

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

GRACIELLE ADOLFO DA MATTA

**A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS E OS
ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FRAUDES
NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS**

**GUARAPARI - ES
2019**

GRACIELLE ADOLFO DA MATTA
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

**A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS E OS
ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FRAUDES
NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. M.a Kélvia Faria Ferreira

GUARAPARI - ES
2019

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: A responsabilidade dos agentes públicos e os atos de improbidade administrativa em fraudes nos procedimentos licitatórios, elaborado pelo aluno Gracielle Adolfo da Matta foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Guarapari, ___ de _____ 2019.

Prof. M. a Kélvia Faria Ferreira
Faculdades Doctum de Guarapari

Marina Mutiz de Sá
Faculdades Doctum de Guarapari

Ricardo Antônio Zany
Faculdades Doctum de Guarapari

A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS E OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FRAUDES NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

Gracielle Adolfo da Matta¹

Kelvia Faria Ferreira²

RESUMO

Os agentes públicos são os grandes responsáveis pela execução dos serviços estatais e pelo cumprimento das atribuições legais nas quais a Administração Pública se vincula. São os agentes os principais responsáveis, nesse sentido, pelo andamento das demandas burocráticas, dentre elas a realização de licitações. Não raramente se observa o cometimento de fraudes nesses processos que acarretam sérios prejuízos à Administração. Para coibir tais práticas um dos mecanismos normativos criados foi a Lei 8.429 de 1992 conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. Esse normativo pode ser aplicado a essas práticas visando prevenir e reprimir tais condutas. A realização deste artigo teve o propósito de estudar esse fenômeno visando compreender como a responsabilização por essas condutas se dá no bojo da Lei de Improbidade. Para tanto, buscou-se apresentar os conceitos mais relevantes relacionados ao processo licitatório bem como aos agentes públicos e o cometimento de atos ímprobos. Para realização da pesquisa a metodologia escolhida foi a descritiva, analisando o disposto em doutrina e artigos encontrados na web. Pode-se verificar que a aplicação da lei em comento poderá se dar nas três hipóteses previstas, quais sejam no enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação de princípios que regem a Administração Pública.

Palavras-chave: Licitação. Improbidade Administrativa. Agentes públicos. Fraude.

1 INTRODUÇÃO

O Estado possui uma série de importantes atribuições que são necessárias ao atendimento dos anseios sociais. Para tanto, é fundamental que a Administração Pública disponha de uma máquina composta por contingente humano e material suficiente para o desempenho das atividades burocráticas de acordo com o que dispõe a lei. São os agentes públicos os responsáveis por tornarem dinâmicas as atividades estatais, dando viabilidade aos processos inerentes ao seu funcionamento.

¹ Graduando em direito. E-mail: gracielledamatta@hotmail.com.

² Mestra em Direito. E-mail: kelviaafria@hotmail.com.

Nessa perspectiva, é possível verificar que a Administração carece de serviços e produtos para materializar as ações necessárias ao cumprimento de seus deveres. Para tanto, criou-se o mecanismo das licitações, pelo qual o Estado pode escolher a melhor opção para o propósito tal qual estabeleceu-se no processo licitatório. Por outra via, os agentes públicos que atuam no aparelho estatal nem sempre agem de acordo com a moral e a ética, desobedecendo aos preceitos normativos. Quando isso ocorre, há uma quebra da normalidade nas atividades administrativas gerando práticas ímprobas. Essa quebra afeta, muitas vezes, o processo licitatório por meio de fraudes que visam beneficiar um indivíduo ou um grupo desses em detrimento do interesse público.

Visando coibir essas práticas tem-se estabelecido instrumentos jurídicos para prevenir e reprimir essas práticas. Uma alternativa foi a Lei de Improbidade administrativa – Lei 8.429 de 1992. Essa lei prevê uma série de sanções aplicáveis a esse tipo de conduta desvirtuada dos padrões aceitos pela sociedade.

