

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS  
UNIDADE ACADEMICA DE DIREITO**

**NEIRROBISSON DE SOUZA PEDROZA JUNIOR**

**ILEGALIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**SOUSA - PB  
2013**

**NEIRROBISSON DE SOUZA PEDROZA JUNIOR**

**ILEGALIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Osmando Formiga Ney

**SOUSA - PB  
2013**

**NEIRROBISSON DE SOUZA PEDROZA JUNIOR**

**ILEGALIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

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.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/2013

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Osmando Formiga Ney  
Orientador (CCJS/UFCG)

---

Prof. \_\_\_\_\_  
Examinador (CCJS/UFCG)

---

Prof. \_\_\_\_\_  
Examinador (CCJS/UFCG)

**SOUSA -PB  
2013**

*A minha mãe, que apesar do tempo e dos contratemplos, nunca deixou de me incentivar, apoiar e acreditar que eu conseguiria alcançar a vitória que agora se avizinha. Também dedico a minha esposa pelos incentivos e principalmente pela paciência que a mim foi dedicada enquanto produzia tal trabalho.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Senhor Jesus Cristo, pela direção e sabedoria que me concedeu durante estes muitos e longos anos de vida acadêmica.

A minha mãe, Maria de Fatima de Oliveira Pedroza, pessoa de importância ímpar em todas as fases de minha vida, dotada do dom de me transmitir confiança e fé, que sempre foi norte em minha vida.

A minha esposa, Synara Jéssica, pela paciência, pelo incentivo e pela confiança depositada em mim.

Aos ilustres professores (mestres), que se dispuseram a nos transmitir conhecimento suficiente, para fazer de nós, seres humanos melhores.

Ao meu orientador, Osmando Formiga Ney, que aceitou essa empreitada e me direcionou até aqui.

Aos meus fiéis e sinceros amigos, que me aconselharam; me incentivaram; para que eu pudesse alcançar esta vitória.

Àqueles que não acreditavam nesta vitória e acabaram por tornar-se combustível que me levou a alcançá-la.

Aos inúmeros colegas, verdadeiros companheiros que sempre estiveram juntos a mim, nessa grande jornada que se iniciou em 2002 no curso de Engenharia Mecânica até chegar ao Curso de Direito na UFCG em 2009, onde concluo essa verdadeira odisséia acadêmica.

A todos meu muito obrigado por tudo!

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.”

Charles Chaplin.

## RESUMO

A improbidade administrativa é um ato que sempre existiu no Brasil como um dos maiores malefícios para sociedade. Os gestores da coisa pública abusam do seu poder para se beneficiar e também os seus. Assim, o país fica dividido entre uma pequena parte que domina, enquanto há outra parte que experimenta todos os sofrimentos trazidos pela má administração pública. Para mudar esta situação e contando com a insatisfação da população, a Constituição de 1988 em sua nova estruturação, veio punir adequadamente as atitudes ilícitas praticadas por aqueles que deveriam zelar pela probidade. Neste sentido, a presente pesquisa teve como objetivo contextualizar a responsabilização dos agentes eleitos pelo povo, na lei de improbidade, inclusive com a atuação efetiva do Poder Judiciário. Para tanto foi realizando uma pesquisa jurisprudencial onde se identificou os principais e mais corriqueiros tipos de ilegalidade encontrado em contratos administrativos. Também foi utilizado neste trabalho o procedimento monográfico, pois permitiu uma análise sobre o tema em todos os seus ângulos e aspectos, assim proporcionando uma visão mais abrangente de todos os fatores que o influenciam. O tipo de técnica de pesquisa aplicada neste trabalho foi à bibliográfica e documental. Com esta pesquisa tornou-se evidente, que se trata de um assunto inerente à administração e gestão da coisa pública, e que a Lei de Improbidade tem a função de combater com eficácia, ou pelos menos reduzir a corrupção, as condutas ilegais e imorais praticadas por aqueles que se escondem atrás da função que exercem, dando um enfoque maior a ilegalidade existente nos contratos administrativos.

**Palavras-chave:** Improbidade Administrativa. Contrato ilegal. Administração Pública.

## **ABSTRACT**

The administrative misconduct is an act that has always existed in Brazil as one of the biggest detriments to society, where managers of public abuse their power to benefit and their benefit. A fact that the country is divided between a small party that dominates, while there is another part that experiences all the hardships brought by poor administration. To change this situation and relying on the dissatisfaction of the population, the Constitution of 1988 in its new structure came appropriately punishing illegal actions committed by those who should care for probity. In this sense, this research aimed to contextualize the accountability of officials elected by the people, the law of misconduct, including the activeness of the Judiciary. For that was conducting a survey of jurisprudence where it identified the main and most ordinary types of illegality found in contracts. It was also used in this work the procedure monographic because it allowed an analysis on the subject in all its aspects and angles, thus providing a more comprehensive view of all the factors that influence it. The type of research technique applied in this work was to bibliographic and documentary. With this research it became apparent that this is an issue inherent to the administration and management of public affairs, and that the Law of misconduct serves to fight effectively, or at least reduce corruption, illegal and immoral behaviors practiced by those who hide behind the role they play, giving a greater focus on the illegality existing contracts.

**Keywords:** Administrative Misconduct. Illegal contract. Public Administration.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**ADI** – Ação Direta de Inconstitucionalidade

**CF** – Constituição Federal

**EC** – Emenda Constitucional

**DJ** – Diário da Justiça

**MP** – Medida Provisória

**MPF** – Ministério Público Federal

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**STJ** – Supremo Tribunal de Justiça

**REL** – Relator

**Min** – Ministro

**Prof** – Professor

**TRF** – Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	16
	2.1 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	16
	2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	18
	2.2.1 LEGALIDADE	18
	2.2.2 IMPESSOALIDADE	20
	2.2.3 MORALIDADE	21
	2.2.4 PUBLICIDADE	22
	2.2.5 EFICIÊNCIA	22
	2.3 PRINCÍPIOS NÃO PREVISTOS NO ART.27 DA CF	23
	2.3.1 ISONOMIA	23
	2.3.2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	24
	2.3.3 PROPORCIONALIDADE	24
	2.3.4 FINALIDADE	24
	2.3.5 MOTIVAÇÃO	25
	2.3.6 AUTOTUTELA	25
	2.3.7 CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO	25
	2.3.8 RASOABILIDADE	26
	2.4 PODERES E DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO	26
	2.4.1 PODERES ADMINISTRATIVOS	26
	2.5 SERVIDORES PÚBLICOS	28
	2.5.1 AGENTES PÚBLICOS	28
3	CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	29
	3.1 DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	29
	3.2 CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	30
	3.3 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	31
	3.3.1 PRESENÇA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PODER PÚBLICO.....	31
	3.3.2 FINALIDADE PÚBLICA	32
	3.3.3 OBEDIÊNCIA À FORMA PRESCRITA EM LEI	33
	3.3.4 PROCEDIMENTO LEGAL	36

3.3.5 CONTRATO DE ADESÃO	36
3.3.6 NATUREZA <i>INTUITU PERSONAE</i>	37
3.3.7 PRESENÇA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES	38
3.3.8 MUTABILIDADE	38
3.3.8.1 TEORIA DA IMPREVISÃO	40
3.4 RECISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	40
3.5 MODALIDADES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	41
4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	44
4.1 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	44
4.2 BASE CONSTITUCIONAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	44
4.3 SUJEITO PASSIVO	45
4.4 SUJEITO ATIVO	47
4.5 ESPECIES DE ATOS IMPROBOS	48
4.6 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE IMPORTAM EM IRRECIMENTO ILÍCITO	48
4.7 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO	51
4.8 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA O PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	52
5 ILEGALIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	55
5.1 DA ILEGALIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	55
5.2 INOBSERVANCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	55
5.3 USO DA LEGISLAÇÃO COMO FORMA DE BURLAR A MESMA	56
5.3.1 LICITAÇÃO POR CARTA CONVITE	57
5.3.2 DISPENSA DE LICITAÇÃO	58
5.3.3 LOCAÇÃO DE VEÍCULOS	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	68

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como enfoque, a ilegalidade no Contrato Administrativo, praticado pelos agentes públicos, em especial, aqueles ocupantes de cargos eletivos. Isso pois, conforme a Lei nº 8.429/92 sobre a responsabilidade de agentes públicos eleitos ou não, sobre a aplicação de pena àqueles que se submeteram aos chamados crimes de responsabilidade.

O Direito Administrativo é o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes, as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”. Esse lado do direito público tem o foco na atividade jurídica não litigiosa e nos bens de que se utiliza para efetivação de atividades de natureza pública.

Portanto, entende-se por Direito Administrativo 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.

Logo, a administração pública é exercida por personagens conhecidos por agentes políticos, que são incumbidos de direitos e deveres. Com isso, os atos da administração pública como os contratos administrativos entre outros, que acarretem danos à sociedade devem ser punidos. Tendo em vista que os atos devem ser obrigatoriamente revestidos de legalidade, no tocante a falta desta legalidade será, portanto, considerados ilegais assim podendo a vir ser considerado crime de improbidade administrativa, tema este, muito debatido atualmente.

Neste sentido, procuramos demonstrar a problemática da ilegalidade nos contratos administrativos que corriqueiramente vivenciamos nos dias de hoje, despertando o anseio em aprofundar os conhecimentos no tema.

Desta forma, fica clara a necessidade da busca incessante por novos e profundos conhecimentos nesta área, para assim, buscar uma via mais enérgica de combate à corrupção endêmica no Brasil. Diante destas implicações surgem os seguintes questionamentos que

norteiam a presente investigação: Existe ilegalidade nos contratos administrativos? Quais as consequências destas ilegalidades para os gestores?

Com efeito, o tema merece uma atenção toda especial, visto que se trata de um assunto inerente à administração e gestão da coisa pública, e tem a função de combater com eficácia, ou pelos menos reduzir a corrupção, as condutas ilegais e imorais praticadas por aqueles que se escondem atrás da função que exercem, posto que, até o nascimento da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), o Brasil estava totalmente despreparado para combater a corrupção.

Desta feita, adotou-se como método de abordagem o dedutivo através do procedimento bibliográfico no qual foram examinadas e avaliadas a lei 8.429/92, sob as várias óticas dos tribunais superiores, Superior Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), de forma que suas teorias versam contrárias à jurisprudência e à doutrina sobre responsabilizar os agentes políticos pelo ato de improbidade administrativa e sim, que devem ser julgados pela chamada lei de responsabilidade. Também foi utilizado neste trabalho o procedimento monográfico, pois permitiu uma análise sobre o tema em todos os seus ângulos e aspectos, assim proporcionando uma visão mais abrangente de todos os fatores que o influenciam. O tipo de técnica de pesquisa aplicada neste trabalho foi à bibliográfica e documental.

