Número 16 – outubro/novembro/dezembro de 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

DISPENSA, INEXIGIBILIDADE E CONTRATAÇÃO IRREGULAR EM FACE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Profª. Rita Tourinho
Promotora de Justiça do Estado da Bahia, Mestre em Direito Público pela UFPE, professora de Direito Administrativo, membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

1. INTRODUÇÃO

Na concepção de Ruy Cirne Lima[1] a administração é atividade do que não é senhor absoluto. Logo, a administração constitui gestão de patrimônio alheio. No caso da Administração Púbica são geridos interesses próprios da coletividade. Em conseqüência, o órgão administrativo que representa tais interesses não tem disponibilidade sobre eles. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello *"na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos"*[2].

Como uma das conseqüências da indisponibilidade do interesse público[3], determina o art. 37, XXI, da Constituição Federal que *"as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".* Assim, em virtude do referido dispositivo constitucional, pode-se afirmar que no âmbito da Administração Pública há presunção absoluta de que o melhor contrato será aquele precedido de um processo licitatório.

---

[1] Lima, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.21.
[2] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46.
[3] "Pedra de toque" do regime jurídico-administrativo, juntamente com o princípio da supremacia do interesse público.

Com efeito, licitação é um procedimento administrativo através do qual o ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados que preenchem os requisitos constantes no instrumento convocatório, a oportunidade de formularem propostas, dentre as quais escolherá a mais vantajosa para a celebração do contrato[4].

Ocorre que, muitas vezes, o processo licitatório é dispensado de forma indevida ou aparece eivado de uma série de irregularidades, em face de condutas fraudulentas perpetradas. Nessas hipóteses, pode ocorrer que a conduta do agente público, ou do particular envolvido no processo, se ajuste a dos tipos legais que constituem os crimes dispostos nos artigos 89 a 99, da Lei n° 8.666/93. Pode-se, ainda, enquadrar referidas condutas aos tipos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92. De toda sorte, além de atacar o vício detectado no processo de licitação é importante que se responsabilize aquele que deu causa ao mesmo.

2. DO ALCANCE TERMINOLÓGICO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Inicialmente, antes de abordar o tema de forma mais específica, tem-se que firmar uma visão precisa sobre a improbidade administrativa abordada na Lei n° 8.429/92.

Quando nos referimos à improbidade, de imediato pensamos no princípio da probidade administrativa ou, como preferem alguns, no dever de probidade contido no princípio da moralidade administrativa, razão pela qual muitos autores partem desse princípio ou dever para construção do conceito de improbidade administrativa[5]. Assim, sendo a probidade o dever de atuar com honestidade, boa-fé, lisura, associa-se a improbidade à desonestidade, à má-fé no âmbito da Administração Pública.

È inegável que a desonestidade na atuação administrativa, que tem a corrupção como uma de suas formas de manifestação, constitui improbidade administrativa. Caio Tácito afirma que o desvio ético coincide com a história da humanidade, acrescentando que "o primeiro ato de corrupção pode ser imputado à serpente seduzindo Adão com a oferta da maçã, na troca simbólica do paraíso pelos prazeres ainda inéditos da carne"[6].

---

[4] Dromi, José Roberto. *La Licitación Pública.* Buenos Aires: Astrea, 1975, p. 92.

[5] Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2005.*),* José Afonso da Silva (Cf. Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.) e Adilson Abreu Dallari (Cf. Dallari, Adilson Abreu. Limitações à Atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública. In: Bueno, Cassio Scarpinella, Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade Administrativa*: Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.) são alguns dos autores que ao abordar o tema **improbidade administrativa** partem da conceituação da probidade como espécie do gênero moralidade administrativa.

[6] Tácito, Caio. A Moralidade Administrativa e a Nova Lei do Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 190, p. 45, 1992.

A própria Bíblia contém trechos que abordam o fenômeno da corrupção[7]. No Êxodo, Capítulo XXIII, Versículo 8, em trecho referente às testemunhas, afirma-se que *"também presente não tomarás: porque o presente cega os prudentes e perverte as palavras dos justos".*

William Shakespeare, em passagem de sua conhecida e aplaudida comédia *Mercador de Veneza*, publicada pela primeira vez em 1600, já escrevia que

> *"só o presunçoso ostenta dignidade imerecida. As posses, honrarias e funções não fossem atingidas por corruptos – se o prêmio só coubesse a quem merece – estaria coberto muito nú, e muito comandante comandado! Quanto joio seria rebaixado, que hoje passa por trigo de nobreza"*[8].

No Brasil, este vem sendo um tema constantemente debatido.

Em entrevista publicada nas páginas amarelas da revista VEJA, João Ubaldo Ribeiro afirma que *"somos um país corrupto"*. Segundo o escritor *"nós vivemos num ambiente de lassitude moral que se estende a todas as camadas da sociedade. Esse negócio de dizer que as elites são corruptas mas o povo é honesto é conversa fiada. Nós somos um povo de comportamento desonesto de maneira geral"*[9].

Alguns tentam explicar o fenômeno da desonestidade no nosso país, reportando-se ao espírito aventureiro herdado da colonização lusitana.

O Brasil, como se sabe, foi um país colonizado por portugueses, povo do tipo aventureiro, com uma "concepção espaçosa" do mundo, que valorizava o gasto de energia e esforços somente quando dirigidos a uma recompensa imediata, ou melhor, valorizava-se a riqueza acumulada às custas do trabalho de outrem, principalmente de estranhos.

Na análise de Sérgio Buarque de Holanda

> *"essa pouca disposição para o trabalho, ao menos para o trabalho sem compensação próxima, essa indolência, como diz o deão Inge, não sendo evidentemente um estímulo às ações aventurosas, não deixa de construir, com notável freqüência, o aspecto negativo do ânimo que gera as grandes empresas. Como explicar, sem isso, que os povos ibéricos mostrassem tanta aptidão para a caça aos bens materiais em*

---

[7] Garcia, Emerson, Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa.* Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2002. p. 131.
[8] Shakespeare, William. *O Mercador de Veneza.* Tradução de Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 1999. p. 71.
[9] Ribeiro, João Ubaldo. "Somos um País Corrupto" **in** *Veja.* Editora Abril: de 18 de maio de 2005, n° 1905, p. 11-15.

> *outros continentes?...E essa ânsia de prosperidade sem custo, de títulos honoríficos, de posições e riquezas fáceis, tão notoriamente característica da gente de nossa terra, não é bem uma das manifestações mais cruas do espírito de aventura?"*[10].

