

**UNIVERSIDADE DE POTIGUAR – UnP
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO DIREITO PÚBLICO
CURSO DAMÁSIO DE JESUS**

ANTÔNIO FRANÇA DA COSTA

**DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO
NO PROCESSO LICITATÓRIO**

**PORTO ALEGRE
2007**

ANTÔNIO FRANÇA DA COSTA

**DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO
NO PROCESSO LICITATÓRIO**

Monografia apresentada à Universidade Potiguar - UnP, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Direito Público.

**ORIENTADOR: Profº Drº Bruno Tavares
Padilha Bezerra**

PORTO ALEGRE
2007

C837d Costa, Antônio França da.
Da responsabilidade do agente público no processo
licitatório / Antônio França da Costa. – Natal, 2007.
113f.

Monografia (Especialização em Direito Público) –
Universidade Potiguar. Pró-Reitoria de Pós - Graduação.

1. Direito Público – Monografia. 2. Licitação – Monografia.
3. Agente Público – Monografia. I. Título.

RN/UNP/BCRF

CDU:342(043)

ANTÔNIO FRANÇA DA COSTA

**DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO
NO PROCESSO LICITATÓRIO**

Monografia apresentada à Universidade
Potiguar - UnP, como parte dos requisitos
para obtenção do título de Especialista em
Direito Público.

Aprovado em: ___/___/___

Profº Drº Bruno Tavares Padilha Bezerra

Orientador

Universidade Potiguar - UnP

PORTO ALEGRE
2007

TERMO DE AUTORIZAÇÃO

Eu, Antonio França da Costa, Brasileiro, divorciado, Auditor, residente e domiciliado na Rua Caldas Júnior, 120, 20º andar, na cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, portador do documento de Identidade: 5.094.674 – SSP/MG, CPF: 980.506.216-34, na qualidade de titular dos direitos morais e patrimoniais de autor da obra sob o título: **Da responsabilidade do agente público no processo licitatório**, sob a forma de **Monografia**, apresentada na Universidade Potiguar – UnP, em 10/07/2007, com base no disposto na Lei Federal nº 9.160, de 19 de fevereiro de 1998: 1. AUTORIZO disponibilizar nas Bibliotecas do SIB / UnP para consulta a OBRA, a partir desta data e até que manifestações em sentido contrário de minha parte determine a cessação desta autorização sob a forma de depósito legal nas Bibliotecas, bem como disponibilizar o título da obra na Internet e em outros meios eletrônico. 2. AUTORIZO disponibilizar nas Bibliotecas do SIB / UnP, para consulta e eventual empréstimo, a OBRA, a partir desta data e até que manifestações em sentido contrário de minha parte determine a cessação desta autorização sob a forma de depósito legal nas Bibliotecas. 3. AUTORIZO, a partir de dois anos após esta data, a Universidade Potiguar - UnP, a reproduzir, disponibilizar na rede mundial de computadores - Internet e permitir a reprodução por meio eletrônico, da OBRA, até que manifestações contrária a minha parte determine a cessação desta autorização.

Porto Alegre, 10 de julho de 2007.

Antonio França da Costa

Profº Drº Bruno Tavares Padilha Bezerra
Orientador

DEDICATÓRIA

À memória de minha mãe.

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador, que mesmo à distância, sempre se fez presente. À minha namorada pelo carinho e paciência.

RESUMO

Estuda a responsabilidade do agente público no processo de licitação. Partindo da análise do Estado de Direito, dos princípios que regem a Administração Pública e da teoria dos atos administrativos como limites à atuação do próprio Estado, perquiri a responsabilidade civil, penal, administrativa e por atos de improbidade do agente público, quando ele ultrapassar esses limites. Faz um breve apanhado sobre conduta, ilicitude e culpabilidade. Traça algumas noções básicas sobre licitação e suas fases. Analisa os diversos atos que compõem o procedimento licitatório, o conteúdo de cada ato, as conseqüências e as responsabilidades advindas de sua prática, bem como as responsabilidades que decorrem dos atos de anulação e revogação do certame e dos atos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Fundamenta o trabalho na doutrina e legislação pertinentes e na jurisprudência dominante no Tribunal de Contas da União. Finaliza concluindo que, no processo licitatório, por conter um procedimento, que se caracteriza pela existência de diversos atos interdependentes, uma única irregularidade pode implicar responsabilidades de diversos agentes, mas que devem ser aferidas caso a caso, de acordo com o grau de culpabilidade de cada um.