É possível inferir, portanto, que nem sempre as condutas dos agentes públicos vão na direção do interesse público. Muitas dessas condutas ímprobas acabam afetando o processo licitatório e gerando diversos prejuízos à sociedade enquanto os agentes públicos e terceiros são beneficiados. Daí surge a necessidade de se compreender melhor esse fenômeno. O desenvolvimento deste artigo justifica-se pela importância que tal conduta tem para o meio social e para o cenário jurídico.

Mediante o exposto, pode-se estabelecer o seguinte questionamento: qual a responsabilidade dos agentes públicos quanto ao cometimento de atos de improbidade administrativa em fraudes nos procedimentos licitatórios e quais os mecanismos normativos relacionados?

Neste sentido, objetiva-se compreender as condutas ímprobas dos agentes públicos na fraude de licitações e os reflexos relacionados ao que dispõe a Lei de Improbidade Administrativa.

O primeiro capítulo deste trabalho teve o objetivo de conceituar e compreender as características das modalidades de agentes públicos, para que se possa alcançar um entendimento mais amplo dos sujeitos ativos que podem praticar os atos de improbidade.

O segundo capítulo teve o propósito de conhecer as peculiaridades da improbidade administrativa de modo a conhecer e aprofundar as características do

fenômeno e assim delimitar de maneira mais clara os reflexos das práticas ímprobas para o ordenamento jurídico.

Finalmente, buscou-se no terceiro capítulo definir a responsabilidade dos agentes públicos pelo cometimento de atos de improbidade administrativa mediante atos de fraude em licitações públicas, visando compreender melhor os cenários relacionadas a essa conduta.

Para o desenvolvimento do artigo a metodologia empregada foi a descritiva por meio da seleção de diversas publicações que abordam a temática, sendo escolhidos livros e artigos. O método empregado foi o da revisão literária, utilizando-se a web para a escolha dos materiais utilizando livros disponíveis em acervos próprio e institucionais. Para a pesquisa da temática utilizou-se as seguintes palavras chave: Licitação; Improbidade Administrativa; Agentes públicos; Fraude.

2 AGENTES PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A atual conjuntura que envolve o serviço público brasileiro tem demonstrado a fragilidade dos sistemas de controle estatais, manifestando uma série de falhas que reduzem a confiança da população na prestação dos serviços públicos. Fato é que os grandes atores do aparelho estatal são os agentes públicos, e esses têm o dever de cumprir suas atribuições respeitando os princípios que regem o Direito Administrativo, sejam eles constitucionalmente explícitos ou não. Nesse sentido, a atuação do ente público muitas vezes envolve no liame jurídico outros indivíduos externos à Administração, é o caso dos procedimentos licitatórios.

Os procedimentos licitatórios existem para que haja um suprimento das demandas da Administração relativas aos bens ou serviços de particulares, através da assinatura de contratos administrativos. Ocorre que esse acaba sendo um dos meios mais comuns para o cometimento de práticas ilícitas em que os agentes públicos utilizam-se desse procedimento administrativo para o benefício próprio. Essas condutas além de configurarem infrações administrativas e penais podem ser consideradas como atos de improbidade administrativa (CARVALHO FILHO, 2017).

O presente capítulo tem o propósito de abordar as principais definições relacionadas aos agentes públicos, de maneira a contextualizar a temática, possibilitando o estabelecimento de um conhecimento inicial de relevância para

compreensão das propostas seguintes, já que são os agentes públicos os principais sujeitos do cometimento dos atos de improbidade no procedimento licitatório.

É importante, antes de tudo, que se busque definir o termo correto a ser empregado quanto à definição daquele que ocupa determinado cargo público, bem como do vínculo jurídico estabelecido por esse com a Administração Pública. A terminologia Servidor Público, quando utilizada de maneira ampla, abarca todos aqueles indivíduos que, por meio de vínculo empregatício, laboram em favor do Estado e das entidades públicas pertencentes à Administração Pública Indireta, tendo como contraprestação uma remuneração definida por lei (FREIRE, 2012).