Diante do exposto, o estudo tem como objetivo geral contextualizar a responsabilização dos agentes eleitos pelo povo, na lei de improbidade, inclusive com a atuação efetiva do Poder Judiciário. Além disso, delimitaram-se como objetivos específicos: demonstrar ilegalidades nos contratos administrativos; apresentar quais as consequências dos atos de ilegalidade para os gestores públicos.

Portanto, este trabalho encontra-se estruturado em quatro partes principais divididas da seguinte maneira: Na primeira parte, encontra-se uma revisão da literatura contextualizando a administração pública e os contratos administrativos associados à improbidade administrativa.

Na segunda parte, descreverá de forma prática, toda a sistematização do contrato administrativo, demonstrando seus princípios, principais características e nuances relativas ao Contrato Administrativo.

Na terceira parte, será feita uma análise acerca da Lei de improbidade Administrativa e seu alcance, demonstrando a tipificação de Improbidade Administrativa, de forma a se identificar as condutas ímprobas, buscando demonstrar a punibilidade dos agentes políticos.

Já na quarta parte restara demonstrado a pratica de contratação ilegal por parte dos Agentes Públicos identificando-se os tipos mais comuns de Contratos Administrativos Ilegais e a forma como estes acontecem.

Desta feita resta-nos a observação da existência da ilegalidade nos contratos administrativos bem como uma reflexão acerca da hipótese de exigência irrestrita da licitação em todos os contratos administrativos, como forma de tornar mas eficaz a aplicação da fiscalização por parte dos órgãos responsáveis.

## 2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1 Da Administração Pública

Entende-se por administração, a ação de administrar, de dirigir os negócios públicos ou privados, de gerir bens. Essa ideia de gerir, governar, é muito antiga tendo em vista que a administração pública é o objeto de estudo do Direito Administrativo, que teve seu surgimento, no fim do século XVIII e início do século XIX, na França e estavam intimamente ligadas às revoluções liberais, sobreviveu a Revolução Francesa, segundo a história, onde foi sendo construído por obra da jurisprudência ou seja, a presença de um Estado organizado (MELLO, 2005).

Logo, o Direito Administrativo francês acabou influenciando o Direito Administrativo brasileiro que teve ainda outras influências como do alemão e italiano, trazendo para os cursos jurídicos brasileiros sua primeira disciplina de Direito Administrativo em 1856 que se deu ainda no Período Imperial e de acordo com a literatura, a revolução francesa provocou uma verdadeira ruptura nos pensadores e foi de fato um marco histórico para a administração pública e para o Direito Administrativo francês. Já o direito alemão apresentou uma evolução sistemática e científica (PIETRO, 2012).

De forma objetiva podemos conceituar a administração pública como o conjunto de atividades que o Estado desenvolve para assegurar os interesses dos “administrados”, da coletividade. De uma forma subjetiva é o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas que a Lei atribui obrigatoriedade do exercício da função administrativa.

Ao Direito Administrativo é dedicada a tarefa da criação de órgãos que integram a Administração Pública onde, a expressão administração pública possui sentidos tais como:

- a) Sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa.

- b) Sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes onde abrange o fomento, a polícia administrativa e o serviço público, neste sentido, a administração pública é a própria função administrativa que incumbe. Predominantemente, ao poder executivo.
- c) Sentido amplo: abrange os atos decisórios emanados dos órgãos governamentais, aos quais é dado traçar os comandos, bem como os atos administrativos emanados dos órgãos administrativos.
- d) Sentido estrito: abrange apenas os atos administrativos.(PIETRO,2012).

Neste sentido extrai-se que a Administração Pública é estudada pelo Direito Administrativo enquanto o governo e a função política são objetos do direito constitucional (ARAÚJO, 2005).

Nos termos da Constituição (CF/88, art. 18, caput), compõe a organização político administrativa, A União, os Estados, Municípios e o Distrito Federal, sendo todos autônomos aos qual a lei confere exercício de funções administrativas. Portanto a administração divide-se em direta e indireta.

Meirelles, define a Administração Direta como o conjunto de órgãos integrados na estrutura da chefia do executivo e na estrutura dos órgãos auxiliares da mesma chefia.

Os Órgãos Públicos, “são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”. (MEIRELLES,1990).

Por esta definição entende-se que estes agentes não são do meio jurídico apenas executam as leis impostas.

Administração Indireta “é o conjunto das entidades com personalidade jurídica, vinculadas a um órgão da Administração Direta, que prestam serviço público ou de interesse público”.(MEIRELLES,1990). São entidades da Administração Pública Indireta: as Autarquias, Empresas Públicas, sociedades de Economia Mista, Fundações Públicas.

## 2.2 Princípios da Administração Pública

Tendo em vista que a administração pública é o objeto de estudo do Direito Administrativo, possui princípios que regem o mesmo. Portanto, para Cretella, *apud* por Pietro, definem os princípios de uma ciência como “as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido são os alicerces da ciência”, ou seja, constituem uma base, formam uma estrutura que estabelecem direções às normas jurídicas vigentes e auxiliam na formulação de leis e jurisprudências.

Os princípios administrativos, são regras norteadoras da interpretação das leis administrativas, apontando os caminhos que devem ser seguidos, de forma a melhor interpretação no interesse público. Procura-se através dos princípios administrativos eliminar lacunas oferecendo segurança no melhor interesse da coletividade.

A Constituição Federal, em seu artigo 37 estabelece cinco princípios básicos e submetem a administração pública direta e indireta:

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

Desta forma não há o que se falar em Administração Pública, sem se observar pontualmente a presença de todos os princípios constitucionais. De forma que sua inobservância revestiria de ilegalidade todo e qualquer ato.

### 2.2.1 Legalidade

Para falar em princípio de Legalidade, tornasse necessário, entender que significa a submissão e o respeito à lei, e que esta lei deve provir de uma das espécies normativas

devidamente elaboradas de acordo com as regras de processo legislativo constitucional, e emanadas de órgãos de representação popular (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas...), ou por atos equiparados tais como Leis Delegadas ou Medidas Provisórias. Sempre, no entanto, respeitando os limites e requisitos impostos pela legislação.

O inciso II do art. 5º da Constituição, visa, fundamentalmente combater o poder arbitrário do Estado, ali esta expressa o princípio da legalidade, que é base fundamental do Estado democrático de Direito . É imposto que somente a lei pode criar obrigações para o indivíduo, uma vez que, ela é expressão legítima da nação.

A principal diferença do princípio da legalidade para os particulares e para a administração pública, esta no fato de que aqueles podem fazer tudo que a lei não proíba, já a administração pública só pode fazer o que a lei determine ou autorize. Desta forma, para que a administração possa atuar não basta à inexistência de proibição legal, é necessária a existência de determinação ou autorização da atuação administrativa na Lei.

O princípio da legalidade administrativa tem, portanto, para o administrador público, um conteúdo muito mais restritivo do que a legalidade geral aplicável à conduta dos particulares. Já para o administrado o princípio da legalidade representa uma garantia constitucional, isso porque lhe assegura que a atuação da administração estará limitada ao que dispuser a lei.

Para Alexandre de Moraes; “O princípio da legalidade é de abrangência ampla. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados, há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional”. (MORAES, 2009)

A legalidade tanto para o particular, quanto para a administração pública, é de observância obrigatória segundo os ditames constitucionais, pois, se praticado um ato relevante ao ordenamento jurídico sem levar-se em conta o princípio da legalidade, este ato esta passível de anulação, uma vez que será inválido.

Sem dúvida alguma, trata-se do mais importante princípio constitucional acerca das matérias que regem a administração pública, sem a presença deste toda e qualquer ação tomada pela administração é “ilegal” e portanto nula.

É fundamentado no Estado Democrático de Direito, tem por finalidade combater o poder arbitrário do Estado, existindo conflito esta por sua vez, deve ser resolvido unicamente pela Lei.

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II da CF).

De forma Meirelles diz que “a legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”. Então, o cidadão pode fazer tudo o que a lei não proíba já a administração pública pode fazer tão somente o que reza a lei. (MEIRELLES, 2003).

Portanto o princípio da legalidade é ao mesmo tempo limite e garantia, ao tempo que limita a atuação do Estado pois este só poderá atuar com base na Lei, garantindo ao mesmo tempo, a nós administrados visto que só deveremos cumprir as exigências previstas em Lei. Não existindo Lei acerca de exigências, estas serão inválidas e estarão sujeitas ao controle judiciário.

### 2.2.2 Impessoalidade

Segundo Mello, “a impessoalidade funda-se no postulado da isonomia e tem desdobramentos explícitos em variados dispositivos constitucionais como o artigo 37, II, que exige concurso público para ingresso em cargo ou emprego público”. Este princípio determina que a atividade administrativa tenha que ter finalidade de interesse público, onde o favoritismo é vedado quando às vontades pessoais. (MELLO, 2005).

A administração deve ser neutra diante dos administrados, não podendo existir preferência nem discriminação de qualquer natureza, com exceção daquelas praticadas no interesse da coletividade. As discriminações feitas de outra forma que não pelo interesse da coletividade caracterizarão abuso de poder.

### 2.2.3 Moralidade

Este princípio complementa o princípio da legalidade uma vez que o ato ilegal é também ato imoral, “constitui hoje pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública” (MEIRELLES, 1998).

Para ilustrar, o STF em decisão assevera:

A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais”. (ADI 2.661 MC, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 23/08/02).

Neste caso da moralidade não se trata da moral comum, mas sim do conjunto de regras que exprimem a necessidade de atuação do gestor com ética máxima. A falta desta moralidade, ou seja, a execução da imoralidade configura a improbidade administrativa.

#### 2.2.4 Publicidade

A administração tem o dever, de manter transparência em todos os seus atos, inclusive de disponibilizar informações existentes em seus bancos de dados quando solicitado, em razão do interesse que representa.

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” (art. 5º, XXXIII da CF).

Porém o princípio da publicidade possui exceções, não sendo absoluto em razão de que existem informações que devem ser mantidas em sigilo devido a priorização da segurança da intimidade das pessoas e da coletividade. “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X da CF).

É o princípio que garante a transparência da administração em divulgar seus atos no Diário Oficial (União, estadual ou municipal) com a obrigação constante na lei.

#### 2.2.5 Eficiência

Este princípio surgiu através da emenda constitucional nº 19 que garantiu a inclusão de um princípio que já era implícito a outros. A administração pública deve ser eficiente, visando sempre obter o melhor resultado, deve buscar aperfeiçoamento constante na prestação de serviço público, buscando a manutenção e a melhoria na qualidade dos serviços prestados, afim de sempre combinar eficiência com economia de despesas. É relevante lembrar que antes

mesmo da inclusão deste princípio com a emenda 19/98 a administração já tinha obrigação de ser eficiente através das Leis 8078/90; Lei 8987/95.

São exemplo de princípios que não são encontrados no dito artigo: Princípio da isonomia, princípio da supremacia do interesse público, princípio da proporcionalidade, princípio da finalidade e princípio da motivação.

