SUMÁRIO

Apresentação Prof. Fabrício Bastos_____4

LICITAÇÕES: O CALCANHAR DE AQUILES DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA: Os riscos à probidade administrativa oriundos das licitações e contratos administrativos por Adriano Espíndola Carvalho_____5

A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO: Uma análise histórica e os seus reflexos atualmente. Um retrocesso? por Anna Carolina Peixoto Rodrigues _____14

A DISCUSSÃO ACERCA DA NATUREZA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO TEMA 1199 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DA (IM)POSSIBILIDADE VINCULATIVA por Davi Weber Regioli_____44

A INCONSTITUCIONALIDADE E A INCONVENCIONALIDADE DO ARTIGO 11, §5º, DA LEI N.º 8.429/1992, ALTERADO PELA LEI N.º 14.230/2021 – NEPOTISMO E SUA VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS por João Reuther Antunes__60

ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA PROPOSTA INTERPRETATIVA À LUZ DA LEI DA SEGURANÇA JURÍDICA (LEI Nº 13.655/2018) por Marjorie Montenegro Smith Santos_____81

APRESENTAÇÃO

Com grande regozijo aceitei a honra de coordenar o Congresso Brasileiro de Improbidade Administrativa, realizado integralmente online em 2023, com a participação de grandes nomes do Direito das 05 regiões geopolíticas do país.

Na esteira da linha temática adotada, como coordenador, decidi abrir a oportunidade para novos talentos apresentarem artigos científicos com a devida premiação e promessa de futura publicação.

Após recebermos dezenas de artigos, coube-me a difícil tarefa de selecionar os 05 melhores para, então, definir quais seriam os 03 melhores que receberiam a premiação fixada.

Com efeito, após alguns dias de intensa reflexão, defini os melhores artigos, segundo a minha visão do tema e vos apresento, nessa singela obra, os selecionados. Os artigos abrangem diversas temáticas da Improbidade Administrativa, todas relevantes e profundas, que permitem ao leitor ter uma visão geral, bem como uma acepção crítica de seu teor e aplicação prática.

A assim denominada Nova Lei de Improbidade Administrativa, ainda muito recente, será muito debatida, ainda, em todas as searas e tais artigos servirão, sem qualquer exagero, de farol para o bom entendimento.

Aproveitem a leitura.

Fabrício Bastos

Macaé, Princesinha do Atlântico, outono de 2024

LICITAÇÕES: O CALCANHAR DE AQUILES DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Os riscos à probidade administrativa oriundos das licitações e contratos administrativos

Adriano Espíndola Carvalho

Pós-Graduando em Direito Administrativo
Advogado
adv.adrianoespindola@gmail.com

Resumo:

O artigo estuda o procedimento licitatório e contratual na administração pública, busca mostrar as fragilidades do sistema licitante capaz de otimizar a corrupção, e por consequência a Improbidade Administrativa. Demonstra dados nos Ministérios Públicos Estaduais e do Federal, com intuito de afirmar que o campo da licitação gera muitos frutos de improbidade.

Palavras-chave: Licitação e contratos. Corrupção. Improbidade administrativa.

Adriano Espindola Carvalho
Pós-Graduando em Direito Administrativo

INTRODUÇÃO

A administração pública precisa comprar e contratar obras e serviços como qualquer cidadão, isso o faz para garantir o atendimento do interesse público, a diferença mora na regulamentação austera que deve seguir.

Atualmente a contratação pública é regulada principalmente por duas Leis Gerais de Licitação, Lei 8.666/93 e Lei 14.133/21, mas historicamente já convivemos outros diplomas legais, sendo mais ou menos rigorosa a legislação tem o condão de ditar os passos da contratação, de forma a evitar a malversação ou dilapidação dos cofres públicos.

O presente trabalho tem por objeto a análise probidade administrativa, descrita como princípio norteador na Nova Lei de Licitações e Contratos, no escopo do processo licitatório.

