429-92, é possível vislumbrar a existência, lado a lado, de sanções político-administrativas e exclusivamente administrativas.

Vale consignar a questão que essa “dupla responsabilização” não envolve os casos previstos de agente políticos com foro especial por prerrogativa de função dos quais tratam os artigos 52, I e II; 96, III; 102, I, “c”; 105, I, “a”, e 108, I, “a” da CF/88, pois seria outro órgão constituído de competência para aplicar a respectiva sanção. Nesse sentido, posiciona-se o STJ, consoante seguinte excerto de jurisprudência:

Processo civil. Questão de Ordem em Ação de improbidade administrativa. Agentes políticos e agentes administrativos. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de propositura da ação de improbidade, quanto aos agentes políticos, que se sujeitam à ação penal por crime de responsabilidade. Aplicabilidade no âmbito do STJ. Ação proposta contra membro do Tribunal de Contas de Estado da Federação. Peculiaridades, quanto à sua tipificação da conduta contida na ação de improbidade, que afasta a orientação preconizada pelo STF. Possibilidade de sua responsabilização pelo regime de ação de improbidade. - No julgamento da Recl. 2.138/DF, o STF decidiu que o regime da ação de improbidade administrativa não se aplica aos agentes políticos, cujos atos estariam abrangidos pelos preceitos contidos da Lei dos Crimes de Responsabilidade, com o foro privativo estabelecido na Constituição Federal. Haveria, portanto, para os agentes políticos, 'bis in idem' entre os preceitos da Lei de Crimes de Responsabilidade e a Lei de Improbidade Administrativa. - Para Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, a conclusão não pode ser a mesma. A Lei dos Crimes de Responsabilidade separa, quanto às consequências, as condutas praticadas pelos diversos agentes políticos. Assim, o Presidente da República e pelos Ministros de Estado podem praticar condutas que são tipificadas como crimes contra a administração, nas quais se verificaria, na visão do STF, 'bis in idem' com as condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Outros agentes políticos, porém, como os membros de Tribunais de Contas, não estão entre as autoridades a quem a lei reputa possível cometer tais crimes. Para eles, a Lei dos Crimes de Responsabilidade possibilita apenas a prática de Crimes contra a Lei Orçamentária, que não se identificam, necessariamente, com os atos reprimidos pela Lei de Improbidade Administrativa. - A peculiaridade das condutas tipificadas na Lei dos Crimes de Responsabilidade, quanto aos membros do Tribunal de Contas, indica que a eles não se estende a novel jurisprudência do STF, que exclui os agentes políticos do âmbito da Lei de Improbidade Administrativa. Portanto, a ação de improbidade, aqui, permanece cabível, não sendo todavia competente o STJ para dela conhecer. Questão de Ordem acolhida para remeter os autos ao Tribunal de Justiça da Bahia, para distribuição em primeiro grau da ação de improbidade administrativa. (STJ - QO na AIA: 27 DF 2008/0188380-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/11/2008, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 09/02/2009).

Portanto, conforme a jurisprudência STJ, alguns agentes políticos eleitos ou investidos em cargos comissionados, ao estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei nº 8.429/92.

Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.429/92, seria o terceiro a ser responsabilizado pela lei de improbidade administrativa, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ilícito da improbidade ou deste se beneficie sob forma seja ela direta ou indireta.

Também não há de ser cometido por pessoa jurídica, sendo próprio de pessoa física, com comportamento doloso, quando este tiver consciência da vantagem ilícita percebida. Desse modo, Marques (2010, p. 42) admite que:

Se um particular subtrair, sem o auxílio de agente público, um bem material pertencente ao Estado, cometerá crime de furto, devendo ser investigado pelas autoridades policiais. Mas o mesmo fato, em regra, não será objeto de investigação na esfera administrativa nem representar improbidade administrativa.

Também não se configurará ato de improbidade administrativa quando agentes públicos e particulares violam patrimônio ou interesse privado, sem repercussão na órbita administrativa. Se um servidor público subtrair um bem particular, fora do ambiente administrativo, igualmente comete crime de furto, não se configurando um ato ímprobo. Evidentemente o ato de improbidade administrativa ocorre se o agente público subtrair bem de particular que esteja sob proteção ou responsabilidade do Estado.

Portanto, só há possibilidade de um terceiro sujeitar-se à Lei improbidade, caso conceda auxílio à agente público no cometimento de ilícito de cunho administrativo. Não há o que se falar em crime de improbidade administrativa, por terceiro que não teve relação com pessoa da administração, caso isso ocorra, será responsabilizado pela legislação penal incidente.

3.3 A ESTRUTURA NORMATIVA DOS ATOS DE IMPROBIDADE

A lei de improbidade administrativa nasceu com o intuito de resguardar a coisa pública e combater atos que a afete. Contudo, como a referida lei possui vastos espaços para definir um conceito sobre improbidade administrativa, acaba

por resultar, em notório agravamento na eficiência dos enquadramentos de atos cometidos por agentes, pelo fato do demasiado uso desta Lei para caracterizar casos que não comportem a sua regulação.

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

Nesse sentido, Alves e Garcia (2013, p.350) lembra que:

A utilização dos conceitos jurídicos indeterminados exigirá do interprete a realização de uma operação de valoração das circunstâncias periféricas ao caso, o que permitirá a densificação do seu conteúdo e a correlata concretização da norma. Diversamente de uma operação de mera subsunção, em que a norma traz em si todas as notas características imprescindíveis à sua aplicação, aqui será imprescindível a intermediação, entre a disposição normativa e o fato, de uma operação de índole valorativa.

Tratando dessa forma, é como se a lei de improbidade tivesse caráter em branco, ficando a depender de quem a interpreta ou aplica, sendo necessário que esta tenha integração de outro texto legislativo para que seja posta em prática da forma pela qual fora criada. A falta de explicitação da definição legislativa do ato de improbidade do agente público, gera um poder ilimitado de punição a esses agentes, mesmo que a conduta pública não contenha nenhuma degradação ou má-fé no trato da coisa pública, causando em alguns casos injustiças, pois a interpretação da norma nem sempre será a mais adequada, dado o seu inexplicável caráter de indefinição.

Relativo a essa lacuna de conceitos de determinado ato do qual se incube uma sanção, cabe as colocações do Min^o Celso de Mello, do qual relata:

O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. É que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da reserva de lei, daí resultando, com efeito consequencial, imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas." (STF - Ext: 633 CH, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 28/08/1996,

Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-04-2001 PP-00067 EMENT VOL-02026-01 PP-00088)

Dessa maneira, conclui-se que o excessivo caráter aberto da lei nº 8.429/92 permite a possibilidade de ser utilizada a ação de improbidade administrativa de forma irresponsável, preocupando apenas em tratar as suas hipóteses, das quais enumera nos arts. 9, 10 e 11, colocando de forma exemplificativa as condutas que importam enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios administrativos e posteriormente tratando suas sanções.

3.3.1 Dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito

O enriquecimento ilícito administrativo, é percebido através do acréscimo indevido de bens ao patrimônio do agente público, em razão do exercício ao qual exerce nos quadros da administração ou em detrimento do erário, sem que para isso haja motivo determinante justificável.