### 2.3 Princípios Não Previstos No Art. 37 da CF

Os ditos princípios administrativos são encontrados no Art. 37 da Constituição Federal, mas não se esgotam ali. Por isso se faz necessário elencar aqui outros princípios também inerente à administração pública. São eles, princípio da isonomia, supremacia do interesse público, proporcionalidade, finalidade, motivação, autotutela, continuação da prestação do serviço público e razoabilidade. Os estados tem liberdade para definir em suas constituições outros princípios desde que respeitando aqueles elencados no Art. 37 da CF.

#### 2.3.1 Isonomia

A igualdade não exclui a desigualdade, desta forma tem-se que tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida das particularidades destes. A lei só poderá tratamento desigual se o fator de discriminação no caso concreto se este estiver relacionado ao objetivo da norma pois caso contrario ofendera o princípio da isonomia.

### 2.3.2 Supremacia do Interesse Público

Segundo lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é o princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade, e também condição de sua existência, ou seja, um dos principais fios condutores da conduta administrativa. A existência do Estado, somente tem sentido se o interesse a ser protegido for o interesse público, o interesse da coletividade.

A administração pública deve vincular e direcionar seus atos de modo a garantir que interesses privados não prevaleçam nem sucumbam os interesses e necessidades da sociedade como um todo. A crítica doutrinária mantém seu foco na textura aberta e abrangente da definição, e na impossibilidade de existir em uma sociedade, definição única de um interesse público.

### 2.3.3 Proporcionalidade

É um [método](#) utilizado no [Direito Constitucional brasileiro](#) para resolver a colisão de [princípios jurídicos](#), sendo estes entendidos como valores, bens, interesses. Tal princípio surge a partir da ideia de [razoabilidade](#) da doutrina norte-americana, e foi derivado do princípio do [devido processo legal](#).

### 2.3.4 Finalidade

A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige. Deve-se ressaltar que o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade a que se destina.

### 2.3.5 Motivação

A administração esta obrigada a motivar todo ato editado, pois quando atua representa a coletividade. Se fazendo necessário dar motivo ao público. Deve motivar ate mesmo os atos discricionários, pois os assim se saberá se o Estado estar agindo de acordo com a Lei . Ainda Assim, a motivação só será pressuposto de validade do ato administrativo, quando obrigatória.

### 2.3.6 Autotutela

A administração pública tem responsabilidade, sobre tudo o que faz, tendo o dever também de revisar suas decisões, vindo a cancelar qualquer ato, que contenha irregularidade insanável ou concertar aqueles que podem ser concertados, como também podem revogar a qualquer momento de acordo com o interesse da administração.

### 2.3.7 Continuidade da Prestação do Serviço Pulico

A execução do serviço público, não pode ser interrompida, assim a greve do servidor público, não pode significar interrupção total do serviço, sob pena de a greve ser considerada inconstitucional de acordo com o Art. 37 inciso VII da Carta Magna.

A paralisação do serviço público não caracterizará interrupção ou descontinuidade da prestação de serviço, quando ocorrer em situação de emergência ou após prévio aviso quando motivado por razões de ordem técnica ou segurança das instalações e por inadimplemento do usuário considerando o interesse da coletividade. Segundo especifica o Art. 6º § 3º I e II da Lei 8987/95.

### 2.3.8 Razoabilidade

O poder público está obrigado a mostrar em cada ato editado, sua correspondência a em relação à Lei e os atos que foram trazidos à sua apreciação. Não tendo correspondência entre a Lei e o fato, o ato não será proporcional. Este ato corresponde a um complemento ao princípio da motivação.

## 2.4 Poderes e Deveres do Administrador Público

Os poderes administrativos são previstos em lei, impostos pelo interesse da coletividade e pela moral administrativa. O poder administrativo é atribuído à autoridade com a finalidade de excluir interesses particulares que se opõem ao interesse público. São poderes do administrador público: Poder-dever de agir, dever de eficiência, dever de probidade, dever de prestar contas.

### 2.4.1 Poderes Administrativos

A administração pública necessita de alguns poderes que tornam-se essenciais para a sua aplicabilidade, frente aos administrados. Os poderes administrativos são de natureza irrenunciável, portanto é poder-dever, uma vez que busca através do poder enquanto Estado, defender o interesse coletivo que é seu dever, conforme ensinamentos de Di Pietro. Todos os poderes encerram prerrogativas de autoridade, as quais só podem ser exercidas no limite da Lei. São poderes administrativos:

- Poder Normativo Ou Regulamentar:

A administração exerce seu poder de acordo com a lei, editando normas com efeitos gerais e abstratos. Segundo Miguel Reale, “Os atos normativos dividem-se em originários e derivados”. (REALE, 2011)

Originários são aqueles que emanam de um órgão estatal em virtude de competência própria, para edição de regras criadoras de Direito novo.

Derivados é aquele que objetiva especificação de norma existente, buscando sua execução. O regulamento é o ato derivado por excelência.

- Poder Disciplinar:

É o meio pelo qual a administração pública apura infrações e aplica penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitos à disciplina administrativa.

É discricionário, sem liberdade de escolha quanto a punir ou não. Tendo conhecimento da falha, tem-se obrigatoriamente instaurado procedimento adequado, e aplicar a pena cabível.

- Poder Hierárquico:

A organização administrativa é baseada em dois pressupostos principais, quais sejam: Competência e hierarquia. O direito positivo determina para que haja harmonia e unidade de direção, uma relação de coordenação e subordinação entre os vários órgãos integrantes da administração pública, conforme ensinamento de Di Pietro.

## 2.5 Servidores Públicos

Conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello “Os servidores públicos são uma espécie dentro do gênero “agentes públicos.”

### 2.5.1 Agentes Públicos

São os sujeitos que servem ao Poder público na qualidade de instrumento de sua vontade e ação, mesmo que seja ocasionalmente. Qualquer que desempenhe função no “Estado”, no período em que exercer é um agente público. Portanto, seja o chefe do poder executivo em qualquer esfera, ou os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargo público da administração direta, dos três poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas mais diversas orbitas de governo, os concessionários, os permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.

“Dois são os requisitos para a caracterização do agente público. Um de ordem objetiva, isto é a natureza estatal da atividade desempenhada; outro de ordem subjetiva: a investidura nela. (MELLO, 2006)

## 3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### 3.1 Dos Contratos Administrativos

O contrato administrativo é regido pela Lei Federal nº 8.666/1993, a qual cuida-se de norma geral e abstrata. Importante enfatizar, nos termos do art. 22 da Constituição Federal de 1988, inciso XXVII, é de competência privativa da União, legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...).”

A Constituição Federal em seu Art. 22, inciso XXVII, assevera que “é de competência privativa da União, legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações diretas, indiretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...)”. Desta feita o contrato administrativo é regido pela Lei 8.666/93 sendo esta, norma geral e abstrata.

Mello, ensina que contrato é a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal forma que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Vem daí o conceito de que o contrato administrativo, é uma forma de aglutinação de interesses recíprocos, que se faz Lei entre as partes contratantes.

Faz necessário esclarecer, que a maioria das relações jurídicas entre a Administração e terceiros, advêm de acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros, acordos esses chamados por nós de contratos.

Importante destacar, quanto aos contratos administrativos, o que reza a Lei 8.666/1993, em seu art. 54:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos,

obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

O contrato administrativo resume-se em um acordo de vontades entre a Administração Pública e um particular, que produz direitos e obrigações ao menos a uma das partes. Vale ressaltar, os contratos administrativos abrangem ajustes de vontade, resultando uma auto regulamentação da conduta das partes.

Desta forma, verifica-se que todas as definições de contrato são provenientes da autonomia da vontade, resultando na obrigatoriedade dos contratos, vale dizer, “*pacta sunt servanda*”, ou seja, “os pactos devem ser respeitados”. Conclui-se, que o contrato administrativo engloba todo ajuste realizado pela Administração, mediante normas por ela pré-estabelecidas, buscando sempre o interesse público.

### 3.2 Contratos de Direito Privado e Contratos Administrativos

A doutrina majoritária brasileira, defende que existem dois tipos de contratos: Contratos de Direito Privado da Administração e Contratos Administrativos. “A expressão Contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão, contrato administrativo, é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.” (DI PIETRO, 2007).

Importante se faz, exemplificar os Contratos de Direito Privado da Administração, a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública. Em contrapartida, como exemplos dos Contratos Administrativos, têm-se a concessão de uso de bem público, o contrato de obra pública, a concessão de serviço público, dentre outros.

Cabe ainda demonstrar a distinção entre os contratos supramencionados. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “os ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Significa dizer: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província, ressalvados os aspectos supra referidos, os ‘contratos administrativos’ sujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.” (MELLO, 2006)

### 3.3 Características do Contrato Administrativo

Importante destacar as principais características do contrato administrativo. São elas:

- Presença da Administração Pública como Poder Público;
- Finalidade pública;
- Obediência à forma prescrita em lei;
- Procedimento legal;
- Natureza de contrato de adesão;
- Natureza *intuitu personae*;
- Presença de cláusulas exorbitantes;
- Mutabilidade.

#### 3.3.1 Presença da Administração Pública como Poder Público

A presença da administração pública, enquanto Poder Público, nos contratos administrativos, se faz representar através do peso da verticalidade dos contratos administrativos, na prática se impõe, repercutindo assim na natureza de contrato de adesão contando com a presença de cláusulas exorbitantes, com exigências de garantias, alteração e rescisão unilaterais pela Administração, encampação, restrições a “*exemptio non adimpleti*

contractus”, constatação das áleas administrativas (fato do príncipe, fato da administração), entre diversas outras hipóteses.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello defende, “não há fugir à conclusão de que ao Poder Público pertencem todas as prerrogativas necessárias ao bom asseguramento do interesse público, de sorte que pode adotar as providências requeridas para tanto, ainda que impliquem alterações no ajuste inicial. Também não há evadir-se à conclusão de que nunca por nunca poderá a Administração esquivar-se à contrapartida delas, isto é, ao cabal ressarcimento dos gravames resultantes para o contratante privado.” (MELLO, 2007)

No entanto, através de uma série de prerrogativas e privilégios, a Administração garante a sua supremacia sobre o particular.

### 3.3.2 Finalidade Pública

Toda e qualquer atuação do administrador tem por finalidade atender o interesse público, bem como garantir a observância das finalidades institucionais por parte da Administração. A finalidade pública apontada na lei, é a única que deve ser buscada pelo administrador.

Todavia, esta característica está presente em todos os atos da Administração Pública, até mesmo naqueles regidos pelo direito privado. Desse modo, a Lei ao atribuir competência ao Administrador, tem uma finalidade específica. No entanto, sendo esta praticada fora dos fins, expressa ou implicitamente contidos na norma, incorre em desvio de finalidade.