De maneira geral, os agentes públicos passaram a ser classificados em diferentes espécies: agentes políticos, servidores públicos em sentido estrito, empregados públicos, militares, contratados temporariamente e os particulares que contribuem com o Poder Público. Cada espécie do gênero agentes públicos possui peculiaridades, tendo em vista que a própria legislação aborda de diferentes formas as suas atribuições e competências.

2.1 Agentes políticos

Parte da doutrina defende que os agentes políticos são aqueles indivíduos que compõem o primeiro escalão do governo. Esses são nomeados, eleitos, delegados, designados ou investidos para exercerem funções em cargos que tenham suas atribuições definidas constitucionalmente. Nessa definição estão incluídos os chefes dos três poderes de todas as esferas administrativas e aqueles que o auxiliam diretamente. Além disso, inclui-se também os membros do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, os representantes diplomáticos, além daqueles que gozem de autonomia funcional (DI PIETRO, 2017).

2.2 Servidores públicos em sentido estrito

O servidor público em sentido estrito é também chamado por Meirelles (2015) de servidor público estatutário, sendo aqueles que possuem a titularidade de determinado cargo público efetivo, podendo ser o regime que o regulamenta pode ser geral ou particular, integrando a Administração direta, autárquica ou fundacional de direito público. Quando em cargo efetivo haverá que se falar na possibilidade de aquisição de estabilidade, estando sob um regime previdenciário específico.

Di Pietro (2017), com compreensão sensivelmente distinta do que dispõe Meirelles, entende que os servidores estatutários são somente aqueles que estão sujeitos ao regime estatutário, o qual traz uma série de prerrogativas e limitações, e também os agentes públicos que ocupam cargos públicos. Por essa compreensão, a diferença entre os servidores estatutários e os empregados públicos residiria justamente no fato de que os últimos são contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público.

Com relação ao regime estatutário, vale destacar que esse traz consigo uma série de peculiaridades que o distingue do regime disposto na Consolidação das Leis do Trabalho. Nesse sentido, vale destacar o que Oliveira (2008, p. 34-35) dispõe:

O Legislador fez opção pelo regime de cargos públicos. A relação estatutária é que prevalece no relacionamento entre Estado e agentes (...) o Constituinte cuidou de indicar o regime estatutário em diversos dispositivos, para deixar claro que pretendia que os serviços públicos fossem prestados por servidores admitidos, mediante um regime específico, que identificou, ao longo de dispositivos apropriados (art 37 e seguintes).

Como o princípio da legalidade é o que norteia todas as ações no âmbito do serviço público, o regime estatutário, que vincula o servidor público, também é regulado por normas, e não permite ao servidor que esse estipule os parâmetros de sua atuação, mas o impõe o rigor da legislação vigente.

2.3 Empregados públicos

A grande diferença entre os servidores públicos em sentido estrito para os empregados públicos, que estão inseridos dentro do conceito de servidor público em sentido amplo, é que esses estão subordinados ao que dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho, e aqueles não, por isso são chamados de *celetistas*. A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 173, § 1º, II se incumbiu de definir esse grupo:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

De acordo com o que dispõe Meirelles (2015), os agentes públicos sujeitos aos mandamentos da CLT são titulares de emprego público e não de cargo público, seja na administração direta ou indireta, por isso são chamados de *celetistas*. Salienta ainda que embora se distinga em alguns aspectos dos servidores estatutários esses devem igualmente ser admitidos por concurso público ou por processo seletivo, de modo a garantir a participação de todos os interessados.

2.4 Militares

Até a edição da Emenda Constitucional número 18 de 1998, os militares eram considerados servidores públicos. Porém com a edição desse normativo houve algumas alterações, e esses agentes públicos passaram a ser denominados tão somente como militares. Essa emenda incluiu o artigo 142 à Constituição Federal (BRASIL, 1988), que dispõe em seu § 3º a terminologia correta a ser empregada:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei [...].