Palavras-chave: Licitação. Agente Público. Responsabilidade.

ABSTRACT

This paper deals with the public agent accountability in biddings. Using key concepts in the analysis – Supremacy of the Law, Public Administration Principles, Theory of Administrative Acts, which set limitations to State power – public agents civil, criminal and administrative responsibilities were studied. A short review on public agents conduct, illicit acts and culpability is made. Concepts underpinning public biddings are reviewed. Each bidding step is analyzed, concerning contents, outcomes and responsibilities arising from its practice, as well as responsibilities arising when bidding is regarded invalid or not undertaken. This paper is based upon doctrine, legislation and the prevailing Brazilian Court of Accounts jurisprudence. In conclusion, since Public Bidding encompasses several steps that are related to each other, one single mistake may entail responsibility to various agents. However, this responsibility must be examined according to each agent's culpability.

Key-word: Public Bidding. Public Agent. Accountability.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL	13
2.1.	ESTADO DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
2.2.	PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	16
2.3.	O ATO ADMINISTRATIVO.....	19
2.3.1.	Requisitos e atributos	20
2.3.2.	Classificação	24
2.3.3.	Anulação e revogação	27
3.	RESPONSABILIDADES DOS AGENTES PÚBLICOS	30
3.1.	RESPONSABILIDADE CIVIL	32
3.2.	RESPONSABILIDADE PENAL	34
3.2.1.	Ilícito penal na Lei de Licitações	35
3.3.	RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA	36
3.3.1.	Responsabilidade administrativa e Tribunais de Contas	39
3.4.	RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE	41
3.5.	ILICITUDE, CULPABILIDADE E NEXO CAUSAL	44
3.5.1.	Ilicitude	45
3.5.1.1.	Excludentes de ilicitude.....	46
3.5.1.1.1.	Estado de necessidade	47
3.5.1.1.2.	Legítima defesa.....	48
3.5.1.1.3.	Exercício regular de direito.....	49
3.5.1.1.4.	Estrito cumprimento de dever legal	50
3.5.1.1.5.	Caso fortuito e força maior	50
3.5.1.1.6.	Fato de terceiro e culpa exclusiva da administração.....	51
3.5.1.1.7.	Causas supralegais de exclusão da ilicitude	51
3.5.2.	Culpabilidade	52
3.5.2.1.	Excludentes de culpabilidade	54
3.5.2.1.1.	Imputabilidade	54
3.5.2.1.2.	Potencial consciência da ilicitude.....	55
3.5.2.1.3.	Exigibilidade de conduta diversa	55
3.5.2.1.4.	Causas supralegais de exclusão da culpabilidade	57

4.	LICITAÇÃO	58
4.1.	NOÇÃO.....	58
4.2.	PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	60
4.3.	MODALIDADES.....	61
4.4.	FASES DO PROCESSO LICITATÓRIO.....	62
4.4.1.	Fase interna	63
4.4.1.1.	Aprovação do projeto básico.....	63
4.4.1.2.	Pareceres jurídicos.....	70
4.4.1.3.	Comissão de licitação.....	73
4.4.1.3.1.	Nomeação da comissão de licitação.....	74
4.4.1.4.	Autorização para abertura da licitação.....	76
4.4.2.	Fase externa	79
4.4.2.1.	Ato convocatório.....	79
4.4.2.2.	Audiência Pública.....	83
4.4.2.3.	Recebimento da documentação e das propostas.....	84
4.4.2.4.	Habilitação.....	86
4.4.2.5.	Julgamento das propostas.....	88
4.4.2.6.	Homologação e adjudicação.....	92
4.5.	ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO.....	97
4.6.	DISPENSA E INEXIGIBILIDADE.....	100
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
	REFERÊNCIAS	107

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema licitações públicas, mais especificamente, os atos que compõem o processo licitatório e a responsabilidade dos agentes envolvidos na realização do certame.

Segundo o comando do art. 37, XXI, da Constituição Federal, **ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.**

Temos na Carta Maior dois objetivos a serem resguardados pela licitação: a seleção de uma proposta mais vantajosa para a Administração Pública e a garantia de que aqueles interessados em ofertar seus bens e serviços ao poder público possam fazê-lo em condições de igualdade.

A licitação, como atividade desempenhada pela Administração Pública, vai depender da prática de diversos atos e esse conjunto de atos envolve a participação de diversos agentes, como, por exemplo, na aprovação de projeto básico, na aprovação de edital, na designação de comissão de licitação, no deferimento/indeferimento de recurso, na homologação, na adjudicação.