Tal "concepção espaçosa" do mundo vem acompanhando o povo brasileiro, refletindo-se, conseqüentemente, na esfera da Administração Pública.

O nosso passado administrativo revela, desde a colonização do Brasil, a carência de formação especializada e ausência de instrumentos de fiscalização. Os serviços administrativos são exercidos, em geral, por pessoas despreparadas e sem afinidade com o interesse coletivo, recebendo péssimos salários. Serviços estes voltados, na maioria das vezes, aos interesses de grupos econômicos localizados[11].

O malbaratamento da coisa pública foi, durante muito tempo, aceito pela sociedade, criando adágios populares como, por exemplo, o "rouba, mas faz".

Porém, mesmo associando-se a improbidade administrativa à desonestidade, deve-se ressaltar que a Lei 8.429, de 03 de junho de 1992, ao regulamentar o art. 37, parágrafo 4°, da Constituição Federal, estabeleceu uma abrangência bem maior à improbidade. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que *"quando tratada como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei"*[12].

Assim, a improbidade administrativa nem sempre estará associada a uma conduta desonesta. Esta afirmação se comprova com a leitura do art. 10, da Lei n° 8.429/92, segundo o qual *"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. 1° desta lei"*. Ora, quando o agente público causa prejuízo ao erário na modalidade culposa, ou seja, em decorrência de conduta negligente ou imprudente, certamente não estaremos diante de uma atuação desonesta, no entanto, ter-se-á o ato de improbidade administrativa enquadrado no art. 10. Também o art. 11 da lei, quando aborda a improbidade por violação de princípios, permite a caracterização de ato de improbidade sem o elemento desonestidade. Assim, a violação do princípio da impessoalidade e razoabilidade, por exemplo, pode constituir ato de improbidade administrativa, sem necessidade da comprovação da má-fé do agente público.

---

[10] Holanda, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 46.
[11] Pazzaglini Filho, Marino, Rosa, Márcio Fernando Elias, Fazzio Júnior, Waldo. *Improbidade Administrativa*: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1998. p. 15.
[12] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2005, p. 712.

3. DO AGENTE ATIVO DA IMPROBIDADE NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Sabe-se que **agente público** é toda pessoa física que presta serviço ao Estado ou às pessoas jurídicas da administração indireta[13]. São dois os requisitos considerados para caracterização do agente público. O primeiro, de ordem objetiva, refere-se à natureza estatal da atividade desempenhada; o segundo, de ordem subjetiva, seria a investidura na atividade[14].

Segundo Celso Antônio, *"quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público"*[15]. De acordo com o referido autor, esta é a expressão mais genérica capaz de designar os sujeitos que servem ao Poder Público, ainda quando o façam apenas ocasionalmente. Com efeito, seriam agentes públicos[16]: os agentes políticos[17], os servidores estatais[18], abrangendo servidores públicos[19] e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado[20], e os particulares em colaboração com o poder público[21].

Acertadamente, a Lei nº 8.429/92 abrangeu toda pessoa que se envolva com a Administração Pública. Deste modo, estão sujeitos às sanções previstas na Lei de Improbidade, todos aqueles que possuem vínculo com a Administração Pública, inclusive os que, dela não fazendo parte, beneficiem-se da ação ímproba.

Observa-se que a lei procurou definir o sujeito ativo em razão do sujeito passivo. Com efeito, segundo o art. 2º da Lei de Improbidade, agente público é

---

[13] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 416.

[14] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 220.

[15] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 220.

[16] Esta divisão é apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello (Cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 222) e reproduzida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 416).

[17] São os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ocupando o esquema fundamental do Poder, sendo os formadores da vontade superior do Estado (Cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 222).

[18] A expressão abrange todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração indireta (Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 416).

[19] São aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 224).

[20] São os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas, os quais estão submetidos ao regime trabalhista (Cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 225).

[21] São pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração (Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2000. p. 416).

> *todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente e 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 1º e parágrafo único da Lei nº 8.429/92.*

Segundo Antônio José de Mattos Neto[22], a Lei de Improbidade deve ser interpretada em harmonia com o art. 70 da Constituição Federal, resultando que qualquer pessoa física, jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens, e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, estarão alcançadas pelo império da Lei de Improbidade.

O conceito de sujeito ativo da improbidade[23] foi expresso da forma mais ampla possível, superando a visão dilatada do conceito de funcionário público contido no artigo 327 do Código Penal[24]. Intentou-se, com essa abrangência, afastar todo tipo de conduta ímproba que possa refletir no âmbito da Administração Pública.

São muitos os agentes públicos envolvidos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos.

Costuma-se dividir o processo licitatório em duas fases: interna e externa. A etapa interna visa promover o levantamento das informações necessárias e a modelar a solução contratual cabível. Cumpridas todas as exigências desta etapa, a Administração Pública poderá concluir pela necessidade de uma licitação ou pelo cabimento de uma contratação direta[25]. A fase ou etapa externa, que se inicia com a publicação do edital ou com a expedição das cartas-convite, é aquela em que irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluir ao certame.

---

[22] Mattos Neto, Antônio José de. Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa. *Revista dos Tribunais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 752, p. 34, jun. 1998.

[23] Observe-se que na concepção de Wallace Paiva Martins Júnior melhor seria apontar como sujeito passivo aqueles que tivessem o dever de probidade administrativa e como sujeito ativo o titular do direito público subjetivo a uma administração honesta. Assim, neste prisma, o agente público como titular do dever de probidade seria o sujeito passivo da relação derivada com o sujeito ativo (o Estado). (Cf. Martins Júnior, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 242).

[24] Fábio Medina Osório entende que o conceito de agente público apresentado no Código Penal é mais amplo porque abrange os particulares exercentes de atividades delegadas ou concedidas pelo Poder Público, que não seriam alcançados pela Lei de Improbidade (Cf. Osório, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*: Observações Sobre a Lei 8.429/92. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998. p. 101). Não concordamos com tal posicionamento, uma vez que, em contrapartida, a noção de agente público, contida no Código Penal, não alcança particulares que recebem injeção de dinheiro público.

[25] Justen Filho. Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 306.