Além disso, a Constituição Federal (BRASIL, 1988), no artigo 42, define que os policiais estaduais e distrital, além do corpo de bombeiros, também são denominados militares, sendo vinculados às forças armadas:

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

Vale destacar, portanto, que são militares os agentes públicos pessoa física, que sirvam às Forças Armadas ou às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, possuindo vínculo estatutário, estando sujeitos a um regime jurídico diferenciado, sendo remunerados pelo Estado.

2.5 Contratados temporariamente

A referida modalidade de agentes públicos tem sua previsão no artigo 37, IX da Constituição Federal de 1988. Esse normativo, posteriormente, foi regulado pela Lei 8745 de 1993 (BRASIL, 1993) que sofreu alterações promovidas pela Lei 9849 de 1999. Esses normativos dispõem sobre as situações em que a contratação temporária é permitida, definindo os casos excepcionais que envolvam o interesse público:

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 e, também, ao seguinte:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (BRASIL, 1988).

A Lei 8.745 de 1993 define de forma taxativa as possibilidades de contratação temporária, essas não serão destacadas nesta pesquisa para que não se desvie da temática precípua. Para contextualização do estudo vale mencionar um posicionamento doutrinário pertinente a esse grupo de agentes públicos.

Para Di Pietro (2017, p. 566), os contratados temporariamente devem ser chamados de servidores temporários:

Os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Meirelles (2015) sustenta que esse tipo de contratação excepcional e necessária somente poderá ocorrer quando estiverem presentes os requisitos estabelecidos na lei regulamentadora, tendo como ponto principal a temporalidade da prestação dos serviços realizados, não sendo possível que esses cargos sejam de carreira.

2.6 Particulares em colaboração com o poder público

A última espécie de agentes públicos tratada neste estudo é a dos particulares em colaboração com o poder público, que abrange um grupo de indivíduos que, mediante uma contraprestação remuneratória ou não, realizam funções que originalmente incumbem ao Estado, contudo não havendo qualquer vínculo empregatício. Por não integrarem nenhum órgão ou entidade pública resta claro que esses não possuem qualquer tipo de cargo ou emprego estatais (NASCIMENTO, 2012).

Sobre esse grupo, Gasparini (2008, p. 166), afirma que os indivíduos que colaboram são aqueles que não forçosamente desempenham um papel que pertence inicialmente ao Estado, destacando que esses “prestam serviços a Administração Pública por vontade própria, por compulsão, ou com a sua concordância”.

3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Preliminarmente, é importante que se destaque que a ideia de improbidade administrativa guarda relação com o princípio da moralidade administrativa, servindo esse como importante fundamento para a sua aplicação. Pode-se entender então que probidade e moralidade são sinônimos.

Segundo Coura (2010), esse princípio teve seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, vindo a protagonizar o arcabouço principiológico que rege a Administração Pública brasileira. Esse princípio indica que os agentes públicos estão obrigados a observarem os aspectos legais vinculados a todo e qualquer ato quando em serviço da Administração, além disso dispõe que esses indivíduos devem delimitar suas condutas de acordo com as regras éticas e morais pré-estabelecidas, isto é, não basta que sua conduta esteja pautada em um ato legal se essa não considerar os aspectos da boa-fé e da honestidade. Dessa maneira, pode-se afirmar que a moralidade se consubstancia como um requisito de validade de um ato administrativo, sendo que esse pode ser anulado caso não seja observado esse preceito.

De acordo com Meirelles (2015, p. 87), baseando-se nas ideias estabelecidas por Hauriou, tem-se que a moralidade administrativa “não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

Meirelles (2015, p. 88) afirma também que

o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E ao atuar não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta.

Dessa maneira, analisando sob a ótica principiológica, a moralidade e a probidade administrativa possuem o mesmo significado, já que ambos conceitos se pautam na obrigatoriedade do agente público de direcionar suas ações dentro dos parâmetros da honestidade e do correto trato da coisa pública, baseando suas ações na boa-fé e nas regras morais e éticas.