O legislador ordinário, no art. 3º do Estatuto das Licitações, Lei 8.666/93, deixou expresso que os agentes públicos que participam de um procedimento de licitação devem observar os princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Nosso ordenamento positivo procura ainda resguardar o procedimento licitatório, trazendo sanções para aqueles que tentem frustrar o caráter competitivo do certame ou prejudicar o alcance de uma proposta mais vantajosa para a administração. Essas sanções podem ser vistas, por exemplo, na própria Lei 8.666/93, art. 81 e seguintes, bem como na Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.492/92. São sanções que vão desde a reparação do dano por ventura causado ao erário até a suspensão de direitos políticos e privação de liberdade.

O controle dos atos praticados no certame licitatório passa pelo controle da própria Administração Pública, que pode ser interno ou externo. Aquele é realizado pela própria Administração, este é realizado pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, conforme determina o art. 71 da Constituição Federal, bem como pelo Poder Judiciário, quando provocado, como expressão do direito de ação, insculpido como Direito Fundamental do Indivíduo no art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional.

Contudo, nem sempre é fácil a tarefa de se identificar o responsável ou responsáveis pela prática de um ato viciado em uma licitação, o que pode vir a tornar as atividades de controles antieconômicas e/ou até mesmo ineficazes, deixando, por conseguinte, prevalecer o interesse particular em detrimento do interesse público.

A responsabilização dos agentes que atuam no processo de licitação passa pela necessidade de conhecimento de todos os atos que formam o seu procedimento, bem como o conteúdo de cada ato e as conseqüências advindas de sua prática.

Assim, nosso objetivo é a identificação dos atos que compõem o procedimento de licitação, inclusive nos casos de dispensa e inexigibilidade, bem como adentrar no conteúdo de cada ato e nas conseqüências advindas de sua prática, com vistas a contribuir para a correta responsabilização daqueles que participam dos processos de contratação de obras, serviços ou compras na Administração Pública.

Mais especificamente, pretendemos abordar, em um capítulo inicial, os limites à atuação da Administração Pública, no qual serão averiguados as características do Estado de Direito e do Direito Administrativo como limitação ao poder estatal; os princípios do Direito Administrativo que norteiam a ação dos agentes públicos; a teoria dos atos administrativos, uma vez que é através dele que o Estado exterioriza sua vontade, incluindo aí seus atributos e requisitos, a classificação dos atos administrativos e a possibilidade de sua anulação e revogação.

Em um segundo capítulo, será vista a responsabilidade dos agentes públicos, desdobrando-a no campo cível, penal e administrativo e por ato de improbidade administrativa. Por fim, no terceiro capítulo, será visto o processo de licitação, momento em que serão abordados os atos em espécie que compõem as fases interna e externa da licitação e os atos atinentes à dispensa e inexigibilidade de licitação. Procuremos verificar o conteúdo de cada ato que compõe o processo de licitação e as conseqüências advindas de sua prática.

Este trabalho se justifica na medida em que o êxito na aplicação da sanção imposta àqueles que, de alguma forma, perturbem o certame licitatório está na correta identificação dos que praticaram o ato viciado. Daí a importância de se ter clara qual a responsabilidade de cada agente que participou do certame, para a garantia da eficiência e eficácia do controle – interno ou externo – para que possa ser resguardado com precisão o preceito constitucional da busca, de forma isonômica, da proposta mais vantajosa para a administração, garantindo a supremacia do interesse público.

Não serão diretamente abordados neste trabalho os atos que compõem o procedimento da modalidade leilão, destinada a alienação de bens na administração pública, nem os que compõem a modalidade pregão, nem a específica responsabilidade do agente político.

A metodologia empregada, quanto aos objetivos, foi a pesquisa explicativa; quanto aos procedimentos de coleta, adotamos a pesquisa bibliográfica, qualitativa e

estudo de caso; e, quanto às fontes de informação, nos valem da pesquisa teórico-empírica.

Procuramos fazer um levantamento da doutrina e da legislação a respeito dos limites do poder estatal, da teoria dos atos administrativos, da responsabilidade dos agentes públicos, bem como sobre licitação, trazendo à baila casos da jurisprudência a respeito dos atos que envolvem o processo de licitação.

2. LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL

2.1. ESTADO DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado de Direito é um conceito tipicamente liberal, que surge como forma de limitar o poder absolutista. A realização do indivíduo como ser humano não seria possível em um ambiente onde ele ficasse ao arbítrio e caprichos de um monarca.