### 3.3.3 Obediência à Forma Prescrita em Lei

Para a celebração dos contratos administrativos, existem numerosas regras quanto à forma destes. O que é fundamental não só em virtude do benefício do interessado, mas também em prol da própria Administração, tendo em vista o controle da legalidade.

Deste modo, a Lei 8.666/93, estabelece uma série de regras quanto ao aspecto formal dos contratos administrativos, senão vejamos:

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a de 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea *a* desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e as cláusulas contratuais.

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota desempenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

§ 2º Em ‘carta contrato’, ‘nota de desempenho de despesa’, ‘autorização de compra’, ‘ordem de execução de serviço’ ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei.

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja rígido, predominantemente, por norma de direito privado;

II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

§ 4º É dispensável o ‘termo de contrato’ e facultada à substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

Art. 63. É permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a qualquer interessado a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos.

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

§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.

§ 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

Vale salientar, dentre as hipóteses descritas, a questão quanto aos prazos. Em consonância com o art. 57, § 3º, da Lei 8.666/93, “é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.”

Ademais, ainda com relação ao prazo, registra-se restrição decorrente do art. 57, caput, da Lei supracitada, o qual dispõe o seguinte:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I – aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogadas por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

III – VETADO;

IV – ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

§1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo do trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

§2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

§4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do *caput* deste artigo poderá ser prorrogado em até doze meses.

Por fim, importante observar que é possível a prorrogação dos contratos mesmo com o descumprimento das regras contidas no art. 57, porém em casos excepcionais discriminados no §1º do art. supracitado.

### 3.3.4 Procedimento Legal

A Lei estabelece procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos que podem variar de uma modalidade para outra.

Ademais, a CF/88, possui algumas exigências no que concerne ao procedimento. Cita-se como exemplo, o art. 37, XXI, que trás como exigência a licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações, e o art. 175, para a concessão de serviços públicos.

No que diz respeito aos recursos orçamentários, é importante que averigue a sua existência antes que seja tomada qualquer providência pela Administração. O que se busca com a verificação prévia, é evitar que a geração de despesas venha a lesar patrimônio público.

### 3.3.5 Contrato de Adesão

Todas as cláusulas dos contratos administrativos são firmados pela Administração de forma unilateral. De acordo com Di Pietro “o poder público faz uma oferta a todos os interessados, através do instrumento convocatório da licitação, fixando as condições em que pretende contratar. A apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta

feita pela Administração. Essa ideia se confirma com o texto do art. 40, §2º da Lei 8.666/93, segundo o qual, dentre os anexos do edital da licitação, deve constar necessariamente, ‘a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor’, com isto, fica a minuta do contrato sujeita ao princípio da vinculação ao edital.’ (DI PIETRO, 2009)

Todavia, ainda que o contrato não decorra de licitação, suas cláusulas contratuais são pré-determinadas pela Administração. Haja vista, o princípio da indisponibilidade do interesse público.

### 3.3.6 Natureza *Intuitu Personae*

A natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos, decorre da obrigação de prestação pessoal do serviço ao contratante.

Todos os contratos celebrados pela Administração, em que a Lei exige a presença de licitação, são fixados *intuitu personae*, ou seja, em virtude das circunstâncias pessoais do contratado, conhecidas no processo licitatório.

“A Lei 8.666/93, em seu artigo 78, VI, proíbe a subcontratação, total ou parcial, do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial; essas medidas somente são possíveis se expressamente previstas no edital da licitação e no contrato (...). Note-se que o artigo 72 permite a subcontratação parcial nos limites admitidos pela Administração; tem-se que conjugar essa norma com a do artigo 78, VI, para entender-se que a medida só é possível se admitida no edital e no contrato.” (DI PIETRO, 2007)

Desta forma conclui-se que, a inobservância das regras supracitadas, pode resultar em rescisão unilateral do contrato, estando o contratado obrigado às sanções administrativas previstas no artigo 87 da Lei.

### 3.3.7 Presença das Cláusulas Exorbitantes

Característica marcante do contrato administrativo, pois confere vantagem à Administração, colocando-a em uma posição de superioridade em relação ao contratado. Corroborando com Di Pietro, são cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns em contratos celebrados entre particulares, por conferirem superioridade a uma das partes com relação a outra.

O artigo 58 da Lei 8.666/93, confere à Administração prerrogativas com relação aos contratos administrativos. Haja vista que o Poder Público está em posição de superioridade sobre o particular. Prerrogativas essas que convencionou-se chamar de cláusulas exorbitantes. Oportuno se faz, citar as principais, são elas:

- Exigência de garantia;
- Alteração unilateral;
- Rescisão unilateral;
- Fiscalização;
- Aplicação de Penalidades;
- Anulação;
- Retomada do objeto;
- Restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*.

### 3.3.8 Mutabilidade

Segundo entendimento da Prof. Di Pietro, “um dos traços característicos do contrato administrativo é a sua mutabilidade, que segundo muitos doutrinadores, decorre de determinadas cláusulas exorbitantes, ou seja, das que conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público.” (DI PIETRO, 2009)

Ressalta-se, no entanto que em virtude da decorrência dessa mutabilidade, ao contratado assiste o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Que é a relação entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração.

Todavia, o equilíbrio do contrato administrativo é essencialmente dinâmico, trazendo à baila três de riscos ou, áleas, que o particular enfrenta quando contrata com a administração, são elas: álea ordinária ou empresarial, álea administrativa e álea econômica.

Desta forma, classifica-se como *álea ordinária ou empresarial* aquela concernente a qualquer tipo de negócio, trata-se de um risco comum em qualquer tipo de atividade, no qual é o particular quem responde, havendo divergências no campo doutrinário.

Por sua vez, *as áleas administrativas*, classificam-se em três modalidades:

- alteração unilateral;
- fato do príncipe;
- fato da Administração.

Cabe destacar acerca da primeira modalidade aqui suscitada; que a *alteração unilateral* visa o atendimento do interesse público, respondendo por ela a Administração, bem como trazendo pra si a responsabilidade do reestabelecimento do equilíbrio voluntariamente rompido.

No que diz respeito a segunda modalidade; *fato do príncipe*, pode-se afirmar que é um ato de autoridade, indiretamente relacionado com o contrato, mas que repercute sobre ele. É uma determinação estatal geral que onera substancialmente a execução do contrato. Nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido.

Quanto a terceira modalidade, *fato da administração*, denomina-se como toda ação ou omissão do Estado que recai direta ou especificamente sobre o contrato, retardando ou impedindo a sua execução.

Por fim, no tocante às *áleas econômicas*, Di Pietro define como sendo “todo acontecimento externo ao contrato estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.” (DI PIETRO, 2009)

Ressalta-se, outrossim, que ocorrendo essa álea econômica, aplica-se a *teoria da imprevisão*, que significa dizer que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem como eram do momento da celebração.

#### 3.3.8.1 Da Teoria da Imprevisão

Estabelece que eventos novos, não previstos e imprevisíveis pelas partes, que reflitam na execução ou no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ensejam sua revisão. O objetivo desta teoria é, fazendo com que o contrato seja mais justo para ambas as partes.

Desta feita, para que ocorra efetivamente a aplicação da iminente teoria, necessário se faz a ocorrência de fatos supervenientes, imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis. Tais como, caso fortuito, força maior, fato do príncipe e fato da administração.

#### 3.4. Rescisão do Contrato Administrativo

A rescisão do contrato administrativo, se faz acordo com o Art. 79 da Lei 8.666/93, a saber:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

- I – determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;
- II – amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
- III – judicial, nos termos da legislação;

Todavia, o art. 78 da Lei supracitada, traz em seu teor hipóteses de rescisão por atos imputáveis ao contratado, nos seus incisos I a XI e XVIII, cabível nessas situações a rescisão unilateral da Administração, sem prejuízo, em casos de inadimplemento culposos, das sanções administrativas cabíveis, bem como do ressarcimento dos prejuízos devidos ao Poder Público.

Deste modo, ocorrendo a rescisão unilateral por parte da Administração, tendo em vista o interesse público, caberá a esta ressarcir o contratado dos prejuízos a ele causado, bem como a devolução da garantia, dos pagamento atrasados e ao custo da desmobilização, conforme preconiza o § 2º do art. 79 desta Lei.

Importante elucidar, no que tange à *rescisão amigável*, também denominada por alguns doutrinadores como *rescisão administrativa*, que esta se convalida com o acordo realizado entre as partes, desde que seja conveniente para a Administração. Contudo, poderá ser requerida nas hipóteses elencadas nos incisos XIII a XVI do art. 78, alcançando os chamados fatos da administração, conforme estudado anteriormente.

Por fim, no tocante a rescisão judicial, vale lembrar que esta é requerida, na maioria das vezes, pelo contratado, nos casos em que ocorrer o inadimplemento do Poder Público, haja vista que o particular não dispõe das mesmas prerrogativas que à Administração. Entretanto, não poderá o contratado, a seu bel-prazer, paralisar a execução do contrato, muito menos rescindi-lo unilateralmente, visto que não possui competência para tanto, não restando outro meio a não ser a tutela do Poder Judiciário.

### 3.5. Modalidades de Contratos Administrativos

Dentre os contratos administrativos, existem uma série de modalidades, dentre as quais a *concessão* de serviço público, de obra pública, de uso de bem público, a concessão patrocinada e a administrativa, o contrato de prestação ou locação de serviços, o de obra pública, o de fornecimento, o de empréstimo público e o de função pública.

Neste sentido, oportuno se faz destacar algumas considerações acerca das questões relativas à concessão e suas espécies, por ser esta modalidade de contrato administrativo por sua excelência, de maior uso pelo Poder Público, as quais, abaixo passa a explanar.

Nesta esteira, com a relação à concessão de serviço público, entende o Prof. Celso Antônio Bandeira de Melo, trata-se de um instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público à alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta

e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.” (MELLO, 2006)

Com efeito, a Lei nº 8.987/95, disciplinadora do tema em questão, dispõe em seu art. 2º que, concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

*Mister* se faz, distinguir os institutos *concessão e permissão*. Permissão de serviço público refere-se à delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. Contudo, a diferença está na forma de constituição, haja vista que a concessão decorre de acordo de vontades e, a permissão, de ato unilateral, bem como na precariedade existente na permissão.

À luz dos conceitos extraídos da obra de Di Pietro, *contrato de obra pública* é contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere à outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.

Por sua vez, os contratos de *concessão de uso* refere-se à contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta a terceiros a utilização privativa de bem público. Trata-se de matéria disciplinada em lei esparsa.

