

A QUESTÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR FRAUDE À LICITAÇÃO.

Luciano Pinto de Freitas¹

RESUMO

O presente estudo problematiza a aplicabilidade da Lei Federal nº 8.429/1992, diploma regulamentador dos atos de improbidade administrativa. Busca-se nesse trabalho dar ênfase aos incisos VIII do artigo 10 da citada Lei que estabelece como ato de improbidade administrativa “frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”. Em razão do grande volume financeiro de riquezas administrado pelo Estado e pela necessidade de transparência no trato desses valores, editaram-se normas punitivas, como, por exemplo, a lei de improbidade administrativa, que prescreve sanções a agentes públicos mal intencionados que desviam e corrompem a máquina pública. É sabido que uma das formas mais utilizadas pelo agente público infrator consiste nas fraudes em licitações, especialmente o emprego de dispensas de forma irregular nos casos em que não se poderia empregá-la. Esse tema encanta, uma vez que sua finalidade é a de proteger os recursos do povo, especialmente naquilo em que a administração deveria ser mais transparente, nas licitações, ou seja, nas contratações que se destinam a obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Administração Pública. Agente Público. Dispensa de Licitação.

ABSTRACT

This study discusses the applicability of the Federal Law No. 8.429/1992 regulatory law of the acts of administrative misconduct. Search up this work to emphasize the uncertain in item VIII of Article 10 of the aforementioned Law establishing as an act of administrative impropriety "frustrate the legality of the bidding process or dismiss him unduly." Because of the large financial volume of wealth administered by the State and the need for transparency in dealing with these values, they were edited punitive standards, such as the law of improper conduct, which prescribes penalties malicious public officials who divert and corrupt public machine. It is known that one of the most used by the offending public official forms consists of fraud in tenders, especially the use of irregularly dispensations where you could not use it. This theme charms, since its purpose is to protect the resources of the people, especially in what the administration should be more transparent in bidding, or in contracts which are intended for works, services, purchases, sales, concessions, permits and leases.

Keywords: Administrative dishonesty. Public administration. Public agent. Bid Waiver.

1 INTRODUÇÃO

Para atingir os fins a que se destina, o Estado precisa se fazer presente no mundo fático através de pessoas físicas, que manifestam vontades em seu nome. São os agentes públicos, entendidos estes como os atores principais da atividade administrativa estatal.

¹ Servidor Público do Governo do Distrito Federal, graduado em Ciência da Computação, especialista em Perícia Digital, pela Universidade Católica de Brasília.

Dentre estes atores, merecem destaque os chamados agentes políticos, aqueles que ocupam os mais importantes postos na Administração Pública, desempenhando as funções de direção e gestão das atividades desempenhadas pelo Estado.

A corrupção se confunde com a própria história das instituições públicas do país, havendo se arraigado, inclusive, na cultura do povo brasileiro, num processo tendente a uma perigosa banalização. O rótulo de corrupto já é utilizado pela grande maioria das pessoas como adjetivo empregado à classe política. Não raro se escuta falar do assunto com certa naturalidade, denotando um ranço de conformismo, de passividade, explicável talvez pelo sentimento de impunidade que permeia a opinião pública.

A sociedade civil, como vítima principal dos males causados pela corrupção, necessita de mecanismos eficazes com os quais sejam combatidas as práticas atentatórias à probidade na Administração Pública que, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser tutelada de modo mais veemente no nosso ordenamento jurídico. Nas últimas três décadas, aumentou consideravelmente a preocupação pelo respeito com a coisa pública, de modo que têm surgido vários instrumentos que reprimem aqueles agentes malversadores do patrimônio público, mediante a aplicação de rigorosas sanções, das mais variadas naturezas.

Qualquer problematização referente a tão importantes instrumentos, que atuam como repressores da corrupção na esfera administrativa, guarda, por si só, extremada importância, principalmente quando envolve questões jurídicas que podem comprometer sua plena aplicabilidade e eficácia.