O Estado de Direito surge, pois, como forma de transformar os indivíduos em cidadãos livres. A submissão de todos ao império da lei passa a ser o elemento conformador do Estado de Direito¹, na busca de igualdade entre todos. Os atos dos governantes passam a ser regidos pela Lei.

Segundo Silva (1999, p. 117), o Estado de Direito tem como característica a submissão de todos ao império da lei como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas o povo cidadão; divisão de poderes; e enunciado e garantias dos direitos individuais.

A separação de poderes surge concomitantemente com a formação do próprio Estado de Direito. Aliás, não se pode pensar em um Estado de Direito sem separação de poderes.

¹ Mais adiante se verá que o Estado de Direito não seria suficiente para manter a liberdade dos indivíduos, já que, segundo Carl Schmitt, citado por José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª ed. São Paulo : Malheiros, p. 16, “ ... a expressão Estado de Direito pode ter tantos significados distintos como a própria palavra direito e designar tantas organizações quantos as que se aplica a palavra Estado”. Ajudaria a deformar a concepção de Estado de Direito, que originariamente surgiu como elemento de libertação, Kelsen com sua “Teoria Pura do Direito”, ao esvaziar a norma jurídica de qualquer conteúdo ético e moral.

A teoria da separação de poderes aparece nas discussões de Aristóteles, em a “*Política*” e, mais tarde, nos trabalhos de Locke, mas coube a Montesquieu a sua formulação e difusão por toda Europa (AZAMBUJA, 1986, p. 117).

De acordo com a teoria da separação de poderes², as atribuições de legislar, julgar e executar devem pertencer a pessoas distintas. Mas o que se quer não é uma separação rígida, como a que ocorreu com a experiência dos revolucionários franceses de 1789, mas uma separação de poderes e coordenação de poderes (AZAMBUJA, 1986, p. 117).

Os poderes devem ser independentes e harmônicos³ entre si, de forma que eles guardem sua autonomia, mas se comuniquem. Somente assim, serão freios e contra-pesos e se terá a garantia de que existe verdadeiramente a submissão de todos ao império da lei, como princípio de igualdade entre todos os cidadãos.

Medauar (2002, p.26) ensina que:

O direito administrativo vincula-se à concepção de Estado de Direito, justamente porque fixa normas para as atividades de Administração, que é um dos setores do Estado. Somente sob inspiração da idéia de Estado de Direito seria possível fixar preceitos que protegem direitos dos indivíduos, perante a Administração, limitando o poder das autoridades.

E mais, para a citada autora, a separação de poderes “apresenta-se como um dos pressupostos da existência do direito administrativo, pois se a Administração não estivesse separada dos outros poderes do Estado dificilmente poderia existir um direito específico que disciplinasse sua atuação” (MEDAUAR, 2002, p. 28).

² Tem-se argumento que o correto seria a utilização da expressão “separação de funções” ao invés de separação de poderes, já que o poder é uno e soberano. O que existe é uma especialização de funções. Segundo o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Também não haveria que se falar em uma separação rígida, já que o executivo exerce função legislativa quando edita Medidas Provisórias, e julga em processos administrativos. O mesmo ocorre com o judiciário e com o legislativo, que exercem funções tipicamente de administração quanto tratam de seus servidores.

³ Conforme a Constituição Federal, art. 2º, “São Poderes da União, independente e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

A Administração Pública vai ganhar cada vez mais relevo a partir do momento em que o Estado aumenta sua presença na sociedade. De uma postura negativa, típico do século XIX, o Estado passa a incorporar cada vez mais atribuições, notadamente a partir da crise de 1929⁴. Essas novas atribuições, por conseguinte, vão exigir uma máquina administrativa maior e mais complexa.

A manifestação do Estado, da autoridade, através da máquina administrativa, vai encontrar seus limites dentro do próprio Estado de Direito. Garantir a atuação da Administração dentro dos limites legais é afirmar a própria existência do Estado de Direito, é afirmar a igualdade entre os cidadãos.

Meirelles (1994, p. 29) conceitua o Direito Administrativo como sendo o "... conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado".

Para Marienhoff *apud* Meireles (1994, p. 29), direito administrativo é

... o conjunto de normas e de princípios de direito público interno, que tem por objeto a organização e o funcionamento da Administração Pública, assim como a regulamentação das relações interorgânicas, interadministrativas e as das entidades administrativas com os administrados.