Segundo Ferraresi (2011, p. 75), cumpre observar que:

O ato de improbidade que leva ao enriquecimento ilícito do agente configura a modalidade mais gravosa de improbidade, sujeitando o agente que o comete às penas mais severas, previstas no art. 12, I, da LIA. Extrai-se do dispositivo que não se exige que do enriquecimento ilícito resulte dano ao erário (desnecessidade de prejuízo ao erário).

Ausente o nexo de causalidade, não há que se falar em enriquecimento ilícito, que “devem ser excluídas as vantagens ilícitas obtidas pelo agente fora da atividade pública, especialmente em período anterior. Em tal situação, o agente poderá responder no âmbito criminal por eventuais delitos cometidos” (MARQUES, 2010)

Segundo o art. 9º, a conduta de improbidade é caracterizada quando o agente aufere “qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º” da lei.

As hipóteses previstas, visualizam o enriquecimento ilícito do próprio agente público, exceto nos incisos I e VII do art. 9º que incluem a vantagem indevida ou aquisição de patrimônio para outrem.

Para se enquadrar na conduta imposta pelo art. 9º, há necessidade de percepção de dolo, pois “conduta de auferir vantagem patrimonial indevida em razão da função pública não pode ser fruto de atuação culposa, de negligência, imprudência ou imperícia” (OLIVEIRA, 2009).

À luz das informações contidas, para se caracterizar enriquecimento ilícito não importa necessariamente a produção de dano ao erário. Cabe salientar que alguns tipos necessitam de observar o ato administrativo, no qual se deve identificar a ofensa à legalidade para então assim figurar a norma sancionatória.

3.3.2 Dos atos de improbidade administrativa que causam dano ao erário

O art. 10 da LIA identifica que “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”.

Com isso, observa-se perda patrimonial como sendo qualquer lesão que afete o patrimônio, em seu sentido amplo, desde de que o ato seja ilegal. Assim adverte Garcia e Alves (2013, p. 377):

[...] agindo com dolo ou culpa (leve, grave, ou gravíssima), sofrerá o agente político as sanções cominadas, não havendo previsão legal de um salvo-conduto para que possa dilapidar o patrimônio público com a prática de atos irresponsáveis e completamente dissociados da redobrada cautela que deve estar presente entre todos aqueles que administram o patrimônio alheio.

Nesses casos, portanto, é irrelevante constatar a presença de dolo ou culpa, para identificação do ato de improbidade causador de dano ao erário, necessitando apenas a previsibilidade do resultado.

3.3.3 Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Conforme dispõe o art. 11 da Lei nº 8.429/92, configura-se no ato de improbidade administrativa aquele que atenta contra os princípios da Administração Pública, mediante ação ou omissão, que viole os deveres de legalidade, moralidade, imparcialidade e publicidade, assim dispondo:

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

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

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

Destaca-se que não apenas os princípios exemplificados no art. 11, fazem parte do rol que caracteriza inobservância a princípios, mas todos os demais que regulam a atividade administrativa, como a supremacia do interesse público, razoabilidade e proporcionalidade, continuidade do serviço público, entre outros.

Contudo, se faz necessário, no caso deste dispositivo, uma observância maior na aplicação de sanção, exercendo, com cautela o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista, que para configurar esse tipo o agente precisa ter agido com dolo, ou seja, ter a vontade livre e consciente de produzir o resultado ou a assunção do risco de produzi-lo.

Sobre o assunto encontra-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. FORNECIMENTO DE LANCHES MATINAIS. DOLO NÃO

CONFIGURADO. SUCESSIVA RENOVAÇÃO DO CONTRATO MOTIVADA EM FACE DAS PECULIARIDADES DO OBJETO LICITADO.

1. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

2. In casu, pretende-se a condenação dos réus, ora recorrentes, por suposto desrespeito aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei de improbidade Administrativa). Sucede que a Corte de apelação não indicou nenhum elemento de prova direto que evidenciasse o agir doloso do administrador, baseando-se o juízo de valor em presunção de dolo, de modo que é mister a reforma do acórdão recorrido.

3. Recursos especiais providos, divergindo do relator, Sr. Ministro Teori Albino Zavaski.

(REsp 1192056/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 26/09/2012)

Acerca do elemento subjetivo dos atos de improbidade, adverte DI PIETRO (2012), que este é “exclusivamente o dolo, não tendo havido na lei referência à culpa, como seria necessário, não se enquadra como ato de improbidade aquele praticado por imprudência, negligência ou imperícia”.

A dificuldade do intérprete se faz presente quando ocorrer alegação de violação aos princípios da Administração, sem que estejam configuradas algumas condutas do rol do art.11 da Lei de Improbidade. Nesse caso entende-se a necessidade de se conjugar a regra imposta pelo princípio tido por violado com algumas das condutas descritas nos art. 9 e 10 da Lei de Improbidade, de forma a evitar que meras irregularidades sejam transformadas em atos de improbidade, sem a presença da má-fé do administrador.

3.4 DAS SANÇÕES DIRIGIDAS AOS ATOS DE IMPROBIDADE

As sanções relacionadas à improbidade administrativas tem caráter predominantemente civil e político, descrição majorada na doutrina, tendo apenas alguns especialistas, elucidado o caráter penal dessas sanções, o que não lhes rouba a natureza civil de que se revestem.

Sobre a importância da sanção administrativa, Mello (2011, p. 864-865) assegura que:

Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo.

A CF/88, em seu art. 37, § 4º, elenca as sanções impostas ao agente que comete improbidade administrativa como sendo 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.

Por sua vez, o art. 12 da Lei nº 8.429/92 seus incisos e parágrafo único preocupam-se em tratar das sanções impostas para cada caso contido nos arts. 9, 10 e 11 desta lei. Nos casos previstos no art. 9 da LIA, onde o agente público haja enriquecido ilicitamente, auferindo vantagem indevida em razão da atividade exercida no Poder Público, as sanções cabíveis seriam as descritas no inciso I do art. 12 da Lei nº 8.429/92,

Art. 12. [...]

I - 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 10 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 os benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 dez anos.

Se o agente público enriqueceu ilicitamente, trazendo para o si à de terceiro, patrimônio público, nada mais justo que este seja restituído ao erário. Nesta linha somente o acréscimo patrimonial ulterior ao exercício do cargo, emprego ou função poderá ser atingido, já que os adquiridos anteriormente à investidura não tem correlação com a atividade pública.

O inciso II do art. 12 da LIA, busca tratar das sanções previstas no caso de lesão ao erário público, na hipótese do artigo 10, da qual se aplica:

Art. 12.[...]

II – [...] 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 contratar com o Poder Público ou receber benefício 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.

A aplicação cumulativa de todas as penalidades previstas nos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/92 é possível, mas apenas nos casos em que o ato de improbidade administrativa causar repulsa firme do Poder judiciário, em virtude da intensa gravidade da desonestidade do agente público e dos danos causados ao erário.

Cumprir examinar, neste passo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, isto é, a busca pela boa razão e justa medida. Assim, o condenado por ato de improbidade não sofrerá, obrigatoriamente, todas as sanções da lei, como bem lesiona Carvalho Filho (2014, p. 1107)

A aplicação das sanções pressupõe, como adiantamos, a observância do princípio da proporcionalidade, exigindo-se correlação entre a natureza da conduta de improbidade e a penalidade a ser imposta ao autor. A aplicação do princípio é relevantíssima no caso de improbidade em virtude de a lei apresentar tipos abertos, dando margem a interpretações abusivas.