Por meio dos estudos de dados públicos de instituições e notícias, bem como a pesquisa da doutrina especializada, a probidade administrativa mostra-se em risco no percorrer do processo licitatório e contratual.

No primeiro capítulo é apresentado breve panorama histórico da contratação pública, já o segundo capítulo enfrenta os riscos da licitação, uma vez que o Brasil ocupa o 38º lugar no Ranking da Corrupção, muito aquém de países desenvolvidos, para FERREIRA (2023) "Em se tratando de licitações, a casuística tem mostrado que é uma área na qual ocorrem muitos atos de improbidade administrativa", o estudo mostra os principais atos geradores de improbidade administrativa e onde eles ocorrem.

Por fim, o processo licitatório e contratual apresentado mostrou-se facilmente suscetível à ocorrência de irregularidade, de forma ser definido como "calcanhar de Aquiles" da probidade administrativa.

1. PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

O meio legal de contratação pública de serviços, bens e obras foi determinado pela Constituição Federal, e como regra, seguirá o procedimento da licitação, isso com fim de combater práticas de corrupção, favorecimento pessoal, malbaratamento do erário, que pode ser resumido em improbidade.

A compra de bens ou contratação de serviço ou obra pode ser um processo célere ou mais truncado a considerar a complexidade do objeto final, para tanto o procedimento adotado pelo Estados pode ser mais ou menos rígido.

1.1. CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Em breve histórico, nota-se que o Brasil já caminhou muito no tema da contratação pública, desde os tempos do Império e períodos republicanos. Os primeiros relatos de procedimento licitatório são de maio de 1862, na Constituição de 1824.

Enquanto no Brasil República, o Decreto nº 2.926/1862 regulamentava a contratação de serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, notadamente definindo prazo para apresentação de propostas, o anúncio da licitação era publicado em local público de ampla visualização, realizava-se um sorteio para definir a ordem das propostas, sendo escolhido a melhor proposta e fiador. O "Decreto nº 2.926/1862 foi um marco na história das licitações e iniciou o desenvolvimento de uma gestão pública eficiente". (ALVES. 2020).

No período de 1964 a 1985 - Governos Militares - na Constituição de 1967, foi publicado o Decreto Lei 200/1967, trazendo as modalidades de licitação e inaugurando a redação de princípios ordenadores da conduta administrativa:

> Art. 6º. As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:
> I - Planejamento.
> II- Coordenação.
> III - Descentralização.
> IV - Delegação de Competência.
> V - Contrôle.

Enquanto no período de 1986 - 1988, ainda sob o manto da 6ª Constituição, foi publicado o Decreto Lei nº 2.300/1986 trouxe o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, mas tratou pouco sobre o tema.

Por fim, a Constituição de 1988 trouxe novas luzes, sendo a primeira a incluir no as licitações, notadamente artigos 21, XXVII, 37, XXI e 175. Com o dever de organização legal a União publica a Lei 8.666/1993, que para ALVES (2020) vem:

> [...]com a perspectiva de ser um firme instrumento para combater os problemas de corrupção enfrentados pela administração pública brasileira até aquele momento, tendo em vista que foi elaborada logo após o primeiro processo de impeachment sofrido por um Presidente da República no Brasil, o Presidente Fernando Collor de Mello.

A Lei Geral de Licitações é rigorosa e extensa, como quem deseja cobrir todas as hipóteses possíveis, todas as ilações governamentais ou qualquer devaneio administrativo. No artigo 3º traz amplo leque de princípios norteadores da seleção e julgamento, entre eles o da probidade administrativa, o entendimento que se tem é da busca por manter a probidade e a melhor condução da contratação pública.

A nova legislação de 2021, Lei 14.133/2021, traz novas formas de contratação, mantendo o escopo rígido e atencioso à conduta administrativa, como simples exemplo, a apresentação do princípio da "segregação de função" - art. 5º, Lei 14.133/21 - traduzindo-se na separação funções autorização, aprovação, execução e controle, com a finalidade de evitar conflitos e atos ímprobos.