Segundo Medauar (2002, p. 31), "... em essência, o direito administrativo é o conjunto de normas e princípios que regem a atuação da Administração Pública". Acrescenta ainda que:

O direito administrativo, assim, diz respeito primordialmente à atuação da Administração Pública inserida no Poder Executivo. Este é o poder estatal dotado da atribuição de exercer atividade administrativa com repercussão imediata na coletividade, como sua atividade inerente e típica. Como exemplo: calçamento de ruas, coleta de lixo, ensino público, construção de estradas. Tais atividades competem a órgãos da Administração Pública situados no Poder Executivo (MEDAUAR, 2002, p. 31).

⁴ As críticas ao capitalismo desenfreado por parte dos movimentos sociais, e, inclusive, por parte da Igreja, através das encíclicas, fez com que as Constituições de alguns Estados passassem a incorporar direitos sociais. A primeira foi a mexicana, 1917, seguida da alemã, 1919. São os chamados direitos de 2ª geração.

Di Pietro (1998, p. 47) define direito administrativo

... como o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

Em essência, a atividade administrativa, seja na relação entre os agentes públicos e seus superiores hierárquicos, seja na relação administração-administrado, seja na disciplina dos bens públicos, vai está subordinada a um conjunto de princípios e regras que são vão compor o Direito Administrativo.

Assim, a Administração Pública, como manifestação de poder, também estará submetida ao império da lei, a este conjunto de princípio e regras, visando restringir os poderes dos administradores e conseqüentemente a manutenção de um Estado de Direito.

2.2. PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A atividade administrativa vem norteada por uma série de princípios, que, mais do que diretrizes, são limites concretos à atuação dos agentes públicos, condicionando a validade do ato administrativo.

Mello (2000, p. 56) elenca uma série de princípios constitucionais, expressos e implícitos, norteadores do direito administrativo, dentre eles a supremacia do interesse público, legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade administrativa, eficiência.

Para Mello (2000, p. 58), o princípio da **supremacia do interesse público**:

... trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.

O princípio da supremacia do interesse público não quer dizer que a Administração vá agir em interesse próprio. Trata-se de um comando a nortear a ação da Administração no interesse da coletividade.

Conquanto não esteja explícito na constituição, Osório (2000, v. 220, p.87) esclarece que:

... são múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na seqüência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o privado, é dizer, as situações de vantagem da Administração em detrimento do particular encontram raízes na existência de fins de utilidade pública perseguíveis pelo Poder Público.

Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência estão elencados expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

O princípio da **legalidade**, inerente ao próprio Estado de Direito, limita a conduta da administração aos estreitos dizeres da Lei. Segundo o Art. 5º, II da Constituição Federal, **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei**. Para o particular, este princípio significa que ele pode fazer tudo o que não está proibido e, para a Administração, significa dizer que ela só pode fazer aquilo autorizado por lei.

A **impessoalidade** como princípio visa garantir igualdade para todos aqueles que se encontram em uma mesma situação. Meirelles (1994, p. 85) esclarece que o este princípio "... nada mais é que o clássico princípio da **finalidade**, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*". E prossegue, "... a *finalidade* terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o *interesse público*".[destaques do autor].

O princípio da **publicidade** vem como complemento e garantia de que estão sendo observados os princípios da legalidade e da impessoalidade. Salvo raras exceções, todos os atos da administração são públicos.⁵

A **moralidade** como princípio não se confunde com a legalidade. Aqui se trata de uma conduta ética, pautada por princípio de lealdade e boa-fé. Este princípio está implícito no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, que prevê ação popular tendente a anular ato lesivo à moralidade administrativa (MELLO, 2000, p. 90).

O princípio da **eficiência** foi inserido pela EC nº19/98, no âmbito da reforma administrativa, onde se buscava um enfoque menos burocrático e mais gerencial. O que se quer é a busca de resultado; mas se engana quem pensa que em nome do princípio da eficiência pode-se mitigar os outros princípios, como, por exemplo, não observar o princípio da legalidade. Deseja-se uma Administração eficiente, mas que respeite os outros princípios. O agente público deve ser eficiente, sem perder de vista a moralidade administrativa, sem ultrapassar os limites legais, dando publicidade de suas ações.

O Princípio da **razoabilidade** é princípio geral do direito que obriga o legislador, o administrador e o julgador a adotarem critérios objetivos, seja na elaboração do ato normativo, seja na interpretação do fato, seja na aplicação da norma. A conduta do agente deve ser afastada de preconceitos, ideologia e não deve conter favoritismos. Muitas das vezes “o que se busca é afastar soluções que, embora fundadas na razão, sejam incompatíveis com o espírito do sistema”.(JUSTEN FILHO, 2005, p. 57).