Nesta linha, a jurisprudência do STJ ressalta que:

[...] essas penas não são necessariamente aplicadas de forma cumulativa. Cabe ao magistrado dosar as sanções de acordo com a natureza, gravidade e consequências do ato ímprobo. É indispensável, sob pena de nulidade, a indicação das razões para a aplicação de cada uma delas, levando em consideração os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (REsp 1.134.461-SP, **Rel.** Min^o Eliana Calmon, 2^aT, DJ 2/8/2007)

A razoabilidade e a proporcionalidade devem orientar os julgadores quando da fixação das penalidades, na hipótese em que entenderem comprovada a prática dos atos de improbidade administrativa, impondo, dentre as diversas penalidades previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, aquelas que, de fato, correspondam com o dano causado pelos agentes públicos desonestos.

Registre-se ainda que a aplicação das sanções culminadas ao agente Público que viole princípio administrativo é prevista no inciso III da do art. 12 da LIA, sendo as seguintes sanções:

Art. 12. [...] omissis.

III – [...] 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.

Impende salientar que, qualquer que seja o ato que produza enriquecimento ilícito do agente ou cause dano ao erário, estarão estes necessariamente violando Princípio da Administração Pública, cabendo por incidir as sanções relativas à ofensa de princípios, quando estes não caracterizarem que o agente enriqueceu ilicitamente ou causou prejuízo ao erário.

3.5 PRESCRIÇÃO

A prescrição da ação de improbidade administrativa, é de extrema relevância no contexto do combate à corrupção na Administração Pública.

A previsão legal é a do art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa, ao dispor:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos 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;

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.

Sobre a prescrição em matéria de improbidade administrativa, Ferraresi (2011, p. 234) lembra que:

O agente público não pode ficar indefinidamente sujeito a se tornar réu em ação de improbidade administrativa, sob pena de insegurança jurídica e de comprometimento da paz social. Mesmo que subsista interesse público na apuração do ato de improbidade administrativa e na aplicação de suas sanções, predomina a segurança jurídica de que aquilo que não foi tempestivamente examinado não poderá mais justificar a punição do agente público. Optou-se pela estabilidade das relações sociais em detrimento da punição do agente ímprobo

Assim, a prescrição, quanto ao tema da improbidade administrativa, aduz à pretensão punitiva estatal e não propriamente à extinção da ação, observado determinação constitucional do art. 37, § 5º, na qual traz prazo prescricional para todos os ilícitos cometidos por agente público que cause dano ao erário, excluídos os casos que acarretem ressarcimento ao erário, sendo que a ação da qual trate esta penalidade pode ser proposta a qualquer tempo, com o fim de perseguir a reparação do dano, sendo atingidas por prescrição apenas as demais sanções previstas no art. 12 da LIA. Essa interpretação encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CORRÉUS - PRESCRIÇÃO - CONTAGEM INDIVIDUAL - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - IMPRESCRITIBILIDADE.

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. 23 da Lei nº 8.429/92), contado o prazo individualmente, de acordo com as condições de cada réu. Precedente do STJ.

2. Diferentemente, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da Constituição).

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp 1.185.461/PR, Rel. Minº ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 17/6/10)

O art. 23 da LIA utiliza como regra, a natureza do vínculo entre o poder público e o agente público, para aferir prazo prescricional entre eles, trazendo no inciso I os casos em que o vínculo é temporário, ou seja, com duração predeterminada ou passível de dissolução a qualquer tempo, e no inciso II quando se é permanente, tendo como exemplo quando o agente ocupa cargo efetivo.

No primeiro caso, o prazo somente se iniciará quando da cessação do vínculo, conforme dispositivo citado, no caso de mandato eletivo o prazo para propositura de ação de improbidade administrativa será de 5 (cinco) anos após o

término do mandato, mesmo que na carreira política haja a reeleição, só se contará a partir do final do segundo mandato.

Essa regra tem como finalidade, a melhor investigação da ação do agente, tendo em vista que quando ele se encontra em mandato eletivo ou ocupa postos de confiança na Administração Pública, dificultaria a adequada aferição do ilícito de improbidade, em razão de uma possível interferência nas investigações. Nessa esteira, Sobrane (2010, p.180) ressalta que:

A fixação do marco inicial do prazo prescricional após o término do vínculo constitui-se em solução plenamente saudável, que está em consonância com os anseios sociais, proporcionando inclusive maior controle dos atos da administração, principalmente quanto àqueles que virão à tona depois do desligamento do agente público. Além disso, permite que o sucessor daquele que estava precariamente investido possa levar a efeito as medidas necessárias para a apuração de eventual ato ímprobo perpetrado por seu antecessor, restaurando-se a legalidade.

O inciso II do art. 23 trata dos casos pelo qual o agente público de cargo efetivo ou emprego comete ilícito administrativo decorrente da Lei nº 8.429/92, onde se faz referência ao vínculo permanente exercido por estes. Nesse caso, o prazo prescricional não se dá do mesmo modo que o inciso anterior, e sim através de lei específica, da qual ele está subordinado, digo, o regime jurídico que rege a relação da qual o agente público mantém com o Poder Público. No âmbito federal se trata da Lei nº 8.112/90.

Este dispositivo permite a existência de diferentes prazos prescricionais, não trazendo tratamento igualitário para os regidos por este inciso, quando se trata de diversas esferas administrativas. As esferas estaduais e municipais estarão submetidos ao estatuto próprio funcional, não havendo referência sobre prescrição na legislação própria, aplicar-se-á o lapso prescricional da lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão.

Caso o agente público efetivo, passe a desempenhar função de confiança ou em comissão, e venha a cometer improbidade administrativa no exercício desta função, será aplicado a prescrição relativa ao cargo efetivo. Desse modo, decidiu o STJ sobre o caso:

Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração Pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário. (STJ - REsp: 1060529 MG 2008/0112461-8, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 08/09/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/09/2009)

Portanto, tratando-se daqueles que concorrem no crime de improbidade, exercendo ao mesmo tempo função efetiva e cargo temporário, vale, para cômputo do prazo de prescrição o mesmo relativo ao disposto no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa.

4. DA APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AS CONTRATAÇÕES IRREGULARES

No presente capítulo, serão abordadas as contratações irregulares realizadas por agentes públicos por meio de inexigibilidade e dispensa de licitação, fora das hipóteses legais, como forma de garantir a supremacia do poder.

Nesse contexto, será verificada a possibilidade de responsabilização dos envolvidos através da Lei de Improbidade Administrativa, mecanismo constitucional de combate a atuação dos agentes públicos fora da esfera da probidade, legalidade e moralidade administrativa.

4.1 CONTRATAÇÕES IRREGULARES POR INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO E FRACIONAMENTO DE DESPESAS

Em razão das múltiplas atividades exercidas pelo Estado, configura-se a necessidade de contratação de serviços necessários à efetiva satisfação do interesse público, tendo a Administração que firmar contratos com terceiros em razão do cumprimento destes serviços.

Um dos princípios basilares trazidos pela Lei nº 8.666/93 foi o da obrigatoriedade da licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações pela administração pública, ratificando a exigência já estabelecida anteriormente no art. 37, XXI, da CF/88, e consagrando a objetividade dos julgamentos na apreciação das propostas, de modo a tratar com legalidade os contratos administrativos, ressalvas ao assunto, os casos em que se caracterize inviabilidade ou inconveniência de competição. Assim, aduz Pacheco Alves (2013, p.480):

Regulamentando o texto constitucional, foi editada a Lei nº 8.666/1993, que estabelece normas gerais a serem observadas por todas as pessoas jurídicas cujas contratações devam ser precedidas de procedimento licitatório. No exercício de sua competência legislativa, devem os Estados

e Municípios observar os limites ali traçados, sob pena de invasão de competência privativa da União.