Contudo, o manejo prático do procedimento licitatório mostra-se muitas vezes desleal, imoral e ímprobo, o que - sendo revelado - deságua na tipicidade administrativa da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/21).

Em 2021 a União realizou 19.145 contratações, somando o montante de R$ 62,47 bilhões de reais, em 2022 foram 20.914 contratações e R$ 81,15 bilhões reais, neste de 2023 a União fez 9.496 contratações, com despesa total de R4 102,19 bilhões de reais (considerando dispensa e inexigibilidade), dados do Portal da Transparência - CGU.

O Estado do Pará, nos últimos 12 meses realizou 360 compras diretas, somando o montante de R$ 6.046.742,29, dados da cotação eletrônica do Banco do Estado do Pará - BANPARÁ

Pelos dados apresentados é notável que a contratação pública movimenta grandes montas financeiras, necessário dizer ainda que as licitações devem refletir em aperfeiçoamento do serviço público e por finalidade maior, o interesse público.

2. RISCOS DA LICITAÇÃO

Como visto no capítulo anterior, o procedimento licitatório movimenta grandes valores financeiros, atraindo olhares de bons e maus agentes, a regulamentação histórica navegou entre atos legais com maior ou menor austeridade, chegando ao contexto atual - que parece cômico - com duas Leis Gerais de Licitação e Contratos, a Lei nº 8.666/93, que se mantém em aplicação graças à Lei Complementar nº 198/2023 e a Lei nº 14.133/21, reunindo outras legislações licitatórias.

As Leis Gerais de Licitação e Contratos buscam a mais eficiente utilização da máquina pública em prol do interesse coletivo, trazendo definições e princípios norteadores, contudo, ainda foi possível livrar-se do mais entranhado defeito, a corrupção.

Segundo o Ranking da Corrupção 2022 o Brasil ocupa o 38º lugar, atrás de Argentina, Moldávia e Colômbia, manchando a percepção nacional frente a outros mercados.

A contratação pública movimenta cifras bilionárias no Brasil, sendo utilizada para vários tipos de compras, construções e serviços, isso atrai boas e más intenções, para o FAZZIO JÚNIOR (2008, p. 140):

> [...] o universo das licitações é, precisamente, o sítio onde vicejam as mais lesivas práticas ímprobas e se nega, rotineiramente, os princípios constitucionais da Administração. [...] Frustrando ou fraudando licitação, o agente público também pratica crimes licitatórios, sujeitando-se ao respectivo processo penal, independentemente de responder pelo ato de improbidade, em ação civil. Os procedimentos licitatórios são promovidos e fiscalizados por comissão constituída para esse fim, de sorte que os delitos em tela ou são atribuíveis aos membros daquele colegiado ou a competidor. Contudo, não há qualquer estorvo a que outros agentes públicos, notadamente de hierarquia superior, influenciem o procedimento e, como co-autor direto ou autor mediato, cometa alguns desses crimes. De tal arte que, ao fraudar licitação ou, simplesmente, dispensá-la indevidamente, o agente público, além de incorrer no ato de improbidade administrativa, também realiza tipo penal específico. Faz jus à dupla sanção.

Esse risco é real e vem sendo sentido pela sociedade, pois, em última instância é a sociedade que sofre com as fraudes licitatórias e desvios valores vultuosos do erário.

2.1. LICITAÇÃO: O CALCANHAR DE AQUILES DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

O procedimento licitatório pode ser moroso ou célere e descomplicado, tudo vai depender da condução, o que por vezes se dispõe aos interesses escusos. A probidade, honra e honestidade do agente público deve ser vista na manifestação de seus atos, para tanto a legislação trouxe vasto arcabouço principiológico capaz de nortear todo e qualquer ato administrativo.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, no artigo 37, caput, informa os mais elevados princípios administrativos, dentre eles o da moralidade, ainda que tenha definição ampla, deve ser atendido por cada agente público.