O art. 7°, da Lei n° 8.666/93 traz como um dos pressupostos da fase interna da licitação o projeto básico e executivo, para a execução de obras e para a prestação de serviços. Segundo Marçal Justen Filho[26] tais projetos estão relacionados exclusivamente com obras e serviços de engenharia. Pode ser que a Administração Pública não dispondo de agente público habilitado para realização de tais projetos, realize a contratação para tal fim[27]. Neste caso, o contratado se enquadra na noção de agente público para fins da Lei de Improbidade. Leve-se, ainda, em consideração que o projeto básico e executivo será aprovado por ato formal e motivado da autoridade competente, a qual deverá avaliá-lo verificando sua adequação às exigências legais e ao interesse público. Desta forma, a autoridade ao aprovar o projeto responsabiliza-se pelo juízo de legalidade e de conveniência adotado. Com efeito, conclui-se que irregularidades ocorridas na realização de projetos que venham a constituir ato de improbidade administrativa poderão ser de responsabilidade daquele contratado, bem como da autoridade competente para a sua aprovação. Lembrando que será competente para aprovar o projeto a autoridade competente para determinar a contratação da obra ou do serviço a qual o contrato se reporta.

Ocorrerá, também na etapa interna, a estimativa de custo do contrato. Os responsáveis por esta atribuição poderão também ser incluídos no conceito de agente público para fins de improbidade administrativa, caso atuem com dolo ou culpa, estabelecendo um valor superestimado para o contrato, capaz de gerar danos ao erário.

Na fase externa da licitação temos a participação da comissão de licitação, integrada por três membros no mínimo, sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação. Assim, como regra, os membros da comissão de licitação deverão ser agentes públicos, porém excepcionalmente poderão ser convidados terceiros para integrar a comissão. Neste caso, o terceiro também será considerado agente público para os fins da Lei n° 8.429/92. Em virtude da responsabilidade solidária da comissão de licitação, sempre que um dos membros discordar da conduta de seus pares, deverá manifestar expressamente sua posição, como forma de tentar excluir a sua responsabilidade pela decisão da maioria.

Nesse diapasão, cumpre acrescentar que a autoridade que dispõe de competência jurídica para representar o ente público licitante, também se enquadra no conceito de agente público para os fins da Lei n° 8.429/92, podendo ser responsabilizada por improbidade administrativa, em virtude de irregularidades perpetradas na tramitação do processo licitatório. Sabe-se que após o julgamento e classificação das propostas, etapas realizadas pela Comissão de Licitação, o processo será encaminhado àquela autoridade para a

[26] Justen Filho. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* São Paulo: Dialética, 2000. p. 109.
[27] Sabe-se que neste caso poderá ocorrer a contratação direta do profissional, com base no art. 25, II, da Lei n° 8.666/93.

sua homologação. Nesta fase, será feito um exame quanto à legalidade e conveniência da licitação. Caso reconheça a existência de vício de legalidade, referida autoridade anulará o processo, passando a efetivar juízo de conveniência. Entendendo que o interesse público poderia ser melhor satisfeito por outra via, revogará a licitação. Assim, quando a autoridade competente homologa um processo licitatório que deveria ser anulado, por vicio de legalidade, ou o revoga de forma imotivada ou com falsidade de motivos, poderá ser responsabilizada por improbidade administrativa.

No que concerne aos licitantes e contratados estes também poderão estar sujeitos às sanções previstas na Lei de Improbidade, na qualidade de terceiro beneficiário. Conforme determina o artigo 3º, da Lei nº 8.429/92, "*as disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta"*. Tal dispositivo legal constitui mais um avanço trazido pela Lei de Improbidade. São comuns as vastas relações travadas entre administradores públicos e empresários, facilitando negócios nem sempre em sintonia com o interesse público, aliás, na maioria das vezes voltados ao atendimento de finalidades privadas[28].

4. DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Lei n° 8.429/92 trata de três tipos de atos de improbidade administrativa: aqueles que geram enriquecimento ilícito (art. 9°), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que violam princípios administrativos (art. 11).

O artigo 9º da lei nº 8.429/92 aborda os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito. No *caput* do artigo está o núcleo central do tipo, qual seja, a obtenção "de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida no exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º".

Dentro das regras capitalistas que vivemos é normal a busca de bons negócios e resultados financeiros positivos. Todos querem aumentar seu patrimônio, seja para obter bens necessários à sobrevivência, seja para adquirir supérfluos garantidores de status social.

Tais bens, quando adquiridos honestamente, transportam a discussão para o aspecto ético-social da prioridade de valores, não havendo maiores conseqüências no núcleo social. Porém, quando o patrimônio é adquirido mediante manobras ilícitas são violados os mandamentos ético-jurídicos, necessitando de uma resposta por parte do Estado.

[28] Fazzio Júnior, Waldo. Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito. São Paulo: Atlas, 2000. p. 62.

A situação se agrava quando este aumento patrimonial, alcançado mediante artimanhas reprováveis sob o ponto de vista ético e moral, é auferido no âmbito da Administração Pública, ou pior, colhido por aqueles a quem cabe o dever- poder de velar pelo interesse público.

Não são raros os casos daqueles que ingressaram no âmbito da Administração Pública em precária situação financeira e, após pouco tempo, já possuem um considerável acervo patrimonial. Não se quer com isso que os administradores públicos estejam predestinados ao empobrecimento em razão do exercício de função pública, afinal, nada impede que, como qualquer outra pessoa, conheça acréscimo patrimonial com lucros em seus negócios Porém, ao agente público, no exercício de suas funções, somente é permitido auferir as vantagens previstas em lei. Não pode beneficiar-se de vantagem patrimonial imerecida derivada do exercício do seu cargo.

Considera-se "vantagem patrimonial indevida" a obtenção, o recebimento, direta[29] ou indiretamente[30], de qualquer "interesse" que afronte o padrão jurídico de probidade administrativa, como suficiente para incidência do referido dispositivo.

A vantagem indevida é fruto da utilização imprópria da função pública, voltada para busca de benefícios privados, que se constituem em valor, presente ou futuro, monetário ou não[31]. Assim, todo o enriquecimento que esteja relacionado ao exercício da atividade pública e que não corresponda à contraprestação paga ao agente por determinação legal, constitui vantagem indevida. Note-se, inclusive, que, na maioria dos casos previstos no art. 9º, a vantagem patrimonial conferida ao agente público não provem dos cofres públicos, mas sim de terceiros[32].

Necessário se faz que o aspecto econômico da vantagem obtida esteja vinculado a sua impropriedade, quer dizer, que a mesma seja indevida. Valoriza-se, assim, o aspecto moral da obtenção da vantagem. Logo, o enriquecimento ilícito pode perfeitamente se verificar no campo da legalidade. Assim, caso um agente público receba R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais) do representante de determinada empresa, para que agilize a liberação de pagamento devido pela Administração Pública, estará praticando ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito.