Por outro lado, admitindo-se o conceito de improbidade administrativa partindo da perspectiva de um ato ilícito, tem-se um campo ainda mais abrangente. Nesse sentido, segundo o que dispõe Di Pietro (2017, p. 823), o conceito deixa de ser restrito aos atos que contrariem a moralidade administrativa, passando àqueles considerados ilegais:

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Destaca-se ainda que para a caracterização de um ato ímprobo não se faz necessário que tenha ocorrido a realização de um ato administrativo, de modo que a mera conduta comissiva ou omissiva do agente, desde que investido de suas funções, cause algum dano à Administração.

Di Pietro (2017, p. 823), salienta ainda que com a previsão constitucional do princípio da moralidade a busca pelo estabelecimento e primazia da ética da Administração Pública ficou ainda mais evidente:

A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público. Até então, a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para

os agentes políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Com a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e a abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito.

Dessa maneira, o agente público pode cometer um ato ímprobo, desde que não observe a honestidade em sua relação com a coisa pública não tomando as devidas cautelas quando exercitando suas funções públicas. Assim, Martins Júnior (2006, p. 115) afirma que:

Porém, o vício de imoralidade administrativa, para caracterizar improbidade, requer uma especial qualificação do ato e seus efeitos, demonstrativa da inabilitação moral e do desvio ético de conduta do agente público. A improbidade administrativa revela-se quando o agente público rompe o compromisso de obediência aos deveres inerentes à sua função, e essa qualidade é fornecida pelo próprio sistema jurídico através de seus princípios e de suas normas das mais variadas disciplinas. [...] 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.

O ordenamento jurídico brasileiro, em se tratando dessa temática, tem como expoente normativo a Lei 8.429 de 1992, que trata dos atos de improbidade administrativa, apontando para os procedimentos e sanções cabíveis àquele que de alguma forma venha a cometer um ato ímprobo. O normativo, nos artigos 9º ao 11, realizam uma divisão dos atos de improbidade em três diferentes grupos, quais sejam os atos que resultam em enriquecimento ilícito, os atos que causam prejuízo ao erário e os atos que venham a atentar contra algum dos princípios da Administração Pública.

Assim, Coura (2010) afirma que, vindo a praticar o agente público alguma conduta, seja ela comissiva ou omissiva, que tenha se enquadrado no que dispõe os artigos mencionados alhures, esse estará praticando algum ato ímprobo, estando, por isso, sujeito às sanções previstas no próprio normativo. É necessário que se destaque que a conceituação prevista nesses dispositivos não é taxativa, o que resulta na possibilidade de que um ato seja considerado ímprobo desde que gere prejuízo ao erário, cause enriquecimento ilícito do agente ou que viole algum dos princípios da Administração Pública.

Nos termos do artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988, aquele agente que venha a praticar um ato de improbidade administrativa deverá promover o

ressarcimento do erário em razão dos prejuízos decorrentes de sua conduta, sendo possível a declaração de indisponibilidade dos bens quando do andamento do processo. Além disso, a lei prevê que poderão ser aplicadas as sanções de perdimento da função pública além da suspensão dos direitos políticos do agente.

A Lei 8.429 de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) disciplina as sanções em seu artigo 12, acrescentando ainda a aplicação de multa civil em razão da conduta danosa e a proibição do agente de realizar alguma contratação com o poder público por um prazo que pode variar de três até cinco anos.

Assim, verifica-se que a Lei 8.429 de 1992, tem como objetivo tutelar a moralidade administrativa, visando reparar os prejuízos que venham a ser causados à Administração Pública em razão da conduta ímproba de um de seus agentes, promovendo o afastamento desse indivíduo que venha a faltar com as obrigações éticas em seus atos, punindo-o e prevenindo que haja novas práticas que violem os princípios que regem a Administração Pública, em especial o princípio da moralidade.