O foco do que será tratado está inserido no Capítulo II da Lei 8.429/92 (dos atos de improbidade administrativa), seção II (dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário). No inciso VIII do artigo 10 que estabelece como ato de improbidade administrativa, “frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”. O escopo da Lei de Improbidade Administrativa não é outro se não o combate à corrupção, ao enriquecimento ilícito, evitando o prejuízo ao erário e a violação dos princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). O tema apesar de já ventilado, surpreende quando se aproximam novas eleições municipais e ganha outra conotação após o Supremo

Tribunal Federal declarar constitucional a Lei da Ficha Limpa que passou a ter vigência a partir das eleições de 2012. A Lei prevê a proibição da candidatura de políticos condenados por um órgão colegiado da Justiça. Desta forma, ganha ainda mais força as condenações por improbidade administrativa do agente público.

Intenciona-se, ao final de tudo, que se chegue a conclusões objetivas, aguçadas por considerável grau de criticidade, levando-se em conta, evidentemente, as nuances jurídicas pertinentes ao tema, afim de que sejam estabelecidos os parâmetros através dos quais se dará a responsabilização dos detentores dos destinos da nação pelo cometimento de condutas ensejadoras de improbidades administrativas. Em outras palavras, o que se pretende é determinar de que modo a classe política brasileira pode ser efetivamente responsabilizada pela prática da corrupção, em suas variadas formas, sempre com base no anseio social de que tais condutas sejam reprimidas e erradicadas de uma vez por todas do cenário político nacional.

2 ASPECTOS GERAIS DA LEI Nº 8.429/1992

Impõe-se, de início, que se proceda a uma breve análise do que seja improbidade administrativa, para melhor compreensão do tema sobre o qual se irá debruçar no presente trabalho.

2.1 Conceito de Improbidade Administrativa

O dicionário Aurélio (1986, p. 986) define *probidade* como honestidade, integridade, retidão de caráter. O probito atua mediante a prática de condutas pautadas pela boa-fé, pela lealdade. Na Administração Pública, probidade significa uma atuação bem intencionada do agente público, obedecendo a princípios éticos e morais. Quando se pensa em probidade, a ideia central e mais importante que se deve ter em mente é a de *honestidade*, que deve ser a tônica de toda e qualquer atividade administrativa.

A *contrario sensu*, chega-se à definição de improbidade administrativa, que é exatamente o desatendimento a esses preceitos norteadores do conceito de probidade.

FREITAS, L. P. A questão da improbidade administrativa por fraude à licitação. **ÂNIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n°.15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119

Trata-se da desonestidade no atuar do agente público, o qual pratica expedientes que acabam por desvirtuar a função pública, desrespeitando os princípios gerais do direito administrativo. O ato de improbidade representa um maltrato com a coisa pública, uma infidelidade, um agir mal intencionado.

Nessa toada, destacamos a lição do professor Wallace Paiva Martins Junior (2011, p. 113):

Improbidade Administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os valores do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública.

Interessante também registrar o conceito de improbidade administrativa dado pelo professor Marino Pazzaglini Filho (1998, p. 35):

[...] é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que sob diversas formas promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas, a expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo „tráfico de influência“ nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

São muitas as condutas que se enquadram no conceito de improbidade administrativa: desde as menos complexas, como a negligência num determinado serviço público ou a leniência do agente público face a certas irregularidades, às mais gravosas (e comuns) de que é exemplo a aquisição de vantagens patrimoniais indevidas (enriquecimento ilícito) que pode se dar através do desvio de verbas ou equipamentos públicos em benefício próprio ou de terceiros.

É necessário ter em mente que a ideia de improbidade administrativa está intrinsecamente ligada ao desrespeito aos princípios norteadores da Administração

Pública. O princípio da moralidade, sem dúvidas, é o que guarda as mais estreitas relações com a atividade administrativa proba.

José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 18) nos ensina que:

[...] o princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

Na mesma linha o professor Eurico Neto, ao preceituar que “a moralidade administrativa traduz a ideia de ética na conduta do administrador público, impõe que a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito” (2005, p. 35).

Arrematamos o raciocínio com a brilhante lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 191), atual presidente do Supremo Tribunal Federal, que, com maestria, preceitua o seguinte:

A moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que se espraia num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo.

[...]

A moralidade administrativa legitima o comportamento da Administração Pública, elaborada como ela é por Direito nascido do próprio povo. Por isso, é o acatamento da moralidade administrativa, como princípio de Direito, que dota o sistema de legitimidade, o que se estende à qualificação legítima do Poder do Estado. O que se põe em foco, quando se cuida de moralidade administrativa, é a confiança do povo no Poder institucionalizado e a legitimidade de seu desempenho quanto à gestão da coisa pública. „O maior interessado na moralidade administrativa é, permanentemente, o povo de um Estado“. Poucos princípios jurídicos dependem mais e tão diretamente da participação e da afirmação popular permanente, em sua elaboração, em sua formalização justa, em sua aplicação e em sua garantia do que o da moralidade administrativa.