Na visão da Prof. Di Pietro, define-se concessão patrocinada como sendo um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega à outrem a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado. (DI PIETRO, 2007)

Por fim, ainda com relação às modalidades de concessão, conceitua-se, de acordo com o art. 2º, §2º, da Lei nº 11.079, *concessão administrativa* como contrato de prestação de

serviços de que a Administração Pública, seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Contudo, todavia, diante de todo exposto, conclui-se que concessão, de uma forma geral, ainda na visão de Di Pietro, resume-se como sendo um contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao contratado a execução remunerada de serviço público, obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

## 4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### 4.1 Da Improbidade Administrativa

Improbidade Administrativa é o termo técnico usado para designar o que comumente se conhece por corrupção administrativa, que de diversas formas, desvirtua a Administração Pública e afronta os princípios basilares da própria Administração Pública, através de obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo "tráfico de influência" nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade.

Neste sentido, Alexandre de Moraes define os atos de improbidade administrativa como sendo aqueles que “possuindo natureza civil e devidamente tipificados em Lei Federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independente de importarem enriquecimento ilícito ou prejuízos ao erário”. (MORAES, 2009)

Corroborando o pensamento anterior, Di Pietro assevera que a Lei 8.429/92, não pune a mera ilegalidade, mas a conduta imoral e ilegal do agente público e dos terceiros que o tenham auxiliado.

### 4.2 Base Constitucional da Improbidade Administrativa

O que serve de fundamento para caracterização da improbidade administrativa, é encontrado no parágrafo 4º do artigo 37 da CF/88. O estado habitual, conforme a regra estabelecida, abrange a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes em todos os entes da Federação, não só pela sua amplitude, mas, também, pelo fato de estar situada no artigo 37 da Constituição Federal.

O dispositivo constitucional não define a improbidade administrativa, nem aponta os sujeitos ativos e passivos destes atos. Vale ressaltar que o parágrafo 4º do art. 37 da CF é uma norma constitucional de eficácia limitada. Em 1992 ocorreu sua regulamentação, através da

Lei 8.429/92, diploma de caráter nacional, isto é, de observância obrigatória para a união, os estados, o Distrito Federal e os municípios.

Muitas condutas descritas como atos de improbidade administrativa na Lei 8.429/1992 também tem tipificações penais, ou seja, constituem crimes. Nestes casos, além das penalidades estabelecidas pela Lei 8.429/1992, também responderão na esfera penal pela mesma conduta, tipificada como crime em uma lei penal.

A ação de improbidade administrativa, quando praticada por servidor público, corresponde também a um ilícito administrativo já previsto na legislação estatutária de cada ente da federação, o que obriga a autoridade administrativa competente a instaurar o procedimento adequado para a averiguação de responsabilidade. Porém, as penalidades cabíveis na esfera administrativa são apenas as previstas nos estatutos dos servidores. Não se pode especificamente ser aplicada à pena de suspensão dos direitos políticos, por atingir direito fundamental, de natureza política, que escapa à competência puramente administrativa.

Para Di Pietro “A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário.” (DI PIETRO, 2009)

Os atos de improbidade administrativa acarretam várias sanções, como suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, além do dever de realizar o ressarcimento do dano ao Erário, sem prejuízo da ação penal cabível (artigo 37, § 4º, da Constituição Federal).

#### 4.3.Sujeito Passivo

O sujeito passivo de Improbidade Administrativa foi tratado pelo legislador no artigo 1º da Lei 8.429/92, sendo ele:

Artigo 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 Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Em concordância com o dispositivo legal, são passivas de Improbidade, todas as pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); os órgãos dos três Poderes do Estado; a administração direta e indireta (esta contendo as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista); as incorporadas ao poder público, mesmo não pertencentes a ele, mas que não integram a administração indireta não sendo sociedade de economia mista ou empresa pública; e empresas onde com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita tenha concorrido o erário. Neste sentido se posiciona Di Pietro.

Ainda estão sujeitos a figurar no polo passivo de Improbidade administrativa, as outras entidades não compatíveis com a Administração Pública, direta ou indireta e que não se enquadram como entidade pública de qualquer natureza. São de natureza privada onde a máquina pública apenas provém incentivos fiscais ou contribuição para a criação, entre outras modalidades. Nesta hipótese é limitada a sanção patrimonial proveniente do ilícito a contribuição feita pelo Estado.

#### 4.4 Sujeito Ativo

Como o artigo 1º da Lei 8.429/92 menciona, são atos de improbidade aqueles praticados por qualquer agente público. Já no artigo 2º, a Lei específica quem são os agentes públicos puníveis por improbidade:

Artigo 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo 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.

Com essa classificação, a Lei criou uma categoria abrangente de sujeitos ativos, agente público é o gênero, onde suas espécies são os agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados, estando, portanto, todos sujeitos às condutas ímprobadas da lei.

Em relação aos terceiros que possam figurar como sujeito ativo no crime de improbidade, de fine Di Pietro, “(...) eles estão sujeitos às sanções cabíveis, desde que de alguma forma tenham concorrido para a prática do ato de Improbidade, ainda que não tenham obtido qualquer vantagem em seu próprio benefício”. (DI PIETRO, 2009)

Desta forma, para que se configure o terceiro como sujeito ativo, é necessário a presença de um ou de todos os requisitos propostos pelo artigo 3º da Lei 8.429/92, quais sejam:

- a) indução do agente público para a prática do ato de Improbidade Administrativa;
- b) que ocorra o concurso para sua ocorrência;
- c) que se beneficie dele ainda que indiretamente;
- d) dolo, caracterizado pela vontade de lesar o erário ou se beneficiar de um ato vedado pelo direito.

Nas lições de Mattos, a pessoa jurídica também poderá figurar como terceiro na prática de Improbidade, pois são sujeitos de direito não podendo ficar de fora do ditame da presente Lei.

Ainda segundo Mattos, por ser o dolo um dos requisitos para a figuração de um terceiro no polo passivo de Improbidade, a boa-fé é um elemento que o retira deste contexto.

Assim, agindo o terceiro com boa-fé, é retirada a tipicidade da Lei 8.429/92 e não deve o mesmo figurar no polo passivo da lide, pois resta configurada a probidade, antítese de improbidade.

#### 4.5 Espécies de atos ímprobos

A lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92) classifica, em seus artigos 9º, 10 e 11, as condutas ímprobas em três grupos, estabelecendo um rol exemplificativo e prevendo sanções diferenciadas para cada espécie, de acordo com o grau de reprovação do comportamento.

As condutas mais gravosas, são aquelas que, nas palavras de Alexandre Mazza, “causam aos cofres públicos prejuízo associado a um acréscimo indevido no patrimônio do sujeito ativo”, e estão previstas no artigo 9º da aludida norma. (MAZZA, 2011)

O artigo 10, por sua vez, elenca os atos de improbidade administrativa que possuem gravidade intermediária, aqueles que “não produzem enriquecimento do agente público, mas provocam uma lesão financeira aos cofres públicos”.

Por fim, estão contidas no artigo 11 da referida legislação, as condutas que, em tese, apresentam a menor gravidade, tendo em vista que “não desencadeiam lesão financeira ao erário, nem acréscimo patrimonial ao agente, mas violam os princípios reguladores da administração pública”.

#### 4.6 Atos de Improbidade Administrativa que Importam em Enriquecimento Ilícito

Juridicamente o indivíduo pode aumentar o seu patrimônio de duas maneiras, licitamente e ilicitamente, de forma que quando o aludido crescimento se dar em desacordo com os princípios morais ou com o ordenamento vigente, caracteriza-se o enriquecimento sem causa.

Portanto conforme Silvio Antônio Marques “ o que se proíbe é o enriquecimento ilícito ou injusto, ocorrido fora das hipóteses admitidas pelos princípios e normas constitucionais ou legais”. (MARQUES, 2010)

Segundo Emerson Garcia, a identificação do enriquecimento ilícito pressupõe a presença concomitante de quatro elementos quais sejam:

a) o enriquecimento de alguém, o qual pode ser de ordem material, intelectual ou moral; b) o empobrecimento de outrem, quer seja positivo, quer seja negativo; c) ausência de justa causa, vale dizer, o enriquecimento deve ser desvinculado do direito, não podendo advir da vontade do empobrecido ou decorrer de obrigação preexistente ou da Lei; d) nexo causal entre o enriquecimento e o empobrecimento, sendo que cada um destes elementos deve estar ligado ao outro em uma relação de causa e efeito.

Sobre a ótica da Lei 8.429/92 o enriquecimento ilícito, só se configura, quando o agente publico auferir alguma vantagem patrimonial indevida, em virtude do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade na administração. Desta forma conclui-se que para a configuração do enriquecimento ilícito, que implique em improbidade administrativa necessária se faz a demonstração (a) da intenção do indivíduo (dolo), (b) do seu enriquecimento, (c) do enquadramento do sujeito ativo no conceito de agente público, conforme prescrevem os artigos 2º e 3º da mesma norma, (d) da ausência de justa causa, devendo se tratar de vantagem que não tenha relação com a remuneração ou o subsídio do agente e (e) do nexo causal entre a percepção da vantagem indevida e o exercício do cargo que ocupa.

Ainda sobre a tipificação da conduta ímproba que causa locupletamento indevido, Wallace Paiva Martins Júnior afirma que:

Caracterizam o enriquecimento ilícito qualquer ação ou omissão no exercício de função pública para angariar vantagem econômica, como também a mera potencialidade de que venha a amparar interesse de terceiro ou o simples fato de o agente público ostentar patrimônio incompatível com a evolução de seu patrimônio ou renda, sendo exigível, em ambos os casos, que a vantagem econômica indevida seja obtida (para o agente público ou terceiro beneficiário, por ele próprio ou por interposta pessoa) em razão de seu vínculo com a Administração Pública, independentemente da causação de dano patrimonial a esta, porque o relevo significativo da repressão do enriquecimento ilícito tem em si considerada preponderância do valor moral

da Administração Pública, sendo direcionado ao desvio ético do agente público. (MARTINS JUNIOR, 2009)

Ante o exposto, verifica-se, então, que a lesividade ao patrimônio público não é requisito elementar à caracterização do ato de improbidade causador de enriquecimento ilícito, tendo em vista que o aumento patrimonial indevido pode ser oriundo de fonte externa.

O mesmo doutrinador também esclarece ser desnecessário “que o agente público exija ou solicite a vantagem econômica; basta, para caracterizar o enriquecimento ilícito, que ele a receba, pouco importando se adveio de oferta, solicitação ou exigência”. (MARTINS JUNIOR, 2009)

Por outro lado, imprescindível se mostra, para configurar a tipologia em baila, a demonstração do elemento volitivo do agente (dolo), uma vez que, à míngua de previsão na legislação, bem como pela incompatibilidade com a conduta, não há que se falar em enriquecimento ilícito decorrente de negligência ou imperícia.