Muitos identificam o enriquecimento ilícito do agente público com a corrupção. Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende a corrupção como um dos fatores da crise de governabilidade, definindo-a como conduta do agente

[29] Neste caso, a vantagem será recebida pelo próprio agente público, sem intermediários.
[30] Nesta hipótese, a vantagem é recebida por terceiro e revertida, posteriormente, para o agente público, destinatário real da vantagem. Cumpre esclarecer que a experiência tem demonstrado que, normalmente, a vantagem é incorporada ao patrimônio do agente público de forma indireta.
[31] Baracho, José Alfredo de Oliveira. O Enriquecimento Ilícito como Princípio Geral do Direito Administrativo. *Revista Forense,* Rio de Janeiro: Revista Forense, n. 347, p. 170, jul./set. 1999.
[32] Art. 9º, I, II, III, V, VI,VIII, IX e X

público que utiliza o Poder de modo indevido, buscando a satisfação de um interesse privado, normalmente em troca de uma retribuição de ordem material[33].

Pode, no entanto, ocorrer a improbidade na modalidade enriquecimento ilícito, sem que seja praticado qualquer ato no processo licitatório. Pense no caso do representante legal de uma empresa que oferece R$ 100.000,00 (cem mil reais) a um dos agentes públicos, envolvido na elaboração do edital, para que o mesmo inclua determinada exigência na proposta técnica, em uma licitação do tipo técnica e preço. Aceita a proposta, referido agente público recebe a quantia prometida, porém não faz qualquer inclusão no edital, deixando o mesmo no seu estado original. Ora, neste caso apesar de não ter sido praticado o ato que provavelmente beneficiaria aquela empresa, persiste a improbidade por enriquecimento ilícito, uma vez que o tipo é centrado na conduta do agente, independentemente da existência ou não de prejuízo, seja ao patrimônio público ou a terceiros.

Em contrapartida, caso o representante de determinada empresa prometa aos membros da Comissão de Licitação uma certa quantia em dinheiro para inabilitar todos os demais licitantes e a comissão aceite tal promessa, chegando realmente a atender o pleito, somente se concretizará o enriquecimento ilícito com o efetivo recebimento da vantagem. Assim, caso a empresa não cumpra a sua promessa de pagamento, estaremos diante de outra modalidade de ato de improbidade administrativa que não o enriquecimento ilícito.

A grande dificuldade na ocorrência das hipóteses de enriquecimento ilícito diz respeito à prova. O administrador púbico desonesto, corrupto normalmente se utiliza de terceira pessoa e raramente deixa vestígio que possa ser facilmente seguido. Não são raros os casos que se detecta a formalização de contratos superfaturados sem que se consiga provar o recebimento de vantagem indevida por aqueles agentes públicos envolvidos no processo.

5. DO PREJUÍZO AO ERÁRIO COMO FORMA DE IMPROBIDADE NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O art. 10, da Lei nº 8.429/92 trata dos atos de improbidade administrativa que causam lesões ao erário. Em verdade, o referido diploma legal não poderia deixar de fora a administração desastrosa do agente público, normalmente envolto na visão de que a coisa pública é coisa de ninguém.

[33] Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade.* São Paulo: Saraiva, 1995. p. 109.

O *caput* do artigo se refere a "lesão ao erário", surgindo daí a primeira indagação. Por que a lei utiliza neste artigo a expressão "erário" e não "patrimônio público" como nos demais?

Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior[34] consideram necessário que se faça a distinção entre as duas expressões. Assim, a referência ao erário diz respeito ao aspecto econômico e financeiro, ou seja, aos bens e direitos de conteúdo econômico pertencentes ao Poder Público. O patrimônio público, por sua vez, é noção mais abrangente, incluindo não somente os valores econômicos, como também o estético, artístico, histórico e turístico.

Wallace Paiva Martins Júnior[35] não faz essa diferença. Para esse autor a lei quis se referir ao prejuízo causado ao patrimônio público, considerado este na forma do art. 1°, III da Lei n° 7.347/85, ou seja, na sua forma mais abrangente, incluindo o patrimônio artístico, estético, histórico, turístico, etc.

Pensamos que a lei não pretendeu diferenciar erário de patrimônio público, tanto que os arts. 5°, 7° e 8º utilizam a expressão mais abrangente, qual seja, "prejuízo ao patrimônio público", quando se referem ao ressarcimento de dano, a cautelar de indisponibilidade de bens e a responsabilidade do sucessor do agente ímprobo. Ademais, o inciso X, do art. 10 menciona o prejuízo causado pela conduta negligente no que diz respeito à conservação do patrimônio público, ou seja, deteriorização do patrimônio público como forma de prejuízo ao erário.

O prejuízo ao patrimônio público previsto no art. 10 poderá ser decorrente da ação ou omissão do agente público. Observe-se que a omissão dentro da Administração Pública, diferentemente da esfera privada, pode não significar apenas um não-fazer, mas um comportamento em desacordo com a exigência legal de agir[36].

Nesse dispositivo, o legislador infraconstitucional, provavelmente em atenção ao princípio da eficiência que norteia a Administração Pública, considerado como dever jurídico de realizar a atividade administrativa visando à extração do maior número de efeitos positivos para o administrado e administração, pune a lesão ao erário decorrente da ação ou omissão dolosa ou culposa[37].

---

[34]Pazzaglini Filho, Marino, Rosa, Márcio Fernando Elias, Fazzio Júnior, Waldo. *Improbidade Administrativa*: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1998. p. 73.
[35]Martins Júnior, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 205.
[36] Fazzio Júnior, Waldo. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 115.
[37] Neste ponto, vale esclarecer que as noções de *dolo* e *culpa* não são exclusivas do direito penal. Assim, no nosso sistema jurídico estão constitucionalizadas as expressões *dolo* e *culpa* e superam os limites penais, na medida em que o agente público que causa dano à Administração Pública pode ser responsabilizado, desde que agindo pelo menos com *culpa* (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).

Dolo e culpa são espécies de vínculo de aspecto psicológico que liga o autor ao fato por ele praticado[38]. Tal vínculo psicológico é analisado tomando-se em conta o cidadão comum dentro do meio social. Age com dolo quem atua visando que seu ato contrarie o direito ou quer contrariar o direito e atua para isso[39]. Além do *dolus directus,* caracterizado pela prática da ação ou omissão consciente e buscando voluntariamente um resultado, há o *dolus eventualis* que se verifica quando o agente sabe que o ato que vai praticar é suscetível de produzir outra contrariedade a direito, além daquela que ele deseja, porém prefere que aquela se produza a ter que renunciar ao seu desejo[40]. Transportando esta noção para o direito administrativo, age com dolo o agente que voluntariamente realiza determinada conduta proibida pela ordem jurídica.