Para suprir essa necessidade, onde a disputa por preços não seria cabível, o legislador achou por bem moldar hipóteses específicas, quais sejam a dispensa de licitação e a sua inexigibilidade, caracterizadas respectivamente nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

A seleção da proposta mais vantajosa para a Administração se dá de forma a garantir primeiramente a escolha do procedimento licitatório devido, tendo em vista o objeto a ser contratado, observada a escolha de acordo com os ditames da lei, seja pelo valor ou mesmo pelo próprio objetivo. Nesse particular, a Administração deve preservar o caráter competitivo entre os participantes, garantindo a participação de múltiplos interessados, ressalvados os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação.

A não obrigatoriedade de licitação se configura com o previsto nos casos de sua dispensa e sua inexigibilidade. A licitação dispensável verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público (JUSTEN FILHO, 2005).

A licitação pode ser dispensada, apesar de viável sua competição, nos casos de evidente excepcionalidade, como mediante guerra ou grave perturbação da ordem; calamidade pública; emergência; perante risco a segurança nacional; ou quando o objeto tenha grande complexidade tecnológica e envolva a defesa nacional.

Há casos também que a licitação pode ser dispensada em razão do pequeno valor, como é o caso de contratações de bens ou serviços, em situações excepcionais, em razão do objeto e em razão da pessoa a qual irá prestar os seus serviços.

Já a licitação é Inexigível quando a disputa é materialmente inviável, são os casos onde a aquisição de materiais ou equipamentos só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo ou quando necessita a contratação de serviço técnico de natureza singular, com profissionais ou empresa de notória especialização. Isso vale para serviços de publicidade e divulgação e profissional do setor artístico.

Segundo Meirelles (2010, p. 295-296) “ocorre a inexigibilidade de licitação quando há possibilidade jurídica entre os contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela administração”.

É preciso elucidar a diferença entre os dois institutos. Nesse Lume, Pietro (2011, p. 388):

[...] está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que ficará inserida na competência discricionária da administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação, é portanto, inviável.

Observa-se que nos dois casos, seja contratação direta por dispensa ou inexigibilidade, há de ter uma justificativa para tal contratação, afim de que esta produza sua eficácia.

Caso ocorra o descumprimento das regras específicas trazidas pela licitação dispensável ou inexigível, que comprometa a sua finalidade pública, ocorrerá por conseguinte a frustração desta, observada a sua ilegalidade, causando prejuízo imediato à administração pública, e o dever de anulação pela mesma.

Vale lembrar que da maneira que o autor do ilícito é responsabilizado pelo feito, incorre também aquele que se beneficia da dispensa ou inexigibilidade indevida, com a finalidade de contratação com o poder público.

Partindo dessa premissa, ressalta Garcia e Alves (2013, p. 493) que “não havendo enquadramento da situação fática aos permissivos legais ou sendo provada a simulação, ter-se-á a indevida dispensa de licitação e a consequente configuração da improbidade”.

Para que a dispensa e a inexigibilidade esteja dentro dos padrões legais ela tem que ser elaborada atenciosamente pelos ditames do art. 24 e 25 da LIA, os quais versam sobre estes casos, não estando a sua feitura dentro dos padrões legais se submeterão os envolvidos aos casos de improbidade.

Ocorre que, em muitos casos, os responsáveis pela realização do certame, usam estes mecanismos como instrumento para contratações diretas das quais não estão previstas, usando-os para contratação de bens e serviços tidos como comuns, do qual haveria necessidade de um procedimento mais complexo,

caracterizando, para alguns como “dispensa indevida”. Segundo Garcia e Alves (2013, p. 493), criador de tal terminologia,

A inexigibilidade será ilegal, dentre outras hipóteses, quando o administrador realizar a contratação direta de serviços que não sejam técnicos e especializados ou, mesmo que o sejam, que não tenham natureza singular, estando ausentes a inviabilidade da licitação e a necessidade técnica da Administração em contratá-los, afrontando o art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993.

Nesse sentido, tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal, consoante se observa no seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. FRAUDE EM LICITAÇÃO PÚBLICA. COMBINAÇÃO ENTRE EMPRESAS PARA **DISPENSA INDEVIDA** DE LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO DESTINADOS À PREFEITURA. ARTIGO 10, INCISO VIII, DA LEI 8.429/92. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 458, INCISOS II E III E DO ARTIGO 535, INCISO II, DO CPC NÃO CARACTERIZADA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONSIGNA A ATUAÇÃO DOLOSA DOS RÉUS E DO DANO AO ERÁRIO. SUBSUNÇÃO DO ATO REPUTADO ÍMPROBO AO TIPO PREVISTO NO INDIGITADO DISPOSITIVO LEGAL. ARTIGO 12, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DAS SANÇÕES IMPOSTAS. 1. Recurso especial em que se discute a proporcionalidade das sanções impostas aos recorrentes pela prática de ato ímprobo consubstanciado pela ilegalidade na **dispensa** de licitação de compras de materiais de construção, hidráulica e eletricidade destinados à Prefeitura Municipal de Casa Branca/SP, **por** intermédio do respectivo prefeito, mediante a combinação entre as empresas réus para dividir as compras a fim de não ultrapassar o limite legal previsto para **dispensa** de licitação (R\$ 8.000,00). 2. O juízo a quo, ponderando a respeito da extensão do dano causado, do proveito patrimonial obtido, da gravidade da conduta, da intensidade do elemento subjetivo dos agentes, decidiu pela prática de ato ímprobo causador de lesão ao erário, nos termos do art. 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92, mantendo as penas impostas de ressarcimento aos cofres públicos do valor dado à causa no montante de R\$ 276.027,00 (duzentos e setenta e seis mil e vinte e sete reais), devidamente atualizado, e de proibição de contratar com o Poder Público, pelo prazo de cinco anos. 3. No caso dos autos, verifica-se que não há falar em desproporcionalidade quanto à pena de proibição de contratar com o Poder Público, porque não pode o agente público, valendo-se de seu cargo ou função, celebrar negócio jurídico que vise frustrar o caráter competitivo da licitação, através de dissimulação para aquisição de materiais, para evitar que as compras ultrapassem o limite de **dispensa** de licitação, notadamente em virtude da existência de outros estabelecimentos comerciais em igualdade de condições com as empresas réus. (STJ - REsp: 1170868 SP 2009/0242331-5, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 03/12/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2013)

Uma prática bastante comum, na contratação direta é o procedimento administrativo de fragmentar as compras, no intuito de manter o valor de cada aquisição individual dentro do limite imposto pela Lei nº 8.666/93 que é de R\$ 8.000,00 (oito mil) reais para compras até a realização de licitação. Garcia e Alves (2013, p. 486), nesses casos, aduz que:

Um dos artifícios comumente utilizados pelos ímprobos consiste no indevido fracionamento do objeto a ser contratado, o que lhes permitirá utilizar uma modalidade mais simples de licitação, destituída de maior formalismo e publicidade, com o conseqüente favorecimento de terceiros com eles conluiados.