Veja-se, assim, que a moralidade administrativa nada mais é do que o respeito aos preceitos básicos de ética e honestidade a serem observados no trato com a coisa pública. Não é difícil, portanto, demonstrar a relação que existe entre a prática de um ato improbo e a lesão ou desrespeito à moralidade administrativa.

Sobre este tocante, impende recordar que probidade e moralidade são conceitos muito próximos. Ambas as expressões estão consignadas no texto constitucional.

Autores há que entendem ser a probidade figura mais ampla que a moralidade². Há entendimentos, todavia, no sentido de ser a moralidade administrativa gênero do qual a probidade é espécie, posição defendida por Marcelo Figueiredo (2004, p. 23), para quem “a improbidade administrativa seria a imoralidade administrativa qualificada, ou seja, a improbidade é exatamente aquele campo específico de punição, de sancionamento da conduta de todos aqueles que violam a moralidade administrativa” haja vista a moralidade haver sido mencionada como princípio no texto constitucional (art. 37, *caput*) e a improbidade como lesão àquele princípio (art. 37, §4º).

Por outro lado, em todas as condutas ditas improbas, sempre há um desvirtuamento da função pública, de modo que as regras para o seu exercício deixam de ser observadas. É cediço que o princípio da legalidade, na esfera administrativa, adquire uma conotação distinta daquela insculpida no art. 5º, II da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Inobstante, no direito administrativo não há essa “liberdade”, vez que o administrador só pode fazer o que a lei autoriza e determina. Nessa seara, a lei dá o parâmetro exato de atuação do administrador, como destaca a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 81):

A submissão do agir à lei, condição da convivência, de imemorial concepção no processo civilizatório e essência do princípio da legalidade, é de todos exigida, quando e apenas se determinada conduta ou inação estiverem nela prescritas, pois a regra geral para as pessoas em sociedade é a liberdade de ação. Todavia, a submissão do agir do Estado à lei é sempre e onimodamente exigida, pois o Poder Público não pode atuar, sob hipótese alguma, contra ou *praeter legem*, obrigando-se à ação legalmente vinculada. [...] Esta é a razão de ser, o Estado de Direito, uma dádiva do princípio da legalidade, por definição, aquele que se submete às suas próprias leis, daí a expressão consagrada de Duguit, “suporta a lei que fizeste” (*legem patere quam fecisti*), que enuncia, em síntese, este princípio, uma vez que, ao declarar o Direito, o Estado se autolimita, assegurando à sociedade, que o criou e o mantém para organizá-la e dirigi-la, a preciosa dádiva da certeza jurídica. Com relação aos administrados, o princípio atua como uma reserva legal absoluta, à qual está adstrito todo o Estado, por quaisquer de seus entes, órgãos e agentes, mesmo delegados, de só agir quando exista uma lei que a isso o determine, tal como se contém no princípio geral expresso no art. 5º, II, da Constituição.

² É a posição defendida por Emerson Garcia, para quem “a improbidade não está sobreposta à imoralidade, tratando-se de conceito mais amplo que abarca não só componentes morais como também os demais princípios regentes da atividade Estatal” (GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010, p. 132.)

Como preleciona Seabra Fagundes (2006, p. 115)

Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo.

É, pois, fácil perceber que na medida em que o agente público pratica um ato de improbidade, ele descumpre a função pública a qual lhe foi atribuída e, ao mesmo tempo, desrespeita os parâmetros do exercício dessa função, o que significa uma violação a ordem jurídica, ferindo-se de morte o princípio da legalidade administrativa, estampado no *caput* do art. 37 da Carta Magna.

2.2 Prejuízo ao Erário

Nos termos do artigo 10 do diploma *in comento*:

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

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

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

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

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

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

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

- VII** - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
- VIII** - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;
- IX** - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
- X** - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;
- XI** - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
- XII** - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
- XIII** - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
- XIV** - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;
- XV** - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Aqui, mais uma vez, tem-se conduta genérica descrita no *caput*, que agora se segue de quinze incisos os quais elencam um rol exemplificativo de atos de improbidade. Importante observar que se houver a prática de conduta que importe lesão ao erário, mesmo que não descrita em nenhum dos incisos do art. 10, haverá a subsunção do ato à lei de improbidade.