Por outro lado, age culposamente aquele que, deixando de empregar a atenção ou diligência de que era capaz em decorrência das circunstâncias, não previu o caráter ilícito da sua conduta ou do resultado desta, ou prevendo-o, achou que o mesmo não ocorreria[41]. Trata-se da potencial consciência da ilicitude, que, com maior razão, é considerada no campo do Direito Administrativo, onde o agente somente pode atuar com base em lei[42]. Neste trabalho, interessa-nos a culpa na modalidade de imprudência e negligência, que, inegavelmente, agride o princípio constitucional da eficiência.

Desta forma, tanto incidirá na hipótese do art. 10 o agente público que causou, conscientemente, prejuízo ao erário em razão de sua conduta, como aquele outro que, mesmo não tendo previsto o dano ao erário, agiu de forma imprudente ou negligente. A distinção entre a conduta dolosa e culposa aproveita, apenas, para fins de aplicação das sanções[43], incidindo para o segundo caso sanções menos severas, dentre as arroladas no art. 12, II, observando, também, o seu parágrafo único.

Pela análise dos incisos do art. 10, depreende-se que, diferentemente do art. 9º, existe aqui, normalmente, concessão indevida de vantagem a terceiro, alheio ao quadro administrativo, em detrimento da Administração Pública. Porém, nada impede que ocorra prejuízo ao erário sem conseqüente enriquecimento de quem quer que seja.

Da mesma forma, muitas das condutas elencadas no art. 9º além do enriquecimento ilícito do agente, acarretam prejuízo ao erário. Ocorre que, como as sanções do art. 9º são mais severas, este absorve o art. 10.

---

[38] Franco, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 103.
[39] Miranda, Pontes. *Tratado de Direito Privado.* Rio de Janeiro: Editor Bosoi, 1954. p. 249. tomo II.
[40] Miranda, Pontes. *Tratado de Direito Privado.* Rio de Janeiro: Editor Bosoi, 1954. p. 250. tomo II.
[41] Noronha, E. Magalhães. *Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1984. p. 150. v. 1.
[42] Osório, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*: Observações sobre a Lei 8.429/92. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 135.
[43] Apesar do parágrafo único do art. 12 se referir apenas à extensão do dano e o proveito patrimonial para a fixação da pena, pensamos que o aspecto psicológico da conduta deve também ser considerado.

O prejuízo ao erário, característico deste artigo, se revela pela perda, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação. Perda é o extravio de uma coisa que se possuía. O desvio é o destino ou aplicação errada. A apropriação caracteriza-se pelo apoderamento, inversão de posse, permitindo que outrem transforme em seu, bem que não lhe pertence. Malbaratamento, por sua vez, seria o emprego ou aplicação indevida, ou seja, o gasto de forma inconveniente, com prejuízo. Por fim, a dilapidação é reconhecida como o esbanjamento, desperdício.

Pensamos que para incidência das hipóteses constantes do art. 10 necessário se faz a comprovação do efetivo prejuízo ao erário, embora existam na doutrina posições que vislumbram a existência de lesividade presumida na hipótese[44]. Assim, no nosso entendimento, o que o legislador infraconstitucional pretendeu ao tipificar as condutas do artigo 10 foi punir os atos de improbidade que, efetivamente, causassem perda patrimonial. Da leitura dos incisos, observa-se que dificilmente ocorrerá uma daquelas situações sem o conseqüente prejuízo ao erário, porém a indicação de tal prejuízo se faz necessária. Caso a prática de uma das condutas descritas no referido artigo não cause dano real ao patrimônio público, não se poderá falar em improbidade por prejuízo ao erário, podendo subsistir a improbidade na modalidade do art.11. Cumpre acrescentar que a necessidade de demonstração cabal do dano ao patrimônio público não significa provar o *quantum,* que pode ser remetido à liquidação da sentença.

A improbidade decorrente de prejuízo ao erário vinculada ao tema licitações e contratos nos faz pensar, em princípio, apenas na efetivação de contratos superfaturados. Porém é perfeitamente viável que tal prejuízo venha a ocorrer durante a tramitação de processo licitatório, ou melhor, até no início desse processo.

O art. 10, inciso VIII determina que constitui ato de improbidade que causa lesão ao erário "frustrar a licitude do processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente". Conforme já observado, para incidência do referido dispositivo não basta apenas que seja frustrada a licitude de processo licitatório ou haja a dispensa indevida, é preciso também que se demonstre o prejuízo efetivo que pode ocorrer mesmo antes de firmado o vínculo contratual.

Assim, a primeira hipótese constante do art. 10, VIII aborda a frustração da licitude de processo licitatório. Frustrar significa iludir, enganar a expectativa. Como exemplos enquadrados nessa hipótese teríamos a requisição de documentos incompatíveis com os art. 27 a 31 da Lei 8.6666/93, a comprovação de aptidão com limitação de tempo ou de época ou ainda em locais especiais que inibam a participação na licitação ou também a utilização

[44]Este é o posicionamento exposto por Wallace Paiva Martins Júnior (Cf. Martins Júnior, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 206.), Emerson Garcia (Cf. Garcia, Emerson, Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 204) e Hugo Nigro Mazzilli (Cf. Mazzili, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*: Meio Ambiente, Consumidor e Outros Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 166-172.).

de modalidade de licitação em desconformidade com o valor do objeto licitado. Nesse diapasão, não se pode esquecer das verdadeiras encenações teatrais que acontecem em certos processos liticatórios, nos quais todos, de antemão, já conhecem o vencedor. Ora, essas fraudes ao processo licitatório podem gerar prejuízo ao erário. Com efeito, caso um processo licitatório venha a ser invalidado pela ocorrência de um dos vícios antes referidos, poder-se-á estar diante do efetivo prejuízo ao erário, bastando para isso lembrar quanto custa a publicação de resumo do edital em jornal de grande circulação. A anulação do processo licitatório com a conseqüente republicação do edital gera um prejuízo passível de cálculo. Logo, o prejuízo ao erário decorrente de processo licitatório não se restringe a estipulação de contratos superfaturado. Em verdade o prejuízo pode ocorrer antes mesmo de firmado o vínculo contratual. O mesmo se diga das revogações de processos licitatórios sem o preenchimento dos requisitos previstos no art. 49, da Lei n° 8.666/93, quais sejam: interesse público superveniente e motivação. Obviamente que se a revogação teve em vista beneficiar empresa que não foi capaz de atender aos requisitos constantes do edital, além da violação de princípios haverá uma série de prejuízos econômicos decorrentes do ato revogatório.