Porém, o que se vê na verdade é uma marcha contrária à moralidade, para FERREIRA (2023. pág. 136):

> "Em se tratando de licitações, a casuística tem mostrado que é uma área na qual ocorrem muitos atos de improbidade administrativa, ao menos se for levado em conta a quantidade de Ações de Improbidade Administrativa ajuizadas pelo Ministério Público."

Nos estudos de FORTINI e MOTTA (2016), que analisaram o relatório da Transparência Internacional, foram identificados riscos na preparação da licitação: a) definição da demanda menos sujeita à avaliação externa (pág. 96); b) preparação do processo e documentação a ela relativa (pág. 97); c) seleção do vencedor (pág. 100); d) implementação do contrato: fiscalização, gestão e controle (pág. 102); e e) denúncias, auditorias e outras formas de controle (pág. 105).

Assim, o terreno das licitações é solo fértil para os maus agentes disseminarem atos de improbidade, o que vem prejudicando toda a administração pública, até mesmo aqueles agentes diligentes e honestos, como aduz o GUILHERME CARVALHO (Conjur. 2023)

Ainda que ao agente desonesto não pairem recatos ou melindres diante de qualquer prospecção não republicana que ruine o patrimônio público" acaba por afastar os bons da gestão porque "aos gestores probos a simples ameaça de uma interpretação fugitiva ao fiel intento do ato administrativo praticado é o bastante para causar a inquietude temerosa que paralisa a máquina pública" (CARVALHO. 2023).

A doutrina aponta condutas que podem ser o fio de linho inicial de possíveis irregularidades, sendo assim, são nas fases internas da licitação que podem ocorrer desvios de conduta, para FORTINI e MOTTA (2020. pág. 96) são:

> "Posturas que podem sugerir a presença de corrupção: ausência de transparência no processo e na tomada de decisões, impedindo o controle e monitoramento pelo público; acesso inadequado à informação; ausência de oportunidade de discussões públicas."

A Lei 8.429/93 traz hipóteses de atos de improbidade conexos à licitações e contratos, que segundo ADALBERTO GARCIA (Conjur. 2023) aparecem constantemente nas ações ímprobas:

> "Sendo as práticas mais recorrentes estão: o superfaturamento; a contratação de serviços fantasmas; os aditamentos irregulares; o fracionamento de licitações, ou seja, são esses os modelos da frustração da competitividade licitatória mais rotineiro, pois observamos que é um rol de caráter exemplificativo de infrações."

Para FERREIRA (2023) os atos mais comuns são: a) tratamento diferenciado; b) irregularidades na dispensa ou inexigibilidade de licitação; e c) sobrepreço e/ou superfaturamento. Em todas as espécies existem casos concretos espalhados pelo Brasil,

O que se faz a luzes pode ser visto e revisado, contudo a fase interna da licitação pode ser apresentar fragilidades, que FORTINI e MOTTA (2020. pág. 98) explicam:

> "A relação entre a fase interna e a execução contratual é de absoluta dependência. Fiscaliza-se e gerencia-se a partir dos parâmetros previstos no ato convocatório, seus anexos e no contrato. Se frágil e/ou incompleta a definição do objeto e a forma de executá-lo, dificulta-se ou mesmo se inviabiliza a fiscalização. Não há como concluir-se pela deficiência do comportamento do contratado se não há delimitações seguras que permitam assim inferir".

Pensando na reprimenda estatal à improbidade do agente público, o Ministério Público do Pará - MPPA é constante na defesa do patrimônio público, nota-se pelas Ações Civis Públicas propostas e noticiadas[1], ainda pela competência de grupo específico de trabalho - Defesa do Patrimônio e Moralidade Administrativa - o Ministério Público Federal - MPF também tem atuação temática na Câmara de Combate a Corrupção.