Nota-se que, ao fazer menção a “erário”, o legislador não está se referindo apenas ao tesouro, este entendido como o montante total de recursos financeiros do ente público. Em verdade, a acepção que se deve apreender do termo erário, utilizado na norma, abrange o conceito de patrimônio público, muito mais amplo do que o (conceito) de tesouro, compreendendo-se todas as pessoas referidas no art. 1º da lei.

Para a configuração deste ato de improbidade em espécie, exige-se, obviamente, a ocorrência de efetivo prejuízo ao erário, pouco importando se houve enriquecimento ilícito ou não por parte do agente. É necessário que tenha havido uma perda patrimonial, uma redução no patrimônio, seja no que diz respeito a valores, seja no que atine a bens.

Diferentemente do que ocorre no enriquecimento ilícito, aqui o elemento subjetivo pode ser tanto o dolo quanto a culpa, conforme deixa claro o texto legal. Entretanto, não se admite modalidade tentada. Um detalhe que importa atenção é o fato

FREITAS, L. P. A questão da improbidade administrativa por fraude à licitação. **ÂNIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n°.15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119

de se admitir, para a configuração do ilícito, condutas tanto comissivas quanto omissivas, o que não ocorre no enriquecimento ilícito.

2.3 Sujeito Passivo

O artigo 1º da Lei 8.429/92 indica as entidades que podem ser atingidas por atos de improbidade administrativa:

[...] a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual.

Já o Parágrafo Único do mesmo dispositivo, contempla:

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 com 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.

Como se compreende do texto legal, o sujeito passivo imediato é a pessoa jurídica atingida pelo ato, que abrange as pessoas jurídicas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), os órgãos dos três poderes do Estado; a administração direta, indireta que compreende autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as empresas ou entidades cuja criação o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, e por fim empresas ou entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público e empresa incorporada ao patrimônio público.

Nesta última modalidade, segundo Di Pietro (2010, p. 827-828):

Podem ser incluídas as entidades do tipo dos serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Sesc e outras semelhantes), as chamadas organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e qualquer outro tipo de entidade criada ou mantida com recursos públicos. Nesse caso, o dispositivo é claro ao limitar a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. O que ultrapassar o montante da contribuição dos cofres públicos, a

entidade terá de pleitear por outra via que não a ação de que trata a lei de improbidade administrativa.

Observa-se que na lei de improbidade de um lado o que se pretende é a aplicação das sanções e de outro o ressarcimento do erário.

2.4 Sujeito Ativo

De acordo com a Lei 8.429/92 em seu art. 1º, qualquer agente público que pratica atos de improbidade está sujeito às sanções previstas nessa Lei, o objetivo da Lei 8.429/92 é justamente combater os atos praticados pelos agentes públicos, que para Meirelles (2006, p. 75) considera-se “todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”.

Estes agentes que lesionaram o patrimônio público, que agiram com conduta ímproba no desenvolvimento de suas funções ou atividades, devem, segundo a Lei, serem responsabilizados.

Ainda segundo Mello (2007, p. 241), os agentes públicos se dividem em três grupos: “a) agentes políticos; b) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público”.

É importante citar que a abrangência de agente público consoante as disposições da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 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.

O legislador teve o cuidado de ampliar o conceito de agente público, de forma a abranger um número considerável de pessoas. “Com se verifica por esse dispositivo, não é preciso ser servidor público, com vínculo empregatício, para enquadrar-se como

sujeito ativo de improbidade administrativa. Qualquer pessoa que preste serviço ao Estado é agente público [...]” (DI PIETRO, 2010, p. 828).