Em tais casos, resta configurada a improbidade administrativa, consoante se infere da jurisprudência relativa ao assunto:

Improbidade. Fracionamento. Dispensa. Configura improbidade a compra sem licitação fundada no baixo valor do bem adquirido, se o baixo valor decorre de propositado fracionamento das aquisições. As contratações foram realizadas pelo mesmo ente público, Prefeitura, possuem objetos similares e foram fornecidos pela mesma empresa; não restou demonstrado pela Prefeitura como a empresa foi contratada, nem se esta oferecia preços menores que outras a justificar a contratação. Hipótese em que o fracionamento e a ausência de qualquer ato que demonstre probidade na contratação pública configuram ato de improbidade administrativa a ensejar a aplicação de sanção aos responsáveis. (TJ-SP - APL: 00036766020098260318 SP 0003676-60.2009.8.26.0318, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 11/08/2014, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 11/08/2014)

Estabelecido, pois, que o expediente de fracionamento de compras pode vir a configurar procedimento fraudulento para dispensar a licitação de realização obrigatória, cumpre examinar especificamente a caracterização do dano ao erário e da violação dos princípios da Administração Pública, nesse tipo de conduta administrativa.

4.2 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL PARA APURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

No tocante ao procedimento administrativo, qualquer cidadão pode representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada a investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade, porém, a esfera administrativa não é o meio pelo qual se enseja a aplicação de sanções inerentes à Improbidade Administrativa, devendo ser ajuizada ação de Improbidade Administrativa pela esfera judicial, pela qual o juiz sentenciará no sentido da imposições das punições.

Segundo Carvalho Filho (2014, p. 1116), o procedimento de verificação do ato de improbidade é:

[...]o conjunto de atos e atividades que, ordenados em sequência lógica e encadeada, objetiva apurar a prática do ato de improbidade. Como qualquer procedimento, sua formalização implica a instauração de processo administrativo.

A disciplina normativa é encontrada no art. 14 da LIA e assegura a qualquer pessoa o direito de representar ao Poder Público à prática de ilegalidades administrativas com o intuito que seja instaurado investigação necessária para apuração do ato e adoção de medidas cabíveis. Relativo ao assunto, Meirelles (2009, p.683) ressalta que:

Representação administrativa é a denúncia formal e assinada de irregularidades internas ou de abuso de poder na prática de atos da Administração, feita por quem quer que seja à autoridade competente para conhecer e coibir a ilegalidade apontada. O direito de representar tem assento constitucional e é incondicionado, imprescritível, e independe do pagamento de taxas (CF, art. 5º, XXXIV, “a”). Pode ser exercido por qualquer pessoa, a qualquer tempo e em quaisquer circunstâncias: vale como informação de ilegalidades a serem conhecidas e corrigidas pelos meios que a Administração reputar convenientes.

O servidor público conhecedor do ato ilícito tem o dever de provocar a autoridade administrativa, elucidando as informações necessárias sobre os fatos que constituam Improbidade Administrativa. Caso este omita informações da qual

tenha conhecimento sobre a prática ilícita, pode incorrer em responsabilidade por omissão de ato de improbidade. Nesse sentido, Martins Júnior (2009, p.473) admite que:

É intensa a magnitude do princípio da impessoalidade e da noção de interesse público primário, inscrevendo o ordenamento jurídico o dever de a Administração Pública reprimir a conduta daqueles que, exercendo função pública, acabam por lesá-la. É uma obrigação, do superior ao inferior, do controlador ao controlado, pouco importando as injunções pessoais, políticas e emocionais. Eventual omissão de providências para a repressão de ato ímprobo importará também em providências para o agente público omisso.

O procedimento administrativo por órgão de apuração competente para apurar a improbidade com o intuito de sancioná-la, tem como finalidade, encaminhar ao Ministério Público o indicativo de provas, representando a este juízo para a decretação do sequestro dos bens do agente que tenha enriquecido ilicitamente em razão do patrimônio público.

Assim, enfatiza Ferraresi (2011, p. 160):

São dois os objetivos do controle interno exercido pela Administração Pública. Em primeiro lugar, está o de punir o agente público faltoso, aplicando-se as sanções pertinentes. Em segundo lugar, a investigação destinada a apurar a prática de ato de Improbidade Administrativa tem por escopo fornecer subsídios para que a autoridade competente ajuíze ação de Improbidade Administrativa contra ao agente público desonesto.

Vale ressaltar que o procedimento administrativo é medida cautelar do ato de improbidade, são assecuratórias do resultado em si, que é a tutela jurisdicional em favor do erário ou para devolução de valores percebidos ilicitamente.

O Ministério Público tem papel de grande relevância na ação em tela, visto que ele além da condição de parte na demanda da ação, obrigatoriamente deve intervir na sua condição de fiscal da lei. Sobre legitimidade ativa para propor a ação, Carvalho Filho (2014) lembra que, “tanto pode propor a ação o Ministério Público, como a pessoa jurídica interessada”.

A legitimidade passiva é atribuída àquele que cometeu o ato de improbidade de acordo com o art.17 da Lei nº 8.429/92, “após o ajuizamento da medida cautelar, o Ministério Público ou a Pessoa Jurídica interessada deverá propor a ação principal no prazo de trinta dias da efetivação da medida”.

A Lei de Improbidade preocupa-se em afastar a possibilidade de ajuizamento de ações de improbidade sem fundamento, ao asseverar, em seu art.17, § 6º, “que a ação judicial deverá ser instruída com documentação robusta, reveladora de indícios suficientes da existência de ato de improbidade ou com fundamentos consistentes acerca da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas”.

Ao constatar que a inicial está munida de documentos que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade, o juízo competente permitirá ao imputado manifestação com documentos e justificações para a sua defesa no prazo de quinze dias.

Desse modo o § 7º do art. 17 da LIA “Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias”. Em consonância ao artigo citado, Garcia e Alves (2013, p.959) admite que:

Bem analisada a nova sistemática procedimental, conclui-se que a exigência de notificação prévia busca estabelecer uma justa relação de equilíbrio entre o amplo exercício do direito de ação no campo da tutela do patrimônio público, o que deve ser garantido, e o resguardo da honorabilidade da Administração e do agente público. Ao mesmo tempo que se admite uma imputação fundamentada em meros “documentos e justificações” ou até mesmo uma imputação desacompanhada de qualquer elemento (§ 6º, in fine), exige-se, nessas e apenas nessas hipóteses, a formação de um contraditório prévio, adotando o legislador a premissa, correta, de que a imputação desacompanhada de uma prévia e sistemática investigação pode ser injusta.

Quando o juiz percebe que após a defesa prévia não se caracteriza a Improbidade Administrativa, rejeita-se a inicial pela insuficiência de provas ou pela precariedade delas. Assim, resta consolidada a jurisprudência brasileira. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - REJEIÇÃO** LIMINAR DA AÇÃO - POSSIBILIDADE - DIPENSA DE LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE ADVOCACIA. - Deve ser rejeitada, liminarmente, a ação civil pública quando os elementos de convicção submetidos à apreciação do julgador demonstram, de plano, a inexistência de ato de Improbidade Administrativa. - A dispensa de licitação que abrange a contratação de serviço de advocacia para prestação de serviços com conteúdo e

importância diferenciados é lícita, haja vista quando existe a notória especialização e a Administração necessita dispor de margem discricionária para, fundado na confiança ínsita ao contrato de mandato, eleger a sociedade profissional que melhor lhe aprouver. (TJ-MG - AI: 10431130014183003 MG , Relator: Alberto Vilas Boas, Data de Julgamento: 03/06/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/06/2014)

Já da decisão que rejeita a inicial nas hipóteses previstas no § 8 do art. 17 da LIA, quais sejam “inexistência do ato de improbidade”, “improcedência da ação”, ou “inadequação da via eleita”, é apelável, podendo o juiz reformar sua decisão em 48 horas diante do recurso do autor.