4 A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ENVOLVENDO FRAUDES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A doutrina majoritária entende que a natureza jurídica da licitação é a de um procedimento administrativo. Isso decorre do entendimento de que a licitação tem um caráter jurídico procedimental. Neste sentido, Carvalho Filho (2017, p. 181) conceitua o procedimento licitatório da seguinte maneira:

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

Para que o Estado possa cumprir suas diversas atribuições, necessita ele de atuar por meio da disposição de bens e de serviços advindos de particulares, de modo que para a viabilidade são firmados contratos. Visando não permitir total liberdade ao Estado, e assim possibilitar a ocorrência com maior facilidade de atos lesivos nessas transações, criou-se um instrumento normativo para disciplinar essas relações. A Lei

8.666 de 1993 foi então editada criando o procedimento licitatório, de maneira a tornar esse processo mais objetivo e isonômico.

O conceito de licitação está intimamente relacionado às suas próprias finalidades. Salieta-se que a licitação não pode ser compreendida como um instrumento isolado que tem um fim em sim mesma, mas é, na verdade, um mecanismo estatal de contratação.

Alexandre e Deus (2017, p. 275) destacam o seguinte:

Com efeito, a realização de licitação possibilita que a Administração escolha a proposta que lhe seja mais vantajosa (não necessariamente a mais econômica), evitando, em homenagem ao princípio da impessoalidade, que os gestores públicos adotem critérios pessoais ou políticos na escolha dos contratados. Além do mais, proporciona igualdade de oportunidades a todos aqueles que têm interesse em contratar com a Administração, respeitando-se o princípio da isonomia.

De acordo com Di Pietro (2017) licitação pressupõe competitividade, isto é, busca-se por meio da disputa alcançar o melhor interesse do Estado, mediante a publicidade de seu interesse em adquirir bem ou serviço. Logo, não há que se pensar em disputa sem participantes, ressalvadas as hipóteses legais em que a contratação por meio de licitação é inviável.

Nos casos em que a Administração não tem a possibilidade de realizar as formalidades cabíveis ao processo licitatório, desde que por motivos justificados e amparados pela legislação, haverá a incidência dos institutos da dispensa ou da inexigibilidade de licitação.

É válido então, nesse sentido, expor o posicionamento de Furtado (2007, p. 207), acerca do artigo 24 da Lei de Licitações que trata da questão relativa à dispensa da licitação:

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

Por outro lado, em se tratando da inexigibilidade de licitação, é importante destacar que essa incide nos casos em que a competição é impossível. Exemplo disso é a execução ou disposição de um serviço ou bem singular. Ou seja, somente um

determinado participante pode fornecer ao Estado determinado produto ou serviço. Nas palavras de Themótheo Neto (2010, p. 39)

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

Vencida essa análise primária a respeito do processo licitatório passa-se então a um estudo das principais condutas que podem caracterizar a improbidade administrativa nas licitações.

4.1 Fraude em licitações

Tendo sido apresentados tais conceitos, passa-se então a analisar as fraudes nas licitações. Não raro, os vínculos familiares e de amizades, ou mesmo os interesses político-econômicos, influenciam os agentes públicos, fazendo surgir o interesse, mesmo que indireto, de beneficiar determinado fornecedor. Nesses casos, o processo licitatório é conduzido visando o favorecimento de um particular, ou de um grupo de particulares, em detrimento dos demais participantes, quando é o caso. Na maioria desses casos, o agente público já conhece aquele que será o vencedor, prosseguindo com o procedimento licitatório tão somente como uma *cortina de fumaça* para encobrir sua conduta anti-isonômica.

De acordo com o que dispõe Themótheo Neto (2010, p. 40):

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

Quanto às cláusulas restritivas, que são muitas vezes inseridas nos editais de licitações, um dos mecanismos mais recorrentes de fraude, algumas decisões jurisprudenciais têm sido estabelecidas. Vale então expor a ementa de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial de número 579541 que fora julgado em fevereiro de 2004 cuja relatoria foi do Ministro José Delgado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU (BRASIL, 2004, online).