Ainda Di Pietro (2010, p. 828) classifica agente público em três modalidades:

(a) (os **agentes políticos** (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal. Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios); (b) os **servidores públicos** (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado); (c) os **militares** (que também têm vínculo estatutário, embora referidos na Constituição fora da seção referente aos serviços públicos); e (d) os **particulares em colaboração com o Poder Público** (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente). Quanto aos servidores públicos, todas as categorias estão incluídas, independentemente de ocuparem cargos efetivos, em comissão ou vitalícios, funções ou empregos públicos, seja o regime estatutário ou contratual, seja a função permanente ou transitória, seja qual for a forma de provimento. Os membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas incluem-se também como sujeitos ativos, sejam eles considerados servidores públicos, como querem alguns, ou agentes políticos, como preferem outros. De uma forma ou de outra, podem ser sujeitos ativos de atos de improbidade, consoante conceito amplo que decorre do artigo 2º da lei. O fato de gozarem de vitaliciedade não impede a aplicação das sanções previstas na lei, inclusive a de perda do cargo, já que uma das hipóteses de perda do cargo, para os servidores vitalícios, é a que decorre de sentença transitada em julgado (art. 95, I, e 128, § 5º, II, d, da Constituição). (grifo do autor)

Importante destacar que independentemente da modalidade em que o agente se enquadre, responderá por eventuais prejuízos ao erário frente a legislação de improbidade administrativa.

3 PROCESSO LICITATÓRIO E SUA DISPENSA

A licitação no Brasil é regulada pela Lei 8.666/93, bastante criticada a referida lei encontra-se em muitos aspectos obsoleta, especialmente em relação aos limites financeiros de cada modalidade de licitação, bem como para as compras diretas para aquisição de serviços de engenharia cujo limite ainda é de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para serviços e compras.

O poder de compra nos dias atuais é diferente do que há vinte três anos. Portanto, não acompanha a realidade, e onera-se mais o erário por realizar licitação para aquisição ou contratação de serviços de ínfimo valor, do que custa o real valor do bem ou do serviço. Entretanto, como esclarece Harger:

Ao contrário dos particulares, que podem de forma livre, a Administração Pública direta e indireta está sujeita à realização do certame licitatório para contratações em geral, compras, prestações de serviços e alienações de seus bens, outorga de concessão ou permissão de serviço público. A obrigação de licitar foi consolidada pelo art. 372, inciso XXI, da CRFB/1988. (2008, p. 187).

A regra, portanto, é a licitação pública, a exceção é a sua dispensa. Para justamente coibir a livre discricionariedade do agente público, a licitação é uma forma de transparência, de oportunizar a todos os interessados em contratar com a administração pública, não um privilégio para poucos, embora muitos caminhos e ajustes sejam feitos para burlar a sua obrigatoriedade. O constituinte de forma clara estabeleceu a obrigatoriedade da licitação pública no seu artigo 37, XXI, prevê citado dispositivo embora de forma estranha a ressalva, ou a exceção a regra que é justamente a exceção, ou seja, a contratação direta. As hipóteses de contratação direta são a inexigibilidade e a dispensa. Para Harger *apud* Adilson Abreu Dellari (2008, p. 220-221):

[...] são três os princípios que sustentam a contratação direta. O primeiro princípio trata-se da impossibilidade material, pelo qual a licitação seria inexigível para os casos em que a singularidade do objeto tornasse a realização de licitação materialmente impossível. Este princípio permite a contratação direta através de procedimento formal de inexigibilidade de licitação e seus casos estão previstos no art. 25 da Lei 8.666/93. O segundo [...] consiste no *princípio da impossibilidade jurídica* através do qual “o confronto dos interesses em jogo pudesse resultar em ofensa aos princípios fundamentais do regime jurídico administrativo: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade dos interesses públicos”. Estão incluídos nesta categoria os casos previstos no art. 24 da Lei nº 8.666/93, notadamente nos incisos III, IV, VI, e IX, que permitem a dispensa de licitação em casos de guerra, segurança nacional, calamidade pública, emergência, manutenção da ordem pública e da segurança nacional. [...] O terceiro princípio, consiste no *princípio da conveniência administrativa*, sendo que está fundamentado na legitimidade dos atos da Administração Pública. Em função deste princípio, haveria

dispensa do certame licitatório nos casos de contratação de pequeno vulto, nos casos de complementação ou remanescente de obra ou serviços, relevante interesse social, ou, ainda, na padronização dos equipamentos. Estes casos têm previsão nos incisos V, VII, e X a XXIV, todos do art. 24 da Lei nº 8.666/93, que são aqueles em que a Administração Pública pode, mas se não for conveniente, oportuno ou mesmo necessário, não precisará realizar processo licitatório. Significa dizer que consiste em faculdade do ente administrativo que deverá resolver, pautado pela consecução do interesse público, se realiza, ou não, a licitação.