O inciso VIII também fala da improbidade por prejuízo ao erário decorrente da dispensa indevida de processo licitatório. Dispensa nesse dispositivo legal está no sentido amplo, ou seja, engloba todos os casos legais de contratação direta, sem observância do processo licitatório. Assim, tem-se a hipótese de licitação dispensada, referente à alienação de bens da Administração Pública, prevista no art. 17, a licitação dispensável[45], que está no art. 24 e a licitação inexigível, presente no art. 25[46], todos da Lei n° 8.666/93. Nesta segunda hipótese do inciso VIII, pensamos que o prejuízo ao erário somente ocorrerá se houver o superfaturamento do contrato decorrente da contratação direta, uma vez que não aceitamos a tese do prejuízo presumido, conforme já abordado, e não há procedimento anterior à contratação capaz de gerar maiores gastos à Administração. Assim, caso não seja detectado o efetivo prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação, pode-se estar diante de ato de improbidade administrativa por violação de princípios, que veremos a seguir.

[45] Licitação dispensável ocorre quando a instauração de processo licitatório é inconveniente à satisfação do interesse público, ou seja, na equação custo-benefício a licitação poderá ter um custo superior aos benefícios dela decorrentes. O legislador no art. 24 estabeleceu taxativamente os casos de dispensa de licitação.

[46] Na licitação inexigível há a inviabilidade de competição. Neste caso, diante da impossibilidade de se levar a termo o processo licitatório, a lei permitiu a contratação direta. Como a inexigibilidade decorre da realidade extra-normativa., as hipóteses do art. 25, da Lei n° 8.666/93, são exemplificativas.

6. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Dentre as modalidades de improbidade administrativa, o art. 11 é a grande novidade, pois possibilita a imposição de sanções ao agente público que viola os princípios que regem a Administração Pública, independentemente do enriquecimento ilícito ou do prejuízo ao erário.

Agustín Gordillo leciona que os princípios são a base de uma sociedade livre e republicana, sendo os elementos fundamentais e necessários da sociedade e de todos os atos de seus componentes[47].

Sabe-se que os princípios não são meras declarações de sentimentos ou intenções ou, ainda, meros postulados de um discurso moral. Em verdade, são normas dotadas de positividade que têm o condão de determinar condutas ou impedir comportamento com eles incompatíveis[48].

Neste ponto, merece transcrição a reflexão de Jorge Miranda, segundo a qual

> *o Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de acto de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; projecta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projecta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.*[49]

O art. 37, *caput,* da Constituição Federal determina expressamente a obediência aos princípios administrativos. Assim, o agente público, na qualidade de gestor dos interesses públicos, deverá adotar postura exemplar à sociedade, agindo dentro dos padrões éticos dominantes[50].

Ocorre que, não adianta determinação constitucional de obediência aos princípios administrativos sem que haja um meio eficaz de punir sua violação. Segundo Von Ihering "o direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual

---

[47] Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. 37-V, tomo I.
[48] Ferraz, Sérgio, Dallari, Adilson Abreu. *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45.
[49] Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 225. tomo II.
[50] Osório, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*: Observações Sobre a Lei 8.429/92. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 119.

pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito"[51].

Assim, veio a Lei n° 8.429/92 e determinou sanções de natureza pessoal ao agente público que viola princípios administrativos. A Lei de Improbidade seria então, diante da abordagem de Von Ihering, a espada voltada a garantir a observância dos princípios administrativos, que estariam na balança.

O art. 11, *caput*, da lei de Improbidade se refere à ação ou omissão que atenta contra os princípios administrativos, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Esses deveres são arrolados exemplificativamente, a eles se podem acrescentar a boa-fé, a impessoalidade, igualdade, proporcionalidade, dentre outros contidos nos princípios que norteiam a atividade administrativa.

Alguns autores são incisivos em afirmar que para incidência do art. 11 é necessário que o elemento subjetivo que as motiva seja o dolo, quer dizer, necessário se faz a consciência da ilicitude e a vontade de praticar o ato antijurídico[52], uma vez que a Lei de Improbidade somente admitiu ato de improbidade decorrente de conduta culposa na hipótese do art. 10.

Entendemos que alguns esclarecimentos devem ser feitos quanto à matéria.

A atuação do administrador público é sempre voltada ao atendimento de um interesse público. Para a sua relação com a coisa pública, pressupõe-se que aquele possui certa especialidade dentro da sua área de atuação, conhecendo com profundidade todas as atribuições que lhe são conferidas, mesmo aquelas delegadas o exercício a outros agentes públicos de hierarquia inferior.

Sendo assim, não se pode comparar o dolo e culpa que rondam o agir do cidadão comum com aqueles elementos subjetivos no âmbito da Administração Pública.

Em conseqüência, podemos afirmar que, quando se exige a presença do dolo como elemento subjetivo necessário à incidência do art. 11 da Lei de Improbidade, é suficiente a presença do dolo eventual, ou seja, basta que o agente tolere o resultado, consinta em sua provocação ou tenha se conformado com o risco da realização do tipo[53].

Desta forma, discordamos daqueles que pensam que para a incidência do art. 11 se faz necessária a efetiva vontade do administrador público de violar

[51] Ihering, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.p. 27
[52] Pazzaglini Filho, Marino, Rosa, Márcio Fernando Elias, Fazzio Júnior, Waldo. *Improbidade Administrativa*: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1998. p. 120.
[53] Franco, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 109.

princípios administrativos. Para nós, basta que tolere a violação. Assim, no caso em que o administrador público formaliza um contrato direto com uma empresa, sem observância das regras pertinentes ao certame licitatório, mesmo que o faça em atendimento a um parecer da assessoria jurídica, por ele escolhida, responderá pela improbidade administrativa, com fundamento no art. 11, *caput,* diante da violação dos princípios da legalidade e impessoalidade, desde que não tenha havido prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito. Se assim não fosse, com toda certeza, tornar-se-ia inaplicável o art. 11, uma vez que dificilmente se conseguiria provar a efetiva vontade do administrador de violar os princípios administrativos.

