

# A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM CASOS DE AFRONTA AO DEVER DE LICITAR

Alba Lygia Ismael da Costa Macedo  
Advogada

## 1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 37, XXI, a regra da obrigatoriedade de licitação, tendo como finalidade preservar os princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, eficiência, moralidade e probidade. Licitação é o procedimento administrativo através do qual um ente público, exercendo sua função administrativa, abre aos interessados que se adequem às condições fixadas no instrumento convocatório a faculdade de formularem propostas.

Dentre as propostas apresentadas, será selecionada a mais conveniente para a celebração de um futuro contrato administrativo. A Lei de Licitação também obriga as entidades privadas que estejam no exercício de função pública a cumprirem as regras ali estabelecidas. Há duas finalidades para a realização da licitação: obter o contrato mais vantajoso para a administração pública; cumprir os princípios inerentes ao procedimento licitatório.

O instrumento convocatório, que contém as regras que vigorarão durante o processo seletivo, assim como as normas que serão observadas no contrato a ser celebrado, é o meio solicitante dos interessados. A lei prevê duas formas de convocação: o edital e a carta. Para contratar, a Administração Pública deve agir na conformidade da Constituição e das leis, não cabendo a ela nenhum poder discricionário.

A Constituição Federal acolheu a regra da presunção de que a licitação prévia induz à melhor contratação, garantindo maior vantagem à Administração Pública. Entretanto, esta presunção encontra exceções na própria Constituição, quando faculta a contratação direta nos casos previstos em lei. Essa hipótese está prevista no art. 37, XXI, da Carta Magna, que foi regulamentado pela Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 22, XXVII, concedeu competência privativa à União, para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação (...)”. Entretanto, este dispositivo faculta aos Estados e, por via reflexa, ao Distrito Federal a edição de normas peculiares para suas licitações e contratações futuras (art. 22, parágrafo único, e art. 32, § 1º, da Constituição Federal). Todavia, os Estados não podem contrariar as normas gerais, mormen-

te no que tange ao procedimento licitatório, na formalização e execução dos contratos, nos prazos e nos recursos admissíveis.

Com a edição da Lei de Licitação e Contratos (Lei nº 8.666/93), a União e suas autarquias têm a obrigação de cumprir tudo o que se encontra disposto em suas regras. Já os demais entes federados da administração indireta deverão cumprir somente as normas gerais. Como explicita Maria Sylvia di Pietro<sup>1</sup>, são “(...) normas gerais, de âmbito nacional, e normas específicas, de âmbito federal, sem qualquer critério orientador que permitisse distinguir umas das outras”.

## 2 Excludentes da obrigatoriedade licitatória

A supremacia do interesse público fundamenta a exigência da licitação prévia para contratações com a Administração Pública, como regra geral. Entretanto, a Carta Magna prevê hipóteses taxativas possibilitando ao ente público contratar diretamente. Em tais hipóteses dá-se a dispensa ou inexigibilidade de licitação. Porém, a Administração Pública somente poderá deixar de realizar a licitação, quando a lei a desobrigar, autorizando a sua dispensa, em decorrência de uma situação particular. Ou, no caso de ser a licitação inexigível, pela impossibilidade de sua realização. Há também a hipótese de substituição de uma modalidade por outra.

Esta exceção decorre do fato de que a exigência do procedimento licitatório pode contrariar o interesse público e não assegurar a contratação mais vantajosa. Desta forma, a Administração Pública está autorizada a adotar outro procedimento, cujas formalidades serão supridas ou substituídas por outras. Convém frisar que tal flexibilidade não foi dotada de discricionariedade.

### 2.1 Licitação dispensada

O art. 17 da Lei nº 8.666/93 elenca as hipóteses em que o procedimento licitatório é dispensado: são os casos de alienação de bens e direitos. Apesar de a norma legal elencar essas hipóteses como de licitação dispensada, Marçal Justen Filho<sup>2</sup> entende que alguns casos descritos no artigo referi-

<sup>1</sup>PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 293.

<sup>2</sup>JUSTENFILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

do (o inciso I, com exceção da alínea “e”, e o inciso II, alíneas “a”, “b” e “f”) são qualifi cáveis como de inexigibilidade. Entretanto, essa posição não é consensual na doutrina.

Alienação é toda transferência voluntária do domínio de um bem ou de um direito. Apesar de o instituto de compra e venda ser de direito privado, suas regras são utilizadas nas alienações de bens públicos. É de se salientar que serão aplicados os princípios que regem o direito público sempre que o regime de direito privado for com eles incompatível.

Não se aplica também cláusula alguma ou regra peculiar a esses contratos, quando isso contrariar os princípios de direito público. No caso das alienações, inexistente para o Estado a necessidade de se obter a colaboração de terceiros, como ocorre nas obras, serviços e compras. O intuito do Estado é abrir mão da titularidade de bens ou direitos, a fim de receber a prestação econômica mais proveitosa.