A lei 8.666/93 prescreve no seu artigo 25 as hipóteses de inexigibilidade e no artigo 17 as hipóteses em que a licitação pode ser *dispensada*, (para alienações de bens da Administração Pública em geral, locações e concessão de uso), *ainda* no artigo 24 as hipóteses em que ela é *dispensável*, para a primeira (inexigibilidade) o rol é exemplificativo, para a dispensa as hipóteses são taxativas, ou seja, não admitem outras proposições.

Para Di Pietro (2010, p.365) a diferença básica entre dispensa e inexigibilidade está na possibilidade de competição. Ou seja, na dispensa efetivamente existe competição que justificaria a licitação. Contudo, por discricionariedade da Administração a licitação é dispensada. Já na hipótese de inexigibilidade sequer existe possibilidade de competição, quer seja pela existência de um único objeto, quer pela existência de uma única pessoa que atenda as necessidades da Administração, o que tornaria a licitação inviável. Um exemplo de objeto único seria a necessidade de ampliação de algum prédio da Administração em que exista apenas um único imóvel confrontante. Já a possibilidade pessoal diz respeito de característica técnica específica. Uma obra composta por autor renomado jamais poderia ser substituída por outra, em que pese o renome daquele.

É sabido que uma das formas mais utilizadas pelo agente público mal intencionado é a fraude na licitação, especialmente o emprego de dispensas de forma equivocada, sua finalidade é a de proteger os recursos do povo, especialmente naquilo em que a administração deveria ser mais transparente, nas licitações, ou seja, nas contratações que se destinam a obras, serviços, compras, alienações, concessões,

permissões e locações. A Lei 8.429/92, em específico, trata da responsabilidade dos agentes públicos com a administração dos recursos.

3.1 Dispensa de Licitação Pública

Primeiramente, é necessário observar que a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, Lei nº 8.666/1993, determina que o administrador sempre explique a contratação sem licitação.

O princípio da obrigatoriedade da licitação pública determina que todos os destinatários do Estatuto das Licitações e Contratos da Administração Pública realizem primeiro o procedimento para em seguida contratarem obras e serviços. Entretanto, a lei não poderia esquecer-se de excetuar determinadas hipóteses que, pela sua peculiaridade, não se conciliam com o rito e a morosidade do procedimento licitatório.

3.2 Inexigibilidade de Licitação Pública

A inexigibilidade de licitação pública deriva da inviabilidade de competição, tendo em vista a particularidade do objeto ou do ofertante, ou, até mesmo, por ausência de pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação pública não levados em consideração no arrolamento das hipóteses de licitação dispensável. De acordo com Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 139):

A licitação pública é processo seletivo, mediante o qual a Administração Pública oferece igualdade de oportunidades a todos os que com ela queiram contratar, preservando a equidade no trato do interesse público, tudo a fim de cotejar propostas para escolher uma ou algumas delas que lhe sejam as mais vantajosas. Na qualidade de processo seletivo em que se procede ao cotejo de propostas, a licitação pública pressupõe a viabilidade da competição, da disputa. Se não houver viabilidade de competição, por corolário, não haverá licitação pública, revelando os casos denominados de *inexigibilidade*. Essa, aliás, é a exata dicção do *caput* do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, cujo teor indica que ‘é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...]’.

Foram diversos diplomas legais que edificaram a regulamentação do procedimento licitatório em face dos órgãos que compõe a Administração Pública. A

União, Estados, Municípios, Distrito Federal e as entidades que compõe a Administração indireta, como anteriormente tratado nesse estudo, deverão sujeitar-se a aplicação dessas normas gerais tocante às licitações e contratos. Do mesmo modo, nenhum ente da Administração Pública poderá legislar sobre normas gerais, estando adstrito às determinações da Constituição Federal, sob pena de declaração de inconstitucionalidade.

Nessa mirada, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 388) assevera que “nos casos de *inexigibilidade*, não há possibilidade de competição, porque só existe *um objeto* ou *uma pessoa* que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”.

A inexigibilidade de licitação caracteriza-se, portanto, pela impossibilidade de licitar por não existirem produtos ou bens que apresentam aspectos aproximados e que, indeterminadamente, possam atender ao interesse público, ou por não existir pluralidade de particulares que possuem capacidade para saciar o fornecimento de bens e serviços.