4.3 DA APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NAS CONTRATAÇÕES IRREGULARES

A Lei de Improbidade Administrativa pode incidir nos contratos mediante as formas em que estes por motivos especificados nesta lei, venham a causar enriquecimento ilícito de uma das partes, ou suas consequências causem lesividade ao patrimônio público, podendo também ser caracterizado como improbidade administrativa por parte do contratante, quando da inobservância dos Princípios Administrativos na elaboração dos contratos que causem dano ao patrimônio. Portanto, segundo Garcia e Alves (2013, p. 479), para que não ocorra ilegalidade contratual, deve-se observar:

[...] as diretrizes básicas de segurança e justiça, evitando que o interesse público legitimador da atividade administrativa venha a ser prejudicado por fins escusos ou propostas flagrantemente desvantajosas ao erário.

Dentre os casos que conferem improbidade administrativa nos contratos integra a inclusão de cláusula restritiva no edital de licitação, precedente contratual, ferindo assim o caráter competitivo intrínseco desta, assim como o princípio da isonomia quando a cláusula prevê a restrição que exija características específicas do licitante.

Segundo Garcia e Alves, (2013, p. 482):

Identificada a existência de cláusula dessa natureza, deve ser declarada a nulidade do procedimento licitatório, acaso esteja em curso ou, em tendo sido ultimado, ainda não tenha sido firmado o contrato; ou a nulidade do contrato administrativo posteriormente celebrado.

Insta, ainda observar, mediante decisão jurisprudencial que:

A realização de licitação para contratação de planos técnicos pedagógicos, na área de educação, não pode ter seus tópicos estruturados de modo que somente uma empresa do ramo de informática pudesse atender o item expresso. Tal ocorrendo, ter-se-á nulidade do ato, o reconhecimento da improbidade e da solidariedade no dever de ressarcir por parte dos que participaram do ato (TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, AP nº 994.09.243691-5, res. Des. Danilo Panizza, j. em 13/9/2010)

Da mesma forma, irregular é o contrato que posterior à feitura de licitação, esta continha edital com lacunas e cláusulas subjetivas, contrariando o princípio da vinculação do instrumento convocatório, onde o edital deve conter todas as regras do procedimento. Assim facilitará a manipulação do processo, comprometendo o interesse público. Nesse sentido Garcia e Alves (2013, p. 483):

Identificada a lacuna ou a presença de cláusulas de natureza eminentemente subjetiva, cuja amplitude variará ao sabor da interpretação que lhes for dispensada, afigura-se evidente a nulidade dos atos derivados da licitação, podendo consubstanciar a improbidade administrativa

Como visto, também é causa de nulidade contratual por irregularidade, o fracionamento indevido do objeto licitado, meio muito usado pelos ímprobos para utilizar modalidade menos complexa, sem necessidade rígida de publicação para favorecer terceiros com quem tenha vínculo. Muitas vezes, a depender da destituição do objeto e do valor, lhe será possível usar a contratação direta por dispensa de licitação. Em tais casos, haverá causas de improbidade administrativa, já consubstanciadas pela jurisprudência:

Escolha de modalidade diversa da indicada pela lei, a impedir que se apure proposta mais vantajosa para a administração pública, viola os princípios do certame público, da igualdade entre os concorrentes, da transparência na escolha dos vencedores, e caracteriza ofensa à legalidade, moralidade e até mesmo eficiência, cujo dever de obediência possuía, nos termos do art. 4º da Lei 8.429/92. Vedação do artigo 23, § 5º da mesma lei. Conduta do apelante, inserida no tipo constante do artigo

11, da Lei nº 8.429/92 é suficiente à caracterização do ato de improbidade administrativa.
(TJ-RJ - APL: 00017849420058190078 RJ 0001784-94.2005.8.19.0078, Relator: DES. CONCEICAO APARECIDA MOUSNIER TEIXEIRA DE GUIMARAES PENA, Data de Julgamento: 20/02/2014, VIGÉSIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 11/03/2014)

Muitas vezes após o termino do certame licitatório, se percebe que a proposta vencedora tem preço inexecutável, ou seja, inferior ao estipulado no mercado, caracterizando indício de fraude, que constantemente acontece em conluio entre o licitante vencedor e o agente público responsável por fiscalizar o cumprimento do contrato, tendo este recebido vantagem para má execução do que lhe foi incumbido. Certificando-se que isto aconteceu, configura-se mais uma prática de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VI, da Lei nº 8.429/92:

Art. 9º, 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.

No instrumento convocatório da licitação consta o valor estimado da contratação, feito através de pesquisa para servir de parâmetro na análise das propostas a serem apresentadas. Ao elaborar o edital, a Administração tem plena liberdade de elucidar sobre o valor do objeto do contrato, onde por muitas vezes, esse valor apresentado está desconformemente elevado em relação com o praticado no mercado, fato que, se comprovado seu superfaturamento vinculado à vantagem percebida por quem elaborou o edital, acarretaria clara lesão ao erário.

A configuração em Improbidade Administrativa se daria nos termos do art. 9º, II e 10º, V, da Lei nº 8.429/92:

Art. 9º, 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;
Art. 10º, V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado.

Contudo, dar-se-á a efetiva responsabilização através dos julgados:

APELAÇÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DA LICITAÇÃO CONTRATAÇÃO DIRECIONADA SUPERFATURAMENTO LICITAÇÃO, CONTRATOS E DESPESAS JULGADOS IRREGULARES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVOS RETIDOS. ATOS ÍMPROBOS E DOLO. Caracterizados. Fixação no edital de cláusulas discriminatórias. Direcionamento da licitação. Superfaturamento de preços. Contratação direta ilegal.

Esquema de direcionamento da contratação e superfaturamento comprovado nos autos Caracterização de atos de improbidade com prejuízo ao erário. Incidência do art. 10, caput e inc. VIII, da Lei 8.429/92. DANO AO ERÁRIO Direcionamento da contratação - Prejuízo in re ipsa, tendo em vista que a Administração deixou de, por condutas dos envolvidos, contratar a melhor proposta - Aplicação do art. 59 da Lei 8.666/93 - Dano equivale ao valor global da contratação declarada nula, em decorrência da má-fé dos envolvidos.

(TJ-SP - APL: 9248741562008826 SP 9248741-56.2008.8.26.0000, Relator: João Carlos Garcia, Data de Julgamento: 28/11/2012, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 03/01/2013)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Superfaturamento na aquisição de produto alimentício através de licitação na modalidade carta convite - Configurado o dano ao erário - Dever de ressarcir do qual não se exime o agente responsável pela condução do processo licitatório - Sentença de procedência parcial - Recurso não provido.