As hipóteses legais são: contratação direta na alienação de imóveis; doação em pagamento; doação e permuta; investidura; alienações para a Administração Pública; concessão de direito real de uso, alienação, locação ou permissão de uso de bens imóveis; contratação direta na alienação de móveis; doação, permuta e venda de ações através da bolsa de valores; venda de títulos e de bens produzidos ou comercializados pela Administração Pública; venda de materiais e equipamentos; doação com encargo.

## 2.2 Licitação dispensável

A licitação dispensável permite à Administração Pública, em sua análise discricionária, abrir ou não a competição, analisar o que é conveniente ao interesse público. Isso porque, em algumas hipóteses, os custos necessários à licitação ultrapassariam os benefícios que dela poderiam advir. O art. 24 da Lei nº 8.666/93 elenca vinte e quatro hipóteses de licitação dispensável. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>3</sup> reuniu todas essas hipóteses em quatro categorias:

- a) Em razão do pequeno valor, englobando os incisos I, II e parágrafo único do art. 24.
- b) Em razão de situações excepcionais, nesta incluindo-se: guerra ou grave perturbação da ordem; emergência ou calamidade pública; licitação deserta; intervenção no domínio econômico; licitação

<sup>3</sup>PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. cit., p. 294.

fracassada; risco à segurança nacional, remanescente de obras; contratações segundo acordos internacionais; e contratações vinculadas a operações militares.

c) Em razão do objeto, incluindo-se: compra ou locação de imóvel; compra de hortifrutigranjeiro; aquisição e restauração de obras de arte; contratação acessória para manutenção de garantia; padronização de material de uso militar; aquisição de bens para pesquisa científica.

d) Em razão da pessoa, nos contratos com pessoa da Administração Pública; contratação no âmbito da administração indireta; contratações especiais com a Administração Pública; instituição sem fins lucrativos; contratação com associação de portadores de deficiência; contratação de energia elétrica; contratação com organização social.

### **2.3 Licitação inexigível**

A inexigibilidade de licitação se dá quando houver impossibilidade jurídica de competição entre os contratantes, acarretando a ausência de licitação e a contratação direta. Pode acontecer em razão da natureza específica do objeto ou dos objetivos sociais buscados pela Administração Pública. Além disso, a licitação não deverá ser realizada quando a hipótese de inexigibilidade derivar da impossibilidade de solução satisfatória. Nesse caso, a licitação acarretaria desembolso inútil de recursos e perda de tempo. As exceções à regra da obrigatoriedade licitatória previstas no art. 25 têm natureza apenas exemplificativa. São elas: produtor ou fornecedor exclusivo; serviços técnico-profissionais especializados; contratação de artistas; serviços de publicidade.

### **2.4 Formalidades necessárias para a contratação sem licitação**

A contratação direta é feita mediante um procedimento administrativo, sem o caráter rigoroso da licitação. Divide-se em duas etapas: interna e externa. Na etapa interna, a Administração Pública define o objeto fruto do contrato e as condições contratuais a serem observadas; na etapa externa, formaliza a contratação. Nesse caso, haverá uma liberdade relativa na escolha da proposta, que deve ser a mais vantajosa possível, e do contratante, que deve ser o mais qualificado.

Como a Administração Pública tem a faculdade de escolha entre realizar ou não a licitação, a ela também cabe a decisão de, querendo, promover o procedimento seletivo. Ao invés de realizar a licitação segundo uma das modalidades previstas em lei, ela anuncia seu interesse de contratar, divulga as

condições básicas de contratação e convoca os interessados para formularem as suas propostas. Em seguida, examina os documentos e as propostas, escolhendo uma delas. Essa medida expressa o princípio da transparência da atividade administrativa do Estado.

### **3. Lei de Improbidade Administrativa e a obrigação de licitar**

A responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa tem raiz no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal. Esse dispositivo prevê as sanções aplicáveis a esta prática, na forma e gradação previstas em lei, remetendo sua aplicação à lei específica. A Lei federal nº 8.429/92 estabelece as sanções aplicáveis aos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública direta, indireta ou fundacional.

Para Alexandre de Moraes<sup>4</sup>, “atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da Administração Pública”. É, num conceito mais específico, a conduta de uma autoridade pública, que exerce o poder indevidamente, em troca de vantagem material, beneficiando interesse privado.

Como veremos adiante, a Lei de Improbidade Administrativa pretende punir, não a ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público. Portanto, há duas características essenciais para se caracterizar o ato ímprobo do agente público: a natureza civil da conduta e a tipificação em lei federal. Os atos ímprobos compreendem três modalidades, descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei Federal nº 8.429/92: os que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública, respectivamente. Neste estudo, será analisada apenas a segunda modalidade de ato de improbidade administrativa: o que causa prejuízo ao erário. Esse ato está previsto no art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92: “frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”.

Causar prejuízo ao erário é diferente de causar prejuízo ao patrimônio público. Erário diz respeito ao aspecto econômico-financeiro, ao tesouro da

---

<sup>4</sup>MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 2.610.