3.3 A Improbidade Administrativa por Fraude a Licitação

Dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92), destacou-se neste trabalho o inciso VIII “frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”.

Como já dito, a licitação pela sua importância e por movimentar dinheiro público acaba sendo uma das formas de que os agentes públicos desonestos utilizam-se para enganar e abortar a sua legitimidade.

Fazzio Júnior (2008, p. 140-141) esclarece:

[...] o universo das licitações é, precisamente, o sítio onde vicejam as mais lesivas práticas ímprobas e se nega, rotineiramente, os princípios constitucionais da Administração. [...] Frustrando ou fraudando licitação, o agente público também pratica crimes licitatórios, sujeitando-se ao respectivo processo penal, independentemente de responder pelo ato de improbidade, em ação civil. Os procedimentos licitatórios são promovidos e fiscalizados por comissão constituída para esse fim, de sorte que os delitos em tela ou são atribuíveis aos membros daquele colegiado ou a competidor. Contudo, não há qualquer estorvo a que outros agentes públicos, notadamente de hierarquia superior, influenciem o procedimento e, como co-autor direto ou autor

mediato, cometa alguns desses crimes. De tal arte que, ao fraudar licitação ou, simplesmente, dispensá-la indevidamente, o agente público, além de incorrer no ato de improbidade administrativa, também realiza tipo penal específico. Faz jus à dupla sanção.

O inciso VIII do artigo 10 da Lei 8.429/92, no seu escopo apresenta dois verbos, portanto, duas ações distintas, a frustração da licitude do processo licitatório e dispensa indevida da respectiva licitação.

Pazzaglini Filho (2002, p. 84) faz essa distinção:

Frustrar a legalidade da licitação significa fraudar, burlar, tornar inútil o procedimento licitatório, mais especificamente, o caráter competitivo da licitação. Dispensar indevidamente a licitação quer dizer deixar de promovê-la fora das hipóteses excepcionais previstas na legislação.

O que fica muito claro é que embora a lei permita os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, estes devem ser utilizados como exceção à regra e com fundamento, ou seja, respeitar as publicações e fundamentar as causas de dispensa ou de inexigibilidade para que o auditor ou qualquer cidadão que vier a ter conhecimento deste procedimento ao analisar as razões do enquadramento tanto na dispensa (arts. 17 e 24), como de inexigibilidade (art. 25) compreenda que realmente não havia outro caminho que não o da exceção. Fazzio Júnior (2008, p. 140) complementa que independente de o agente público frustrar ou fraudar a licitação, ele estará praticando um crime licitatório sujeito ao competente processo penal, administrativo e civil.

Portanto, exemplificando as inúmeras possibilidades, quando o agente público favorece, não da publicidade devida, inibe a competição ou não proporciona a igualdade entre os participantes, este comete ato de improbidade administrativa, pois, está frustrando o processo licitatório. E quando dispensa fora das hipóteses legais, está-se diante da dispensa indevida outra conduta que o inciso prevê. Toda exceção deve ser fundamentada, ou seja, quando se dispensa a licitação há de se ter um bom argumento, devidamente formalizado, além, é claro, de se respeitar a legislação. Destarte, já se mencionou neste trabalho inúmeras vezes que a licitação é a regra e a excepcionalidade a sua dispensa.

“Quando se trata da fraude, de forma geral, os expedientes vão desde a pura e simples troca de envelopes de propostas até a realização de

negócio superestimado, com posterior realização de uma licitação meramente teatral à base de cartas-convites encomendadas”. (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 144).

O ato ímprobo em frustrar a licitude de processo licitatório, ou dispensá-lo indevidamente, incide, pois, no agente público deixar de aplicar conscientemente os princípios que regem a Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade.

A responsabilidade do agente público pelo ato de improbidade pertence à esfera civil, e sua punição independe da esfera penal. No caso específico dos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, o art. 12, inciso II estabelece:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:
I- (...)
II- na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos;

Nos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário é necessária a efetivação do dano, pois só assim poderá haver a punição que é a reparação do dano causado. Destaca Fazzio Júnior (2008), que o superfaturamento e os chamados serviços fantasmas, onde se contrata uma empresa e ela nada executa, além da contratação de obra já concluída, também são formas de fraudar a licitação. Há os vícios do edital do certame licitatório, para o qual alerta Fazzio Júnior (2008, p. 150):

Documento fundamental para o certame, o edital não pode ser direcionado. Suas cláusulas não devem reduzir ou minimizar a disputa, por meio de artifícios distintivos, sem o risco de transformar o procedimento licitatório numa liturgia sem sentido. Deve, pois, ser claro e preciso, sem ser minudente ou excessivo.