(TJ-SP - APL: 9179994202009826 SP 9179994-20.2009.8.26.0000, Relator: Reinaldo Miluzzi, Data de Julgamento: 28/03/2011, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 07/04/2011)

Consoante noção cediça sobre os Princípios da Administração e do procedimento licitatório, a isonomia entre os concorrentes é dever no regimento do certame, muito embora esse pressuposto seja, em alguns casos violado quando duas pessoas jurídicas aparentemente individualizadas no comando das empresas, participam da licitação, quando na verdade, a gerencia delas é exercida pela mesma pessoa. A existência dessa possibilidade é fato gerador de uma única pessoa participar do certame, apresentando duas propostas diferentes, comprometendo a competitividade e a isonomia entre os demais licitantes, portadores de uma única proposta.

Sobre o assunto Garcia e Alves (2013, p.489):

Identificando o artifício utilizado para frustrar os fins do procedimento licitatório, restará claramente demonstrada a fraude à lei, já que a pessoa jurídica foi utilizada para fins outros que não aqueles que justificaram sua criação. Descoberto o engodo na fase de habilitação, as empresas em conluio haverão de ser impedidas de participar do certame.

Assim, identificada a fraude e a violação de princípio administrativo que venha a causar dano à Administração, estará configurada possibilidade de responsabilização por Improbidade Administrativa.

Outro caso recorrente no campo das infrações por improbidade administrativa é empresa que participa de licitação de determinado âmbito da administração e abriga em seu vínculo societário, servidor do órgão contratante.

Essa prática é vedada na Lei específica de licitações através do seu art. 9º, III, que versa não poder participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução da obra ou serviço, e do fornecimento de bens a ele necessários, servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Nesse sentido, decisão jurisprudencial versa sobre o assunto:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AGENTES POLÍTICOS - PARTICIPAÇÃO DO PREFEITO, POR MEIO DE PESSOA JURÍDICA DA QUAL É SÓCIO MAJORITÁRIO, EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DIRETAS COM O MUNICÍPIO - PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS - VIOLAÇÃO AO ART. 37, XXI, DA CONSTITUIÇÃO, ARTS. 2º E 9º, III, DA LEI Nº 8.666/83 E DO ART. 78, I, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE ORATÓRIOS - INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - PENALIDADES. - A Lei nº 8.429/92 enumera as infrações praticadas por qualquer agente público, no exercício de suas funções, trazendo suas respectivas punições, abrangendo, inclusive, as condutas praticadas indistintamente por todos os agentes políticos, que são investidos em seus respectivos cargos. - A participação do Prefeito, por meio de pessoa jurídica da qual é sócio majoritário, em licitações e contratações diretas com o Município ofende ao art. 37, XXI, da Constituição, aos arts. 2º e 9º, III, da Lei nº 8.666/83 e ao art. 78, I, da Lei Orgânica do Município de Oratórios, configurando ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito do agente e de terceiros que participaram ou se beneficiaram com o ato. - A participação de servidores públicos em Comissões de Licitação que permitiram na contratação de empresa da qual o Prefeito é sócio majoritário configura ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. - Os atos ilegais do administrador público são aqueles que importam em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou que atentam contra os princípios da Administração Pública, devendo o agente público infrator ser submetido às penalidades cominadas no art. 12 da referida lei, exceto a de "ressarcimento integral do dano", quando este não for devidamente demonstrado. - As sanções devem ser fixadas em patamares condizentes com a aplicação dos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.
(TJ-MG - AC: 10521000089602001 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 24/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/01/2013)

Ainda sob a ótica da improbidade administrativa, não se pode deixar de mencionar, um ato guarnecido de imoralidade única que é a contratação de serviços ou obras inexistentes, onde é realizado o processo de licitação, para determinado objeto, quando na verdade, este já tinha sido feito, ou quando se tratar de obra, a empresa vencedora não será a que realmente irá executar a obra, onde essa, muitas vezes será feita pelos próprios servidores da Administração. Neste sentido Garcia e Alves (2013, p. 493), da qual versa sobre a hipótese presente para este caso, a saber:

A fraude será igualmente patente quando o objeto do contrato for fisicamente impossível de ser adimplido ou quando sequer houver a intenção de cumpri-lo, o que será normalmente constatado quando o poder público cumprir integralmente sua parte na avença e atestar que o contratado cumprira a sua, sem que tal tivesse ocorrido – isso se dá, com lamentável frequência, na celebração de contratos visando a recuperação e o asfaltamento de pistas e rolamento, obras que, não obstante o integral pagamento, não são realizadas.

Para esse tipo de fraude aplica-se a Lei nº 8.429/92, conforme decisão jurisprudencial:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO. OBRAS NÃO REALIZADAS. REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO FRAUDULENTA PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. DESVIO E APLICAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS DA FUNAI. DESNECESSIDADE DE LESÃO PATRIMONIAL AO ERÁRIO PARA CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE VIOLE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. 1. Configura ato de improbidade administrativa, previsto no art. 10, I e IX, da Lei nº 8.429/92, providenciar o pagamento a pessoas que prestavam serviços de forma irregular e ordenar despesas relacionadas à obra não realizada, porquanto foram liberadas verbas públicas sem a estrita observância das normas pertinentes ao concurso público e ao processo licitatório. (TRF-1 - AC: 8 MA 2002.37.01.000008-8, Relator: JUIZ TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 07/07/2009, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 17/07/2009 e-DJF1 p.38)

Prática que embora presente sua reprimenda, ainda acontece nos mais remotos lugares Brasil adentro, é a contratação ilegal de pessoal sem realização de concurso público, ferindo princípio constitucional previsto no art. 37, II, “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em

concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração”

Ao ferir esse princípio constitucional, o agente da Administração, seja ela direta ou indireta, pode sujeitar-se aos tipos previstos no art. 11, caput, da Lei 8.429/92 sempre que realizar contratações de pessoal que exigem prévia aprovação em concurso público.

Desse modo, ao apreciar situação em que o Prefeito Municipal realizou contratação sem concurso público, decidiu o STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 11 DA LEI 8.429/92. CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO. PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. DESCABIMENTO. CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. SANÇÃO DO ART. 12, III, DA LEI 8.429/92. NECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO PATRIMONIAL. 1. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico. Precedentes. 2. Não se sustenta a tese - já ultrapassada - no sentido de que as contratações sem concurso público não se caracterizam como atos de improbidade, previstos no art. 11 da Lei 8.429/92, ainda que não causem dano ao erário. 3. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte. 4. É indevido o ressarcimento ao Erário dos valores gastos com contratações irregulares sem concurso público, pelo agente público responsável, quando efetivamente houve contraprestação dos serviços, para não se configurar enriquecimento ilícito da Administração (EREsp 575.551/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/04/2009, DJe 30/04/2009). 5. Ressalvou-se a possibilidade de responsabilizar o agente público nas esferas administrativa, cível e criminal. 6. A sanção de ressarcimento, prevista no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92, só é admitida na hipótese de ficar efetivamente comprovado o prejuízo patrimonial ao erário.

(STJ - REsp: 1214605 SP 2010/0178628-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 06/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2013)

Destarte, a realização de Concurso deve ocorrer de forma a concretizar os objetivos almejados com a sua previsão na carta constitucional, permitindo que se preserve a legalidade na sua realização, enfatizando a igualdade entre os interessados, a impessoalidade na escolha dos que obtiverem melhor grau de preparação, garantindo assim, o cumprimento da finalidade da Administração, senão o interesse público.