Por outro lado, conforme assevera Pontes de Miranda, "não exclui o dolo o *motivo* do ato, nem o *fim* que teve em vista o agente, nem o *interesse maior*, moral, política ou economicamente, que levou ao ato"[54]. Assim, quando a escolha do licitante vencedor do certame licitatório recai sobre empresa que ofereceu vantagem contratual que não constava do ato convacatório, estar-se-á diante de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, *caput,* da Lei de Improbidade, considerando a violação do princípio da legalidade e isonomia.

O *caput* do art. 11 considera ato de improbidade administrativa a violação do dever de legalidade. Dificilmente haverá a violação autônoma do princípio da legalidade, ou seja, normalmente a violação da lei está vinculada à transgressão de outros princípios. Nesse sentido afirma Juarez Freitas que "os princípios sempre irradiam efeitos, embora em intensidades diversas, uns sobre os outros"[55]. Assim, a colocação de cláusula no edital que favoreça determinada empresa, não viola somente o princípio da legalidade, mas também o da impessoalidade e o da moralidade. O mesmo pode-se dizer quanto as dispensas indevidas ou o fracionamento impróprio de objeto licitado, condutas que violam além do princípio da legalidade, o princípio da moralidade.

Ocorre que, podem existir situações nas quais somente se vislumbre a violação do princípio da legalidade. Este ponto muito nos interessa na abordagem do tema "licitações e contratos", se levarmos em consideração o elevado número de mandados de segurança que são interpostos contra vícios de legalidade perpetrados em processos licitatórios. Pense, então, na hipótese de inabilitação indevida de um licitante por ter apresentado documento obtido via Internet, quando a legislação admite tal forma de apresentação. Neste caso, estaremos diante de ato de improbidade?

Ora, se interpretarmos a lei literalmente teríamos que toda ilegalidade efetivamente constitui uma improbidade, porque é isso que consta do art. 11. Aliás, este é o entendimento de alguns doutrinadores[56].

---

[54] Miranda, Pontes. *Tratado de Direito Privado.* Rio de Janeiro: Editor Bosoi, 1954. p. 252. tomo II.

[55] Freitas, Juarez. Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 204, p. 78, abr./jun. 1996.

[56] Garcia, Emerson, Pacheco Alves, Rogério. *Improbidade Administrativa.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p. 288.

Há, no entanto, quem entenda que para caracterização do ato de improbidade por violação de princípios, necessário se faz a associação à imoralidade da conduta[57]. Então, no exemplo citado, além da necessidade de se demonstrar a ilegalidade, deverá estar provado que o ato foi fruto da desonestidade, má-fé ou intolerável incompetência da comissão de licitação, reveladora do descaso no trato da coisa pública. Em conseqüência, para quem sustenta tal posicionamento, a violação aos princípios administrativos deverá sempre contar com um *plus* que seria a má-fé, essência da moralidade.

Outros se reportam ainda à teoria das nulidades dos atos administrativos para abordar a matéria. Assim, quando a ilegalidade gera um ato anulável passível de convalidação, não se estaria diante de ato de improbidade[58]. Por outro lado, caso a ilegalidade leve à nulidade absoluta do ato administrativo se poderá estar frente a uma conduta ímproba. Segundo Fábio Medina Osório "a relação entre a teoria geral das nulidades e improbidade apenas fornece o caminho, ou melhor dizendo, o "cheiro" da improbidade administrativa"[59].

Entendemos que, caso a violação autônoma do princípio da legalidade fosse considerada, via de regra, ato de improbidade administrativa seria instalado um caos, uma vez que todo mandado de segurança interposto contra a Administração Pública, julgado procedente, geraria, em tese, uma ação judicial por ato de improbidade administrativa, com fundamento na Lei n° 8.429/92. Tal interpretação levaria, com certeza, a efetiva banalização do instituto. Mas não é só isso. Pensamos que a violação do princípio da legalidade mesmo ocorrendo no âmbito da Administração, muitas vezes viola precipuamente interesse particular, como no exemplo dado. No nosso entender não há, em regra, prejuízo ao interesse público a inabilitação indevida de um licitante no processo licitatório, salvo se além do princípio da legalidade se verificar a violação de outros princípios, como por exemplo, o princípio da impessoalidade ou mesmo da moralidade. Em conseqüência, a violação única do princípio da legalidade somente caracterizará ato de improbidade se tal violação gerar um risco de dano para o interesse público.

Tratando da improbidade fundamentada no art. 11 da Lei, não podemos deixar de abordar a dispensa indevida da licitação, fundamentada no art. 24, IV, da Lei n° 8.666/93[60], que muitas vezes leva a violação de princípios

---

[57] Fazzio Júnior, Waldo. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito.* São Paulo: Atlas 2000. p. 177.
[58] Osório, Fábio Medina. Improbidade Administrativa: observações sobre a lei n° 8.429/92. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 133.
[59] Osório, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa: observações sobre a lei n° 8.429/92*. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 133.
[60] "Art.24. É dispensável a licitação:...IV- nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos".

administrativos. Referido dispositivo trata da dispensa por situação de emergência ou calamidade pública.

Segundo Jessé Torres Pereira Júnior *"os abusos na dispensa de licitação por suposta emergência multiplicam-se, sendo possível afirmar que o volume das aquisições sem licitação suplanta o daquele decorrente da competição pública, graças, em parte, à aplicação descriteriosa do permissivo da emergência"*[61]. Por situação de emergência se entende a situação de risco que somente poderá ser afastada através da contratação imediata. Marçal se reporta à *"existência de situação fática onde há potencial de dano caso sejam aplicadas as regras-padrão"*[62].

Ocorre que, na prática, muitas vezes a situação de emergência decorre da proposital inércia da autoridade competente, voltada a beneficiar terceiros. Pense no caso do gestor público que sabe da proximidade do termo final do contrato de prestação de serviço de informática em determinado órgão público, sem possibilidade legal de prorrogação, e não adota qualquer providência para realização de processo licitatório destinado à contratação de empresa para a prestação do referido serviço ou então decide instaurá-lo faltando apenas 15 (quinze) dias para o termo final do contrato. Ora, findo o contrato obviamente que o serviço por envolver prestações homogêneas, de cunho continuado, não poderá ser interrompido. Observe que a lei não distingue a fonte causadora da situação emergencial, basta o risco de dano para se autorizar a contratação direta. Assim, poderá o referido gestor proceder à contratação direta com fundamento no art. 24, IV, da Lei n° 8.429/92. No entanto, apesar da possibilidade de realizar a contratação com base nesse dispositivo, deverá ser apurado o possível ato de improbidade administrativa perpetrado pela autoridade responsável, decorrente da violação dos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, enquadrado no art. 11, caso não se verifique o enriquecimento ilícito ou o prejuízo ao erário.