Neste sentido, o desvirtuamento nas atividades do agente público que tem o dever resguardar o erário, que permite ou colabora para que terceiro se beneficie e posteriormente cause dano ao erário, é esse o indivíduo que a Lei 8.429/92, quer punir.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 8.429/92 pune a má conduta do agente público, especialmente pelo fato de que a referida Lei alargou as ilicitudes cometidas pelos agentes públicos, que deveriam ter o dever de probidade, de honestidade com o patrimônio público, materializou o que a Constituição Federal de 1988 já previu em seu artigo 37, § 4º, ou seja, o caráter sancionador dos atos de improbidade administrativa.

O que a Lei visa combater é a repercussão desses atos na sociedade. Por se tratar de um problema não só da Administração Pública, mas de toda a sociedade, e que por muito tempo a sociedade não observou punição alguma contra aos agentes público, com o advento da Lei de Improbidade Administrativa em junho de 1992, vislumbrou-se a tão sonhada punição aos maus administradores públicos em especial.

Nesse escopo é preciso combater de forma severa quem por natureza deveria ter o dever de exercer a função pública com objetivos públicos e não particulares. Dentre as hipóteses de atos de improbidade administrativa lesivos ao erário, o artigo 10 da Lei 8.429/92 destaca a frustração à licitude de processo licitatório ou a dispensa indevida, encartada no inciso VIII.

Assim, o administrador público só deve realmente utilizar-se da contratação direta, ou seja, da dispensa de licitação, quando esta realmente se justifique. Essas exceções estão dispostas nos artigos 17 e 24 da Lei 8.666/93, nos casos de dispensa, e no artigo 24, nos casos de inexigibilidade.

Pois, como já mencionado, a licitação é a regra, já que o que se busca com ela é a melhor proposta, orientada pela competição, com regras isonômicas. Na dúvida em realizar a contratação direta, deve-se sempre optar por licitar.

A frustração na licitude do processo licitatório ou a sua dispensa indevida caracteriza ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário. Pois, as regras são claras e qualquer desvirtuamento do agente público, no sentido de determinar fornecedor, restringir o edital, inabilitar indevidamente empresa, habilitar empresa inidônea ou dispensar indevidamente o processo licitatório fora dos casos legais previstos são atos de improbidade que atentam ao inciso VIII já citado.

Esses são alguns dos inúmeros ilícitos licitatórios que devem ser combatidos e punidos com rigor através da Lei de Improbidade Administrativa. Importante sempre verificarmos que a Lei não busca em nenhum momento punir injustificadamente, tão pouco burocratizar o dia-a-dia do administrador. Sua principal função é dar transparência aos atos públicos. Apontar claramente licitudes no uso da coisa pública. Em que pese a Lei tratar de atos de improbidade, é importante termos em mente que o objetivo é maior. Qual seja: conferir credibilidade aos atos praticados de forma idônea e transparentes.

Certo é que qualquer agente ou administrador público, seja ele licitante ou não, tem, ou deveria ter, como meta que seus atos sejam sempre pautados na ética e legalidade. Assim, as ferramentas apresentadas pela legislação a fim de proteger os atos de probidade (justamente aplicando sanções para os atos de improbidade), como, por exemplo, os presentes em procedimentos licitatórios, devem ser vistos com bons olhos pela sociedade.

FREITAS, L. P. A questão da improbidade administrativa por fraude à licitação. **ÂNIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n°.15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 105.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 18.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FAGUNDES. M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 115.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 986.

FIGUEIREDO, Marcelo, **Probidade Administrativa**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 113.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81 e 82.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev, e ampl. - Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FREITAS, L. P. A questão da improbidade administrativa por fraude à licitação. **ÂNIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n°.15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119

PAZZAGLINI FILHO, Marino, e outros. **Improbidade administrativa – aspectos jurídicos de defesa do patrimônio público**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 35.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 84.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191.