Outra modalidade comum de fraude em licitações é a que se dá por meio da formação de cartéis. Nesse sistema, os participantes combinam entre si preços ou condições diversas que visem favorecer determinado participante ou grupo de participantes. É muito comum na contratação contínua de determinado bem ou serviço, sendo praticado o rodizio de vencedores. É oportuno que se destaque que essa prática, além de imoral, e de caracterizar infração civil e administrativa, é também considerada crime de acordo com o que dispõe o artigo 4º da Lei 8.137 de 1990:

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

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

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

Há, ainda, a modalidade de fraude que pode ser constatada quando da revogação da licitação. Segundo o que prevê o artigo 49 da Lei 8.666 de 1993, a ocorrência de alguma situação superveniente, devidamente comprovada, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, possibilita à Administração, que de maneira discricionária, revogue processo licitatório. Embora respaldado, o ato de revogação da licitação pode acabar sendo utilizado pelo agente público fraudador como mecanismo para obtenção de vantagem econômica, subornando a empresa vencedora para que não revogue o processo, simulando um cenário previsto na lei que possibilite de fato sua revogação.

É importante que se destaque que não há como prever na legislação todas as possibilidades de fraudes, até porque tais condutas são dinâmicas e se adaptam ao contexto normativo.

A Lei de Improbidade Administrativa é aplicável na maioria desses casos e prevê, como já mencionado anteriormente, a sua aplicabilidade em três hipóteses:

enriquecimento ilícito; prejuízo ao erário; ou prática de atos atentatórios aos princípios da Administração Pública.

O enriquecimento ilícito, de acordo com o que prevê a Lei 8.429 reside na obtenção de determinada vantagem de cunho patrimonial não prevista em lei que decorra do cargo ou função ocupada pelo agente, provocando um aumento de seu patrimônio de maneira injustificada. Nas licitações essa conduta ocorre, normalmente, por meio do pagamento de propinas, para a facilitação do acesso de determinado participante ao processo, quando não à vitória no certame.

Já da análise do artigo 10 da Lei 8.429, é possível abstrair os atos que configuram prejuízo ao erário. Nesse momento, vale destacar que a legislação prevê especificamente uma conduta relacionada ao procedimento licitatório, em seu inciso VIII, de maneira que constitui ato de improbidade causador de prejuízo ao erário, conduta de agente público no sentido de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente

É razoável concluir que o cometimento de todo e qualquer tipo de fraude acarreta prejuízo direto ou indireto ao erário, já que o Poder Público deixa de adquirir um melhor produto por um melhor preço em muitas ocasiões, tornando assim a fraude uma mácula para as finanças públicas. Nesses casos, especificamente em que o erário é lesado em razão da aquisição de um produto mais caro em razão da fraude, a aplicação da Lei de Improbidade é imperiosa.

Finalmente, cabe destacar ainda o que prevê o artigo 11 da Lei 8.429 que considera como ato improprio a conduta que macule algum dos princípios que regem o Direito Administrativo, apresentando uma série de situações pontuais. Sobre esse aspecto Di Pietro (2017, p. 38) estabelece o seguinte:

A rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há que se perquirir a intenção do agente, para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei, como se verá no item subsequente.

Decisão judicial advinda do Superior Tribunal de Justiça, acerca desse tipo de conduta, emanada do Recurso Especial 626.034/RS de 2006, traz o seguinte posicionamento do Ministro José Delgado, relator:

A tutela específica do Art. 11 da Lei nº 8.429/92 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. Para a caracterização dessa espécie de improbidade dispensa-se o prejuízo material na medida em que censurado é o prejuízo moral. A corroborar esse entendimento, o teor do inciso III do art. 12 da lei em comento, que dispõe sobre as penas aplicáveis, sendo muito claro ao consignar, “na hipótese do art. 11 ressarcimento integral do dano, se houver...” [...] O objetivo maior é a proteção dos valores éticos e morais da estrutura administrativa brasileira, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no seu aspecto material (BRASIL, 2006, online).