Nesta direção, José Armando da Costa aponta que:

O elemento subjetivo dessa figura delitual genérica é o dolo do agente público, ou, pelo menos, a sua voluntariedade. Não vemos chance para que tal infração disciplinar comporte a modalidade culposa, pois não é credível, nem verossímil, que possa alguém ser corrupto ou desonesto por negligência, imperícia ou imprudência. (COSTA, 2005)

Por fim, expostos os requisitos gerais necessários à caracterização do ato de improbidade administrativa que causa enriquecimento ilícito, importa salientar que o rol de condutas previsto nos incisos do artigo 9º da Lei n. 8.429/1992 possui natureza meramente exemplificativa, havendo, de acordo com os ensinamentos de Alexandre de Moraes, “possibilidade de tipificação como ato de improbidade administrativa de outras condutas, desde que haja congruência com os elementos previstos no caput do artigo”. (MORAES, 2009)

#### 4.7 Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

O artigo 10 da Lei n. 8.429/1992 tipifica a conduta ímproba causadora de lesão ao patrimônio público financeiro como “qualquer omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º” da norma mencionada.

Cabe esclarecer, de início, que não é todo e qualquer prejuízo financeiro que caracteriza a conduta ímproba do agente, mas apenas aqueles oriundos de atos ilegais. Isso porque até mesmo os administradores diligentes estão sujeitos a prejuízos financeiros oriundos de fatores econômicos e políticos externos.

Assim, leciona Waldo Fazzio Júnior:

O que se reprova no art. 10 não é a conduta legal, ainda que prejudicial aos cofres públicos. Não se pretende punir a partir do resultado, mas dos meios que o produziram. De sorte que, só se alvitra reprovar o prejuízo administrativo, quando gerado por ilegalidade, ou seja, quando o agente público livre e consciente rompe com a lei; quando concebe e admite o resultado danoso ao erário ou pelo menos negligencia na adoção dos meios legais para evita-lo.(FAZZIO JÚNIOR, 2007)

No tocante ao elemento subjetivo do tipo, o próprio dispositivo (art.10 da Lei 8.429/92) prevê expressamente a possibilidade de configuração da conduta ímproba em questão na modalidade culposa ou dolosa. Assim, para identificação do ato de improbidade causador de dano ao erário, mostra-se irrelevante a presença do elemento volitivo do sujeito ativo, bastando, para tanto, apenas a previsibilidade do resultado (culpa).

Sobre a questão, colhe-se dos ensinamentos de Alexandre de Moraes:

Para a tipificação de um ato de improbidade administrativa descrito no art. 10 não se exige somente a existência da vontade livre e consciente do agente em realizar qualquer das condutas nele descritas, responsabilizando também o agente cuja conduta, por imprudência, negligência ou imperícia, adegue-se às aquelas previstas no art. 10.

#### 4.8 Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

O Art. 11, da Lei 8.429/92 prevê, como ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. Senão vejamos:

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.

Portanto as condutas ímprobadas contempladas no dispositivo supracitado independem de efeito subjetivo e objetivo para sua caracterização, podendo ser concebidas como atos de improbidade administrativa em sentido estrito.

Foi por meio desta tipologia que o legislador assegurou, de fato, o efetivo cumprimento do dever de probidade dos agentes públicos, insculpido no art. 4º da mesma norma. Uma vez que, para sua configuração, não se mostra necessária a demonstração de qualquer prejuízo efetivo, bastando, para tanto, a mera execução da conduta repudiada.

Sob esse prisma, Waldo Fazzio Júnior aponta que “o objeto de proteção do art. 11 não é o patrimônio público econômico, mas a própria probidade administrativa, sendo irrelevante, para tipificação do ato de improbidade a esse título, quaisquer coadjuvantes materiais”. (FAZZIO JUNIOR, 2007)

Waldo Fazzio Júnior esclarece, ainda, que:

Pretende o texto da Lei nº 8.429/92 dizer que os atos de improbidade administrativa não se esgotam no enriquecimento ilícito do agente público, ou de terceiro, nem na produção de lesão ao tesouro público. Intenta expressar, de forma pontual, que seu espectro protetivo abarca a plena integridade da Administração Pública, que, obviamente, não se perfaz sem sustentação em valores e deveres.

Trata-se [portanto] de expediente legislativo pragmático porque a própria norma acautela-se contra eventual atipicidade de condutas ímprobas que não enriquecem o agente político e nem lesionam o erário. (FAZZIO JÚNIOR, 2007)

No mesmo sentido, Emerson Garcia assevera que:

O art. 11 da Lei nº 8.429/1992 é normalmente intitulado de “norma de reserva”, o que é justificável, pois ainda que a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público ou acarretado o enriquecimento ilícito do agente, será possível a configuração da improbidade sempre que restar demonstrada a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal. (GARCIA, 2008)

Vale ressaltar que a Lei não se refere somente aos princípios constitucionais da administração pública, previstos no caput do art. 37 da CF, mas a todos os demais princípios que regulam a atividade administrativa, como a supremacia do interesse público, razoabilidade e proporcionalidade, continuidade do serviço público, entre outros.

Contudo, necessário se faz ter cautela no enquadramento das condutas, a fim de evitar que práticas desprovidas de relativa gravidade, oriundas, do despreparo do agente político e da ausência de recursos materiais, sejam consideradas, como atos de improbidade administrativa.

Segundo ensinamentos de Waldo Fazzio Júnior, “as deficiências pessoais, culturais e profissionais de agentes públicos podem promover irregularidades e, até mesmo, ilegalidades formais, mas é só o desvio de caráter que torna a ilegalidade sinônima de improbidade”. (FAZZIO JÚNIOR, 2007)

Isso pois, a norma em questão não visa punir o administrador inábil, ou incompetente, mas sim, apenas aquele que comete o ato tipificado por pura desonestidade.

Acerca do elemento subjetivo do ato de improbidade atentatório aos princípios da Administração, verifica-se, da redação do art. 11, que o legislador, diferente do que dispôs em relação à conduta ímproba causadora de prejuízo ao erário, não previu, expressamente, a

possibilidade de configuração do ato de improbidade na modalidade culposa. Razão pela qual se mostra necessária e imprescindível a demonstração da intenção do agente (dolo).

Desta forma, nas palavras de Alexandre de Moraes, “para a tipificação de um ato de improbidade descrito no art. 11, exige-se [entre outros requisitos] a existência da vontade livre e consciente do agente em realizar qualquer das condutas nele descritas”. (MORAES, 2007)

## 5 ILEGALIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### 5.1 Da Ilegalidade nos Contratos Administrativos

Vale lembrar que, “contrato é a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal forma que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Vem daí o conceito de que o contrato administrativo, é uma forma de aglutinação de interesses recíprocos, que se faz Lei entre as partes contratantes”. (MELLO, 2006)

Cumprindo ainda ressaltar que em se tratando de Contratos Administrativos, realizados pela administração com quem quer que seja, estes devem obrigatoriamente estar revestidos dos princípios norteadores do Direito Administrativo. Vale ainda ressaltar que não se deve atender a alguns princípios enquanto se deixa outros de lado. A lei é bem clara no que se refere a obrigatoriedade da existência de todos os princípios constitucionais, em qualquer ato da administração pública. Ou seja, a inobservância de um ou de outro princípio tornará ilegal e, portanto nula a ação da administração pública.

Necessário se faz citar os princípios apresentados no Art. 37 de nossa Constituição.

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

### 5.2 Inobservâncias dos Princípios Constitucionais

Não por acaso, os princípios da legalidade e da impessoalidade são os primeiros citados pelo legislador. Trata-se da essência dos princípios, sem a observância destes, não se

pode falar nos demais, uma vez que aqueles não existiriam sem estes. Não se pode falar em um contrato que seja moral sem que seja legal, ou que seja eficiente, sem que seja impessoal. A legalidade e a impessoalidade são a principal rota para um contrato perfeito.

Cabe ainda mencionar que os demais princípios, da moralidade, publicidade e eficiência são tão importantes quanto os princípios de legalidade e impessoalidade. Afinal a observância deste conjunto de cinco princípios é que vai garantir legitimidade ao contrato administrativo. Ou se observa a todos os princípios ou não existe contrato legal.

Apesar de todo ordenamento jurídico, da existência de princípios norteadores da Administração Pública, da Lei 8.666/93 que rege Licitações e Contratos no âmbito da Administração Pública e da existência da Lei 8.429/92 que trata dos crimes de improbidade Administrativa. Ainda existe administradores ou agentes públicos que buscam uma forma de burlar esses ordenamentos como forma de adquirir vantagem para si ou para outrem. E para atingir seus interesses cada vez mais tentam de forma leviana, dar aparência de legalidade a contratos fraudulentos que em sua maioria ferem os princípios da legalidade e da impessoalidade.

### 5.3 Uso da Legislação como Forma de Burlar a Mesma.

Nossa legislação ao mesmo tempo em que busca preencher lacunas para proteger a coisa pública, acaba por deixar espaço para interpretação diversa daquela intentada. Desta forma agentes públicos mal intencionados usam as normas para seu interesse próprio.

Os casos mais comuns de uso da norma para dar aparência de legalidade ao contrato ilegal são: Licitação por carta convite, dispensa de licitação, para aquisição de material de expediente, pequenas obras, locação de imóveis e veículos e contratação ilegal de servidores.

### 5.3.1 Licitação por Carta Convite

Esta modalidade de licitação permite que o administrador convide até 3 empresas do ramo do serviço buscado para que estas concorram entre si na apresentação de propostas acerca do serviço ou mercadoria buscado para aquela que tiver o melhor preço seja vencedora.