Administração Pública; já patrimônio público abrange, além do aspecto econômico, o histórico, o paisagístico e o artístico. Desta forma, o art. 10 da Lei nº 8.429/92 pretende proteger o conjunto de órgãos administrativos encarregados da movimentação econômico-financeira do Estado. Para sua tipificação, é preciso haver a junção de cinco requisitos, quais sejam: conduta dolosa ou culposa do agente; conduta ilícita; existência de lesão ao erário; não exigência de obtenção de vantagem patrimonial pelo agente; existência de nexo causal entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário público.

O inciso VIII do art. 10 da Lei nº 8.429/92 indica uma modalidade de ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, ao dispor: “Constitui ato de improbidade administrativa frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”. A regra da obrigatoriedade licitatória exige que todas as obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações da Administração Pública, quando contratados com terceiros, devem ser precedidos de licitação. Exige-se, também, licitação para a contratação de serviços de publicidade.

No aspecto licitatório, neste caso, é imprescindível fazer-se o estudo conjugado da Lei nº 8.666/93 com a Lei nº 8.429/92. Com base nessas duas leis, é vedado ao agente público admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo, como também as que estabeleçam preferências ou distinções sob qualquer aspecto do objeto do contrato. Há duas modalidades de fraude lesivas ao patrimônio público bastante comuns: o superfaturamento e a contratação de serviços fantasmas.

#### **4 Penalidades previstas na Lei nº 8.429/92**

O art. 37, § 4º, da Carta Magna prevê as sanções aplicáveis aos agentes públicos, em caso de cometimento de improbidade administrativa. Porém, remete a sua aplicação à Lei nº 8.429/92, que trata da questão em seu art. 12. O citado dispositivo constitucional enumera três sanções: suspensão dos direitos políticos; perda da função pública e ressarcimento ao erário. Estas têm natureza civil e não excluem as sanções penais eventualmente previstas em lei para a mesma conduta. Isto advém do fato de que são três as jurisdições passíveis de responsabilidade: a administrativa, a civil e a penal, as quais atuam com uma relativa independência. O agente pode sofrer

punições nas três esferas e também por improbidade, como estabelece o caput do art. 12 da Lei nº 8.429/92. Esse dispositivo estabelece, de forma específica, as sanções aplicadas ao agente que pratica ato de improbidade administrativa, que são as seguintes:

- ressarcimento ao erário;
- perda da função pública e suspensão dos direitos políticos;
- perda dos bens acrescidos ilicitamente;
- multa civil;
- proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios diretos ou indiretos.

Para a fixação das penas, dispõe o parágrafo único do artigo 12: “Na fixação das penas previstas nesta Lei, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito obtido pelo agente”. O rol dessas sanções não deverá ser, obrigatoriamente, aplicado de forma cumulativa. Portanto, não está o Poder Judiciário compelido a aplicar todas as sanções em todos os casos de improbidade administrativa. Isso ocorre, devido ao princípio da individualização da pena, consagrado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Para tanto, o Poder Judiciário deverá analisar o ato ímprobo, para, nos limites e na extensão da lei, de forma flexível, equânime e criteriosa, aplicar, dentre as sanções legais, a mais adequada ao caso concreto.

## 5 Considerações finais

Este estudo demonstrou a necessidade de os agentes públicos estarem vinculados à idéia de irrestrita honestidade no trato da coisa pública. Significa que devem atuar, com extrema cautela, nos julgamentos que possam motivar a contratação direta, por tratar-se de exceção ao princípio constitucional da licitação. O instituto da licitação nem sempre alcança o seu fim, que é a contratação. Esta, apesar de devidamente formalizada, não está imune a fraudes e desvios. Ao contrário, pode constituir-se em uma forma mais proveitosa de se disfarçar a improbidade, entabular conluios e consumir abusos, originando um enriquecimento ilícito por parte de administradores e de terceiros desonestos.

Em face destes deslizamentos, o alcance e os diversos efeitos da Lei de Improbidade Administrativa na sociedade são altamente salutares e poderão proporcionar solução eficaz ao problema da fiscalização da probidade administrativa. Nesse sentido, é preciso lembrar aos operadores jurídicos que suas

tarefas, mais que tudo, ligam-se a um contexto social. Eles têm a incumbência de julgar com base na transparência e no rigor, para o controle das administrações, em todas as suas esferas.

Foi escolha da sociedade o caminho do rigoroso combate à improbidade administrativa, em caso de locupletamento ilícito, às custas dos cofres públicos. Há muito, a sociedade vem lutando pela moralidade administrativa, pelo resgate de princípios éticos de lealdade, honestidade e probidade no trato da coisa pública e no exercício das funções públicas.

Trata-se de um desafio imperioso, porém inafastável, dos que estão comprometidos com o bem-estar social e voltados a um objetivo fundamental: a promoção concreta da justiça e a implementação da igualdade e dos valores constitucionais superiores, norteando o convívio numa sociedade mais justa, mais humana e mais fraterna.

## Referências

BENEDICTO FILHO, Tolosa. *Contratando sem licitação: comentários teóricos e práticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

MARINO FILHO, Pazzaglini et al. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.