Mister, se faz ressaltar, que caso a Administração haja celebrado contrato administrativo por tempo determinado e este venha a vencer sem o término da prestação do serviço, deve o Poder Público realizar aditivo contratual, sob pena do contrato que antes era lícito passar a ser ilícito por ter sido alterado seu objeto, e assim a Administração Pública incorrer em improbidade administrativa.

Outro não é o entendimento, de Garcia e Alves (2013, p. 491), que tece considerações no mesmo sentido:

Em situações excepcionais e devidamente justificadas, a Lei nº 8.666/93 autoriza celebração de aditivo contratual para o acréscimo ou supressão de obras, serviços ou compras, de até o limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato, e no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos (art. 65, § 1º), sendo vedado, sob qualquer circunstâncias, exceder tais limites.

Cumprido examinar-se neste passo entendimento jurisprudencial:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE AREIA-PB. IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS. CONVÊNIO COM MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO. CONSTRUÇÃO DE BARRAGEM. NÃO REALIZAÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO. ACRÉSCIMO DE 50% DO VALOR ORIGINAL DO CONTRATO. MÁ-FÉ CARACTERIZADA. APELAÇÃO DO RÉU DESERTA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA SANÇÃO.

Configura ato de improbidade a não realização de licitação para executar obras cuja alteração contratual gerou acréscimo de, aproximadamente, 50% do valor inicial do contrato para construção de barragem, violando princípios da Administração Pública, tais como da impessoalidade, moralidade e isonomia (art. 11 da LIA).

(TRF-5 - AC: 200982010038293, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 11/07/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 22/07/2013)

Por todo exposto, resta caracterizado algumas das formas de se contratar ilegalmente, se atendo ao uso de práticas que tendem a camuflar a legalidade, como se legal fosse. Cumprido observar, através das decisões judiciais informadas, que a justiça se mantém atenta, restando para cidadãos o dever de fiscalizar e contribuir no combate à corrupção que impera em nosso país nas diversas camadas da Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho monográfico busca uma análise profunda no combate à improbidade administrativa em todas as esferas da administração pública, direta e indireta; fazendo uma reflexão sobre a ilegalidade que assola os contratos administrativos nas suas diversas formas, e como essa lei é aplicada em cada caso concreto.

A Improbidade Administrativa é na opinião pública o maior problema da história deste país, e que, apesar dos mecanismos usados no combate à corrupção ainda possuem índices alarmantes nesse sentido. Contudo, em se tratando deste terrível mal, é imprescindível a participação de todos os cidadãos brasileiros na luta pela transparência dos atos praticados no âmbito da administração.

Convém destacar, que há pouco mais de vinte anos não havia um combate efetivo aos crimes praticados por agentes públicos desonestos. Mas com o passar do tempo, houve-se a necessidade da criação de institutos que pudesse combater, de forma dura e precisa, a prática desses atos que há tanto tempo maculam a administração pública.

A partir daí, nasceu a Lei nº 8.429/92, que, talvez não possua a eficácia desejada para combater a improbidade, mas por outro lado, não há como negar que sua aplicação tem sido extremamente importante para punir àqueles que atentam contra a administração da coisa pública.

Ademais, na busca pelo contrato administrativo coberto de licitude, é preciso analisar se este teve seu procedimento adequado, ou seja, tenha passado pelo processo licitatório correto, necessário à sua efetivação. Com isso, ousei-me a comentar sobre os liames do processo licitatório, passando pelas suas modalidades e formas, assim como a previsão constitucional dos casos em que são dispensáveis ou inexigíveis

Não há mais tolerância quando o assunto é a dilapidação do patrimônio público, posto que este é um malefício que atinge diretamente a vida de toda população brasileira, porque enquanto uns usam de meios ilícitos para enriquecerem cada vez mais perante a Administração Pública, outros estão entregues a miséria, e ao sofrimento.

Destarte, não há dúvida de que ninguém está ou deva estar acima da lei. Por isso, tem-se por conclusão que, todo e qualquer agente público, sem qualquer distinção, deva ser responsabilizado pela prática de crime de improbidade administrativa, que na maioria das vezes são provenientes de processos licitatórios fraudulentos e contratações indevidas, contrários à isonomia, refletindo drasticamente no interesse coletivo, dilapidando o patrimônio público, como se vê diariamente através dos meios de comunicação.

Sendo assim, o Poder Judiciário deve estar atento a essas práticas, promovendo cada vez a responsabilização para aqueles que insistem reiterar ilícitos dessa natureza estimulando a corrupção.

Portanto, o objetivo proposto, qual seja a análise dos contratos irregulares e se o seu combate se dá por meio da Lei de Improbidade Administrativa, foi alcançado, tendo em vista a demonstração das decisões sedimentadas com relação a esses casos mostrarem a efetiva condenação dos responsáveis por tal lei.

Contudo, uma forma para tornar possível a solução destes problemas é a de estabelecer como obrigatória a existência de licitação para toda e qualquer compra ou contrato celebrado pela administração, bem como uma punição mais severa para aqueles que não observam os princípios existentes em nosso ordenamento jurídico para se beneficiar em detrimento do interesse social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Agentes políticos não estão sujeitos à lei de improbidade administrativa. In: BOLZAN, Fabrício; MARINELA, Fernanda. **Leituras complementares de direito administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Vade Mecum**. 13. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Lei nº 8.429, de 2-6-1992. Improbidade Administrativa. In: **Vade Mecum**. 13. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Lei nº 8.666, de 21-6-1993. Licitações. In: **Vade Mecum**. 13. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal. In: **Vade Mecum**. 13. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. TJ-SC - AG: 20130247093 SC 2013.024709-3.
- _____. STJ - QO na AIA: 27 DF 2008/0188380-8.
- _____. STF - Ext: 633 CH.
- _____. REsp 1192056/DF.
- _____. REsp 1.134.461-SP.
- _____. REsp 1.185.461/PR.
- _____. STJ - REsp: 1060529 MG 2008/0112461-8.
- _____. STJ - REsp: 1170868 SP 2009/0242331-5.
- _____. TJ-SP - APL: 00036766020098260318 SP 0003676-60.2009.8.26.0318.
- _____. TJ-MG - AI: 10431130014183003.
- _____. TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, AP nº 994.09.243691-5.
- _____. TJ-RJ - APL: 00017849420058190078 RJ 0001784-94.2005.8.19.0078.
- _____. TJ-SP - APL: 9248741562008826 SP 9248741-56.2008.8.26.0000.

_____. TJ-SP - APL: 9179994202009826 SP 9179994-20.2009.8.26.0000.

_____. TJ-MG - AC: 10521000089602001 MG.

_____. TRF-1 - AC: 8 MA 2002.37.01.000008-8.

_____. STJ - REsp: 1214605 SP 2010/0178628-9.

_____. TRF-5 - AC: 200982010038293.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRARESI, Eurico. **Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992 comentada**. São Paulo: Método, 2011.

FREITAS, Juarez. **Princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa. Fórum Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, nº 48.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LUZ, Denise. **Direito administrativo sancionador judicializado: improbidade administrativa e devido processo – aproximações e distanciamentos do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2005.

MARQUES, Silvio Antonio. **Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público: comentários sobre à Lei de Improbidade Administrativa**. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRANDA, Gustavo Senna Miranda. **Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa**. São Paulo: RT, 2007.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. **Improbidade administrativa**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2011.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.