Sob essa ótica, é impossível que se não relacione as variadas maneiras de se fraudar licitações com o ferimento direto de algum princípio administrativo. Dessa maneira, não havendo uma caracterização mais específica à conduta fraudulenta na Lei de Improbidade poderá essa ser enquadrada como uma violação a algum dos princípios que regem à Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os prejuízos relacionados ao cometimento de fraudes em licitações para a Administração Pública, e, logo, para toda a sociedade, são variados. Não obstante, agentes públicos praticam tais condutas sem se preocuparem, na maioria das vezes, com a configuração de condutas ímprobas que podem ser responsabilizadas. Nesse sentido, a aplicação da norma se faz necessária justamente para coibir tais práticas.

Os agentes públicos são necessários ao desempenho das atividades administrativas, sem esses a prestação dos serviços públicos fica extremamente comprometida, contudo não há espaço para aqueles que querem tirar proveito do cargo que exercem em detrimento do interesse público, principalmente no que tange às licitações.

Desse modo, o presente artigo demonstrou que a lei 8.429 de 1992 é o normativo que se aplica visando a responsabilização de caráter civil da conduta ímproba dos agentes que venham a cometer algum tipo de fraude no procedimento licitatório, podendo esses incorrer em alguma das opções estabelecidas no normativo de acordo com a espécie do ato fraudulento praticado.

As sanções previstas nesse normativo devem ser aplicadas visando garantir a confiabilidade da sociedade no funcionamento do Estado, até para que a sensação de impunidade não se estabeleça e motive os maus agentes públicos ao cometimento dessas condutas de maneira reiterada.

ABSTRACT

Public officials are the main responsible for the execution of the state services and for the fulfillment of the legal attributions in which the Public Administration is linked. In this sense, the agents are mainly responsible for the progress of the bureaucratic demands, among them the execution of bids. It is not uncommon to observe the commission of frauds in these cases that cause serious losses to the Administration. To curb such practices one of the normative mechanisms created was Law 8,429 of 1992 known as the Law of Administrative Improbability. This normative can be applied to these practices in order to prevent and repress such conduct. The accomplishment of this article had the purpose of studying this phenomenon in order to understand how the responsibility for these conducts occurs in the bulge of the Law of Improbability. In order to do so, we sought to present the most relevant concepts related to the bidding process as well as the public agents and the commitment of impotent acts. For the accomplishment of the research the chosen methodology was the descriptive one, analyzing the disposition in doctrine and articles found in the web. It can be verified that the application of the law in question can occur in the three hypotheses envisaged, which are in illicit enrichment, damage to the treasury and violation of principles governing the Public Administration.

Keywords: Bidding. Administrative dishonesty. Public agents. Fraud.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: MÉTODO, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992**. Lei de Improbidade Administrativa. Brasília: Senado, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

COURA, Gabriel Moreira. **A aplicabilidade da lei de improbidade administrativa em face dos agentes políticos**. Governador Valadares. Faculdade de Direito, Ciências Administrativas e Econômicas da Universidade Vale do Rio Doce. 2010. p.28-40. Disponível em: <<https://monografias.uvrd.br/asde/bitstream/104452/1478/1/GabrielMoura.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

FREIRE, Antônio Rodrigo Candido. Agente público. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, nº 981, 2012. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2538>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Sylvia Maria Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NASCIMENTO, Raphael Spyere do. **Estatuto do Servidor Público Civil da União - Lei nº 8.112/1990**. Brasília: Vestcon, 2012. Disponível em: <http://www.professorapatriciaruiz.com.br/rapha/dir_adm_teorias/AGENTES_PÚBLICOS.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2019.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Servidores Públicos**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

THEMÓTHEO NETO, Juarez Furtado. **Atos de improbidade administrativa no procedimento licitatório**. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2010. Disponível em:
<http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29830/1/2010_tcc_jfthemótheoneto.pdf>
Acesso em: 05 maio 2019.