Na prática, o agente político, tem em seu grupo de amigos, aliados ou financiadores, empresas interessadas neste tipo de licitação, onde vão se alternar nas vitórias desta modalidade, apresentando propostas previamente combinadas de modo que o vencedor sempre será previamente conhecido. Ou ainda uma única pessoa por meio de laranjas detém o controle das três empresas participantes. Neste sentido a seguinte decisão judicial:

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PREFEITO MUNICIPAL. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93, ART. 1º, INCISOS I E XIV DO DEC. LEI Nº 201/67, ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. LICITAÇÃO MODALIDADE CARTA-CONVITE. INSTAURAÇÃO DAS LICITAÇÕES COMO EXPEDIENTE VISANDO SIMULAR A EXISTÊNCIA DA CONCORRÊNCIA. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO A FIM DE OBTER PARA SI OU PARA OUTREM VANTAGEM ECONÔMICA. RESPONSABILIDADE. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. CONDENAÇÃO DOS RÉUS. NOVA CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS ANTE A CONCLUSÃO DE QUE A CONDUTA SUBSUME-SE À PREVISTA NO ART. 90 DA LEI DE LICITAÇÕES. APROPRIAÇÃO DE VERBA PÚBLICA. CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO DOS TRÊS RÉUS. DESCUMPRIMENTO DE LEI FEDERAL E USO DE DOCUMENTO FALSO. (...) A denúncia em nenhum momento descreve conduta consistente na dispensa ou não exigência da licitação (art. 89 da Lei de Licitações). A licitação ocorreu, sim, só que de forma a fraudar ou frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório. Afigura-se possível, no caso, a alteração da capitulação jurídica para o crime previsto no art. 90 da Lei de Licitações, uma vez que não implica em modificação da descrição fática constante da denúncia, da qual se defendeu amplamente o acusado. 8. A fraude no caráter competitivo está plenamente demonstrada em relação a dois dos réus, os quais na qualidade de prefeito e de membro integrante do setor de licitações da prefeitura direcionaram a licitação na modalidade de convite à empresa de seu interesse. 9. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são

correlatos (Art. 3º da Lei 8.666/93). 10. Para a configuração dos crimes dos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93 basta o dolo genérico, entendido como a vontade livre e consciente do agente de praticar a conduta descrita na lei como criminosa. 11. A negativa dos réus em juízo é apenas uma forma de autodefesa. O conjunto probatório coligido nos autos, sobretudo o fato de os cheques emitidos pelo prefeito e pelo secretário municipal de finanças, terem sido, sem qualquer explicação plausível depositados na conta corrente particular dos três réus, não deixa dúvidas da autoria do delito de apropriação de verbas públicas (art. 1º. inc. I do Dec.Lei nº 201/67). 12. Tendo se desincumbido o Ministério Público do ônus de comprovar a acusação, consistente no depósito de verbas públicas na conta bancária dos réus, com os quais a prefeitura não encetou relação jurídica, cabe aos responsáveis pela transferência justificar tal situação, sob pena de que reste configurada subtração indevida (art. 156 do CPP). 13. "Não há que se falar, in casu, em ofensa à regra processual da inversão do ônus da prova, porquanto o recorrente alegou que as operações financeiras praticadas por ele seriam lícitas, de sorte que competia à defesa comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão acusatória, a par de que, como é consabido, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (art. 156 do CPP). (...) (STJ - REsp 934.004/R). 14. A não descrição completa na denúncia das condutas que se subsumiriam aos crimes previstos no art. I, inc. IX do Dec.Lei nº 201/67 e no art. 304 do CP, que ademais não restaram comprovados nos autos, enseja a improcedência da denúncia, nessa parte. DENÚNCIA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(TJ-PR - AP: 1020295 PR 0102029-5, Relator: José Laurindo de Souza Netto, Data de Julgamento: 04/02/2010, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 340)

Desta forma esta caracterizado o crime de fraude em licitação supra- mencionado onde se busca dar aparência de legalidade em conduta ilegal, contudo resta o contrato ser declarado nulo por ferir os princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade.

### 5.3.2 Dispensa de Licitação

A dispensa de licitação é bastante clara e ocorre de acordo com o Art. 24 da Lei 8.666/93, as fraudes ocorrem mas comumente no que se refere à compra de material de expediente, contratação de pequenas obras. Vejamos o que que diz a letra da Lei:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

A supracitada alínea "a" do Art. 23 diz:

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

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

Desta forma, para obras de valor até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) é dispensada a licitação por entender-se tratar de pequenas obras. É aí que se tende burlar a lei, não no sentido de dispensar licitação, mas no sentido de se superfaturar pequenas obras afim de aproxima-las do máximo legal, permitido para esta modalidade e mais uma vez beneficiar aliados ou a si mesmo sem maiores "problemas". Essas pequenas obra podem aparecer de diversas formas, tais como pintura e manutenção de prédios públicos, pequenas construções, aprimoramento do sistema viário, obras de infraestrutura, etc. Desta forma, difícil é sua caracterização, tornando-se forma eficaz de desvio de verbas públicas. Vejamos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, CONSERVAÇÃO E JARDINAGEM DAS RUAS DO MUNICÍPIO SEM LICITAÇÃO - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ART. 11-I, DA LEI Nº 8.429/92 - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO PREFEITO E DE TERCEIRO QUE COM ELE CONTRATOU - IRRELEVÂNCIA - ILÍCITO CIVIL CARACTERIZADO - APLICAÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NO ART. 12, ISOLADAMENTE - POSSIBILIDADE - APELO PROVIDO, EM PARTE.

1. Basta para a configuração do ilícito civil previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92 a violação pelo agente público do princípio da legalidade, o que ocorre na contratação de serviços sem prévio procedimento licitatório.

2. O juiz possui liberdade para aplicar as penalidades previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa de forma isolada ou cumulativa."

(grifou-se – TJPR, Ap. Civ. 116709-7, Acórdão nº 8526, Capanema, 5ª Câmara Cível, Relator Domingos Ramina, DJPR 20/5/2002)

De forma parecida procede-se na compra de material de expediente, onde o Art. 24 inciso II da Lei 8.666/93 orienta:

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Art. 23 diz:

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

Ou seja, a administração tem um limite de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para fazer compras, seja de material de escritório de construção ou de expediente. Desta forma se procede a beneficiar-se ou aos seus aliados fazendo compras sem licitação. Podendo alternar os estabelecimentos sem que se interrompa a necessidade buscando desqualificar a necessidade permanente que seria alvo de licitação obrigatória. Vejamos decisão judicial neste sentido:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
CONTRATAÇÃO DIRETA DISPENSA DE LICITAÇÃO Compra de carne bovina para merenda escolar sem licitação O valor gasto mensalmente ultrapassou o limite legal para a dispensa de licitação Art. 24, II, da Lei de Licitações Ausência de motivação do ato ou da comprovação da validade do ato mediante evidência de que a escolha foi regular e adequada Favorecimento de familiares Dolo Ato de improbidade configurado Art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92 Ressarcimento Impossibilidade Lesão ao erário não comprovada Aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa Cabimento Inteligência do art. 21, II, da Lei nº 8.429/92 As penas previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92 não são aplicadas

necessariamente de forma cumulativa Decisão reformada Recurso do Ministério Público parcialmente provido.

(TJ-SP - APL: 9111692072007826 SP 9111692-07.2007.8.26.0000, Relator: Rubens Rihl, Data de Julgamento: 15/06/2011, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/07/2011)

Ainda,

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO E SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MORAÚJO-CE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA NÃO CONFIGURADA. PRELIMINAR NÃO ACOLHIDA. IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS. FNDE. DISPENSA DE LICITAÇÃO. FRACIONAMENTO DE DESPESA. COMPRA DE ALIMENTOS DA MERENDA ESCOLAR. MÁ-FÉ CARACTERIZADA. LEI Nº 8.429/92. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS PENAS. CONDENAÇÃO DOS RÉUS EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA UNIÃO. 1. Apelações dos réus, ex-prefeito e ex-secretário do Município de Moraújo-CE, em face da sentença que julgou parcialmente procedente ação civil pública de improbidade administrativa, condenando-os ao ressarcimento integral do dano a ser apurado em liquidação de sentença, suspensão dos direitos políticos e de contratar com o poder público por 05 anos, multa civil no valor de 10% (dez por cento) do valor do dano causado ao erário. Tudo em razão de irregularidades em licitação para compra de merenda escolar. 2. Não se pode falar em ausência de motivação da sentença quando o processo se encontra alicerçado em fartas provas documentais, suficientes para embasar a sentença muito bem fundamentada e capaz de ensejar condenação dos réus-apelantes nas sanções previstas no art. 12 da LIA. Preliminar não acolhida. 3. Apenas é possível a caracterização de um ato como de improbidade administrativa quando há desonestidade por parte do administrador. A conduta ilegal só se torna ímproba se revestida de má-fé do agente público. Elemento subjetivo comprovado em relação ao ex-prefeito e ao ex-secretário. 4. Configura ato de improbidade a constatação de irregularidades na compra de alimentos com recursos públicos provenientes de convênio com FNDE, quando comprovado o fracionamento de despesa para dispensar licitação, em curto espaço de tempo, burlando a legislação, o que causou prejuízo ao erário. 5. As sanções aplicadas aos réus observaram estritamente aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 6. Em causas em que houver condenação, deve ser aplicada a regra do art. 20, parágrafo 3º do CPC, devendo ser fixados os honorários advocatícios em favor da União no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a ser definido em sede de liquidação de sentença. 7. Apelação da União provida. Apelações dos réus não providas.

(TRF-5 - AC: 200481000240310 , Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 11/07/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 22/07/2013)

Da mesma forma:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE. FRACIONAMENTO DE DESPESAS MUNICIPAIS. FORNECIMENTO DE REMÉDIOS. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. PROVAS. EXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO DO PREFEITO E DA PESSOA JURÍDICA ÀS SANÇÕES DA LEI Nº 8.429/92. DECISÃO CORRETA. ARTIGO 3º. EXTENSÃO DAS SANÇÕES AO TERCEIRO QUE CONCORRA COM AGENTE PÚBLICO PARA A PRÁTICA DO ATO. NECESSIDADE PÚBLICA (REMÉDIOS) QUE NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR A OBRIGATORIEDADE DA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DISPENSA INDEVIDA. PREJUÍZOS AO ERÁRIO DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. ARTIGO 21, I, DA CITADA LEI. APLICABILIDADE. JURISPRUDÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1- O princípio da legalidade impõe a observância estrita dos ditames de regularidade formal e material com o trato da coisa pública, não somente ao agente público, mas ao particular que contrata com a administração, devendo ser, a este, impostas as penas da Lei de improbidade, quando concorra para a prática do ato eivado de tal pecha.

2 - Não se nega haver a necessidade de fornecimento de remédios por parte do município aos seus administrados. É claro que esta conduta é prevista em lei e até mesmo incentivada. Contudo, isto não autoriza ao administrador agir com total liberalidade no sentido de escolher, sem instauração prévia de processo de licitação pública, ao seu único alvedrio, o fornecedor dos medicamentos.

3- ‘O fracionamento indevido de contratação de serviços, visando o limite mínimo de valores para a dispensa da licitação, afronta os princípios que regem a administração pública (moralidade, legalidade, impessoalidade)’ (TJPR - 5ª c. Cível - AC 0385551-2 - Matinhos - Rel.: Des. Luiz Mateus de Lima - Unanime - J. 10.07.2007).

4- Todo e qualquer ato de que decorra quebra dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, mesmo que não reflitam efetivo prejuízo ao erário ou enriquecimento (hipótese em que se enquadrariam ou no artigo 9º, ou no 10º da Lei n. 8.429/92), devem ser também tidos como atos de improbidade, dado o caráter extensivo e suplementar do artigo 11, do referido dispositivo legal.”

(grifou-se – TJPR, Ap. Civ. 421816-6, Acórdão nº 20281, Nova Esperança, 5ª Câmara Cível, Relator Rogério Ribas, DJPR 11/4/2008)

Existe ainda uma modalidade usada não para se desviar verba mas para beneficiar aliados políticos, é esta a de maior incidência nas administrações municipais e estaduais. Trata-se da contratação irregular de funcionários e prestadores de serviço. Vejamos:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. Prefeito. Acção de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa. Competência de foro para julgamento da Justiça comum. Inaplicabilidade do disposto no artigo 29, X, da Constituição da República.

2. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Nulidade da sentença repelida.

3. Constitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). Inexistência de contrariedade formal ou material ao disposto no artigo 37, § 4º da Constituição da República.

4. Contratação de advogado, por alcaide, para exercer funções dentro da municipalidade. Ingresso sem a realização de concurso público ou procedimento licitatório. Ilegalidade. Violação aos artigos 37 caput e II da Constituição da República e 60 e parágrafo único da Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93) Improbidade administrativa caracterizada Aplicação das sanções capituladas no artigo 12, III, da Lei nº 8.429/92.”

(TJPR, Ap. Civ. 106817-1, Acórdão nº 21810, Apucarana, 1ª Câmara Cível, Relator Ulysses Lopes, DJPR 19/8/2002)

Ainda nas formas de contratar funcionários de forma irregular temos:

ADMINISTRATIVO. ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATACÇÃO ILEGAL DE SERVIDORES, SEM CONCURSO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE E DE OUTROS INTEGRANTES DA CÂMARA DE VEREADORES. LEGITIMIDADE PASSIVA. CAUSA PETENDI NA ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENQUADRAMENTO LEGAL EQUIVOCADO NA PETIÇÃO INICIAL. NATUREZA E EXTENSÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS. 1. Cuida-se, originariamente, de Acção Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo, em razão da contratação de funcionários, no âmbito do Poder Legislativo Municipal de Afonso Cláudio, para ocupar cargos efetivos sem a realização de concurso público. 2. Hipótese em que o recorrente, como Presidente da Câmara Municipal, foi o responsável pela promulgação e publicação da Resolução que dispôs sobre a contratação irregular. Legitimidade passiva ad causam configurada. 3. A contratação de funcionários sem a observação das normas de regência dos concursos públicos caracteriza improbidade administrativa. 4. No âmbito da Lei da Improbidade Administrativa, o Presidente da Câmara de Vereadores – sem prejuízo da responsabilidade de outros edis que, por acção ou omissão, contribuam para a ilegalidade, sobretudo ao não destacarem, aberta e expressamente, sua oposição à medida impugnada – responde pela contratação de servidores, sem concurso público, para o Legislativo municipal. 5. Exige-se que a inicial da acção seja, tanto quanto possível, exata na narração dos fatos considerados ímprobos. Esse é o fundamento do

pedido do Ministério Público, e não a indicação do dispositivo legal que embasa a pretensão. 6. O enquadramento legal do ato considerado ímprobo, ainda que errôneo, não enseja a extinção liminar da Ação Civil Pública. 7. A causa petendi, na Ação Civil Pública, firma-se na descrição dos fatos, e não na qualificação jurídica dos fatos. Por isso mesmo, é irrelevante, na petição inicial, eventual capitulação legal imprecisa, ou até completamente equivocada, desde que haja suficiente correlação entre causa de pedir e pedido. 8. Sob pena de esvaziar a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, a petição inicial não necessita descer a minúcias do comportamento de cada um dos réus. Basta a descrição genérica dos fatos e das imputações. 9. In casu, essa descrição é suficiente para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. 10. Não há elementos no acórdão recorrido que indiquem abusividade na aplicação da medida de indisponibilidade dos bens do recorrente. A revisão do entendimento adotado pela instância ordinária implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. 11. A indisponibilidade dos bens não é sanção, mas providência cautelar destinada a garantir o resultado útil do processo e a futura recomposição do patrimônio público lesado, bem como a execução de eventual sanção pecuniária a ser imposta e qualquer outro encargo financeiro decorrente da condenação. 12. A totalidade do patrimônio do réu garante "o integral ressarcimento do dano" (art. 7º, parágrafo único, da Lei da Improbidade Administrativa). Por isso, o bloqueio judicial pode recair sobre bens adquiridos antes do fato descrito na inicial. 13. Recurso Especial não provido. (STJ - REsp: 817557 ES 2006/0024108-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/12/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/02/2010)

### 5.3.3 Locação de Veículos

Os agentes públicos não podem adquirir carros para si com verba da administração, assim convencionam-se se uma alternativa a locação de carros para serem usados pelo agente público no exercício de suas funções, afora o desvio de finalidade, pois tais veículos são usados de forma indiscriminada como se estes pertencessem, a locação de veículos vem a ser um prato cheio para os que buscam obter vantagens dos recursos públicos. Além de se contratar empresas de laranjas para beneficiar amigos, familiares e aliados. Vejamos:

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA DEVIDAMENTE COMPROVADOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PERTINENTES À DISPENSA DE LICITAÇÃO. DOLO GERAL. DESNECESSIDADE DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Durante a instrução criminal ficou comprovado que o Apelante simulava contratos de locação de veículos com laranjas, e que em tais contratos o real beneficiário seria o seu sogro. 2.

Concernente à caracterização do ilícito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993, é dispensável a comprovação de que teria ocorrido prejuízo ao erário, sendo suficiente a ocorrência de dispensa irregular de licitação ou a não observação das formalidades legais, de igual forma não há necessidade de dolo específico para que o crime se configure. 3. Na espécie, o Apelante não formalizou nenhum procedimento de dispensa de licitação, bem como não expôs os motivos pelos quais deixou de fazê-lo. 4. Recurso conhecido e improvido.(TJ-PI - ACR: 201100010038700 PI , Relator: Des. Sebastião Ribeiro Martins, Data de Julgamento: 01/11/2011, 2a. Câmara Especializada Criminal)

Ainda neste sentido:

APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - TERCEIRO BENEFICIÁRIO - LEGITIMIDADE DE PARTE - LOCAÇÃO DE VEÍCULO POR VALOR CORRESPONDENTE À COMPRA DE DOIS CARROS ZERO KM - ATO QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DANO AO ERÁRIO CARACTERIZADO - NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO AOS COFRES PÚBLICOS. (TJ-MS - AC: 15064 MS 2007.015064-3, Relator: Des. Atapoã da Costa Feliz, Data de Julgamento: 14/08/2007, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 30/08/2007)

Desta forma resta caracterizado algumas das formas ilegais de se contratar usando de praticas que tendem a maquiara a ilegalidade, como se legal fosse. Podemos notar através das decisões judiciais que a justiça esta atenta e atuante para os casos aqui levantados, restando para nos cidadãos o dever de sermos fiscais das coisas publicas e ajudarmos no combate a corrupção que impera em nosso país em todas as camadas da administração pública.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização desta pesquisa propôs uma reflexão em torno da ilegalidade nos atos administrativos (contratos irregulares) configurando improbidade administrativa bem como sua aplicabilidade aos agentes políticos que estão agora sujeitos aos crimes de responsabilidade o que vai ocasionar grandes malefícios, haverá maior impunidade dos atos de corrupção se a decisão de afastar os agentes políticos da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa acontecer.

Assim, ao analisar o material utilizado, percebeu-se que a corrupção é, com certeza, um dos maiores males do Brasil e está associada à fragilidade dos padrões éticos e culturais da sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. Mas, enquanto a sociedade brasileira não amadurecer educacional e culturalmente, é gritante que o texto constitucional será enfraquecido pela conivência dos eleitores com a corrupção nas suas respostas dadas nas urnas eleitorais.

Sendo assim, é necessário que o Poder Judiciário não se envergue no combate à corrupção, a Constituição será frontalmente violada e a solução dos diversos problemas sociais enfrentados hoje pelo Brasil ficará cada vez mais distante, acarretando a falta de recursos públicos, impedindo a concretização das diretrizes constitucionais sociais, como se constata com as milhares de demandas individuais por remédios, internações hospitalares, vaga em creche e escola pública em face de um Estado ineficiente ocasionados pela má gestão da coisa pública. Portanto, esses agentes improbos não podem de forma alguma, deixar de serem responsabilizados pela Improbidade Administrativa, os brasileiros estariam mais uma vez sendo coniventes e estimuladores da corrupção.

Neste mesmo sentido verifica-se que o poder judiciário, tem que cada vez mais, ficar atento aos contratos celebrados pela administração pública e seus agentes políticos, afim de evitar cada vez mais a ocorrência de ilegalidades contratuais, principalmente por meio de licitações fraudulentas e a dispensa destas. Uma forma para a solução destes problemas é a de tornar 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, e ainda estabelecer o concurso público como única forma de provimento de vagas nas administrações.

Contudo, mediante todos os fatos apresentados, o presente estudo foi de muita importância para aprimorar os conhecimentos, contribuindo assim para uma melhor formação acadêmica. Logo, ao concluir este estudo é possível afirmar que os objetivos estabelecidos foram alcançados, sugerindo-se, entretanto, o desenvolvimento de novas pesquisas sobre a temática. De forma que possibilite um melhor preparo dos alunos de Direito, no que diz respeito à fiscalização enquanto cidadão, dos bens e práticas da administração pública.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

COSTA, José Armando da. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DE ARAUJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20 ed., São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 237.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUNIOR, J. Cretella . [Curso de Direito Administrativo](#) . 8ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

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

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

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Limite da Improbidade Administrativa. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. 62 STJ, REsp n 213.994-0/ MG, Rel. Min. Garcia Vieira, 1 T., DJ de 27.9.1999

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. MS 2007.015064-3, Relator: Des. Atapôã da Costa Feliz, Data de Julgamento: 14/08/2007, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 30/08/2007.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#). Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_.STJ - REsp: 817557 ES 2006/0024108-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/12/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/02/2010.

\_\_\_\_\_.TJ-PI - ACR: 201100010038700 PI , Relator: Des. Sebastião Ribeiro Martins, Data de Julgamento: 01/11/2011, 2a. Câmara Especializada Criminal.

\_\_\_\_\_.TJPR - 5ª c. Cível - AC 0385551-2 - Matinhos - Rel.: Des. Luiz Mateus de Lima - Unanime - J. 10.07.2007.

\_\_\_\_\_.TJ-PR - AP: 1020295 PR 0102029-5, Relator: José Laurindo de Souza Netto, Data de Julgamento: 04/02/2010, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 340.

\_\_\_\_\_.TJPR, Ap. Civ. 106817-1, Acórdão nº 21810, Apucarana, 1ª Câmara Cível, Relator Ulysses Lopes, DJPR 19/8/2002.

\_\_\_\_\_.TJPR, Ap. Civ. 421816-6, Acórdão nº 20281, Nova Esperança, 5ª Câmara Cível, Relator Rogério Ribas, DJPR 11/4/2008.

\_\_\_\_\_.TJ-SP - APL: 9111692072007826 SP 9111692-07.2007.8.26.0000, Relator: Rubens Rihl, Data de Julgamento: 15/06/2011, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/07/2011.

\_\_\_\_\_.TRF-5 - AC: 200481000240310 , Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 11/07/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 22/07/2013.