Outro ponto que merece nossa atenção é a contratação de advogados pela Administração Pública e a possível violação de princípios administrativos.

É inegável que a evolução do Estado retirando-lhe a posição de senhor absoluto, realizador de atividades indiscutíveis, tornou possível o questionamento das realizações estatais, sujeitando-o a diversas formas de controle. Ora, tal processo evolutivo gerou a necessidade da presença constante de advogados qualificados nos quadros da Administração Pública, contratados através de concurso.

Ocorre que, por diversas vezes a Administração Pública recorre à contratação de profissionais estranhos a seus quadros, utilizando para tal fim o disposto no art. 25, II, da Lei n° 8.666/93.

---

[61] Pereira Júnior, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública.* Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 265.
[62] Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* São Paulo: Dialética, 2000. p. 238.

É inegável que a profissão de advogado é dotada de uma certa posição institucional de "nobreza e nobilização", conforme afirmou Pinto Ferreira[63], exigindo do profissional conhecimento técnico-científico. Assim, incluem-se os serviços profissionais de advocacia entre aqueles arrolados no art. 13 da Lei n° 8.666/93, ou seja, serviços técnicos especializados.

No entanto, para a contratação de advogados por inexigibilidade de licitação, com fulcro no inciso II do art. 25, necessária se faz a observância de dois requisitos: notória especialização e singularidade do serviço.

No que concerne à "notória especialização" a doutrina já esclareceu, à exaustão, tratar-se da forma consagradora do profissional no campo de sua especialidade ou da reconhecida capacidade do profissional ou firma na pertinente matéria[64]. Tal reconhecimento deve partir da comunidade e não exclusivamente do âmbito interno da Administração. Ademais, o próprio § 1° do art. 25, da Lei de Licitações, tratou de classificar a notória especialização, não causando perplexidade maior o entendimento de tal expressão. Com efeito, não preenche o requisito de notória especialização a contratação de um consagrado advogado criminalista para defesa do Município em determinada causa de natureza tributária.

O entrave maior, que vem causando desvios na aplicação da norma legal em comento, situa-se no segundo requisito, qual seja, a singularidade do serviço. De imediato, deve-se afirmar que a natureza singular não significa ausência de pluralidade de sujeitos em condições de desempenhar o objeto. Segundo Marçal Justen Filho *"a natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado"*[65]. Assim, o simples fato da atividade estar enquadrada no inciso V do art. 13 da Lei não a torna uma atividade singular, é preciso ainda que sejam preenchidos requisitos variáveis, tais como, a especialidade da matéria, a complexidade da questão, o grau de jurisdição, dentre outros. Ou seja, diversos fatores podem contribuir para a caracterização da natureza singular do serviço advocatício. Nesse diapasão, não se pode falar em singularidade do serviço quando se está diante de ações trabalhistas propostas por celetistas contratados pela Administração Pública ou frente a mandados de segurança interpostos contra decisões proferidas em processos licitatórios.

Com efeito, caso ocorra a contratação direta com fundamento no dispositivo em comento sem que sejam preenchidos os requisitos legais – notória especialização do advogado e natureza singular da causa – poder-se-á estar diante de ato de improbidade por violação dos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade.

---

[63] Ferreira, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1992, v. 5. p. 43.
[64] Barros, Márcio dos Santos. *Comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos.* São Paulo: NDJ, 2005. p. 125.
[65] Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* São Paulo: Dialética, 2000. p. 287.

7. CONCLUSÃO

Sem dúvida a Lei de Improbidade Administrativa veio também como um instrumento capaz de coibir e punir irregularidades ocorridas durante a tramitação de processos licitatórios, bem como aquelas ocorridas durante a execução de contratos firmados com o ente público. No entanto, a existência de leis dotadas de certa carga de eficácia não é suficiente para banir o alto índice de corrupção que ronda os negócios públicos. Necessário se faz a modificação do comportamento das pessoas envolvidas nesses processos. Os licitantes têm que ter certeza do comportamento dos futuros contratantes. Têm que ter a certeza de que serão tratados com justiça, pois a discriminação leva à corrupção. Se na qualidade de licitante sei que alguém foi beneficiado em um processo licitatório, na próxima licitação farei de tudo para obter aquela vantagem.

Por outro lado é de extrema importância a fiscalização dos contratos firmados no âmbito da Administração Pública. De nada adianta um processo licitatório correto com falhas na execução do contrato dele decorrente. Assim não interessa um sistema normativo sofisticado, sem um sistema de controle eficiente. É preciso atenção às pessoas envolvidas nesses processos administrativos. Steven L. Schooner[66], em palestra proferida no IV Fórum Global de Combate à Corrupção, afirmou que são características essenciais às pessoas envolvidas no processo licitatório a educação, a experiência e a independência. Abordou, ainda a importância de serem conferidos incentivos, levando sempre em consideração que aqueles que participam da licitação em nome da Administração Pública na maioria das vezes tem o controle de capital em muito superior à remuneração percebida no órgão público. Daí a necessidade do estímulo ao crescimento dentro do órgão, que tem que ser conferido aos bons profissionais que atuam nessa área. O referido professor trouxe, ainda, o exemplo prático da China, que após a implementação da Lei de Licitações em 1988, passou a treinar 10.000 (dez mil) pessoas por ano especialmente para atuar em processos licitatórios.

Desta forma, apesar do controle jurisdicional que pode ser exercido nas licitações e contratos através da ação de improbidade administrativa, faz-se necessário que a Administração Pública se utilize dos sistemas internos de controle no sentido de garantir a legalidade e a eficiência de tais procedimentos.

É preciso que o Poder Público rompa de uma vez por todas com as relações espúrias mantidas com o setor empresarial e direcione a sua atuação à satisfação do interesse público, cujos contornos vem sendo gradativamente desvirtuado, dando lugar ao atendimento dos interesses das classes dominantes. E o povo. Bom, esse assiste aos escândalos diários ocorridos no âmbito da Administração Pública, regando a única semente que lhe resta: a esperança.

---

[66] Professor Associado e Co-Diretor do Programa Jurídico de Licitações Públicas da Universidade de George Washington – EUA.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

TOURINHO, Rita. DISPENSA, INEXIGIBILIDADE E CONTRATAÇÃO IRREGULAR EM FACE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, outubro/novembro/dezembro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.