O Princípio da **proporcionalidade** tem a função de harmonizar o sistema. O ordenamento jurídico tem em sua base diversos princípios que às vezes se mostram incompatíveis entre si quando aplicáveis ao caso concreto. É na ponderação de valores que aparece o princípio da proporcionalidade, guiando o administrador a

⁵ Entre as exceções estão a segurança nacional (art. 5º, XXVIII, da CF), certas investigações policiais, art. 20 do CPP, processos cíveis em segredo de justiça (art. 155 do CPC).

tomar a solução que mais se ajusta à situação sob exame.

Segundo Michael Kohl *apud* Justen Filho (2005, p. 60):

... a proporcionalidade de uma medida é estabelecida pela satisfação de um teste de três estágios: (1) a medida deve ser apropriada para o atingimento do objetivo (elemento de idoneidade ou adequação); (2) a medida deve ser necessária, no sentido de que nenhuma outra medida disponível será menos restritiva (elemento de necessidade); (3) as restrições produzidas pela medida não devem ser desproporcionais ao objetivo buscado (elemento de proporcionalidade *stricto sensu*)

O princípio da proporcionalidade exige que o administrador busque uma solução apta a produzir o resultado pretendido e que tal solução seja a menos onerosa possível e, além disso, a providência tem que ser compatível com o ordenamento jurídico (JUSTEN FILHO, 2005, p. 60).

Para nosso estudo interessam ainda outros princípios diretamente ligados ao procedimento licitatório, expressos no art. 3º da Lei 8.666/93, quais sejam: probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, mas que serão tratados mais adiante no capítulo licitações.

2.3. O ATO ADMINISTRATIVO

O Ato Administrativo é o meio pelo qual a Administração Pública manifesta sua intenção, sua vontade. “O ato administrativo se constitui, assim, um dos principais meios pelos quais atuam e se expressam as autoridades e órgãos

administrativos” (MEDAUAR, 2002, p. 164).

Meirelles (1991, p. 133) ensina que o conceito de ato administrativo é o mesmo de ato jurídico, devendo apenas acrescentar a finalidade pública. É, pois, “toda manifestação unilateral de vontade da Administração que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar extinguir e declarar direito, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.”

No magistério de Mello (2000, p. 323), “o ato administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos”. Trata-se de uma:

... declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de que dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (MELLO, 2000, p.323).

Para Feitas (1997, p. 32):

... atos administrativos são aqueles atos jurídicos expedidos por agentes públicos no exercício das atividades de administração, cuja regência, até mesmo quando envolvem, de maneira reflexa, atividade de exploração econômica, desvela-se sempre orientada por normas, princípios e valores de ordem pública, pois qualquer atuação estatal somente se legitima em face de subordinação aos relevantes fins concorrentes para o interesse público, à mercê dos quantitativos se estrutura toda a rede dos conceitos administrativos, primordialmente o de relação jurídico-administrativa.

O Estado, como pessoa jurídica, manifesta sua vontade por meio de seus agentes. Nas relações privadas os indivíduos manifestam vontades próprias, tendo em vista seus interesses. O agente público manifesta a vontade do Estado, tendo em vista as atribuições legais e o interesse público.

Ao externar a vontade do Estado, o agente público materializa, através do ato administrativo, a vontade coletiva. Portanto, é necessário que existam mecanismos de controle para que se tenha certeza de que o ato praticado se coaduna com a vontade geral manifesta na lei.

Trata-se de verdadeiro controle de afirmação do Estado de Direito. Como a Lei, no nosso país, decorre da vontade soberana dos cidadãos, por meio de seus representantes eleitos, trata-se de verdadeiro controle de afirmação do Estado Democrático de Direito.

2.3.1. Requisitos e atributos

Para que o ato administrativo exista, seja válido e capaz de produzir efeitos jurídicos é necessário que ele possua alguns requisitos.

Meirelles (1994, p. 134) elenca os cinco requisitos do ato administrativo: *competência, finalidade, forma, motivo e objeto*.

Competência é a quem a lei confere atribuição para a prática do ato. A verificação da competência se faz com base em três pontos: matéria, âmbito territorial e limite de tempo (MEDAUAR, 2002, p. 165).

A competência pode ser absoluta ou relativa, sendo ela absoluta, é indelegável e o ato, neste caso, praticado por outro agente, é nulo. Sendo relativa, cabe à autoridade a quem caberia praticar o ato decidir sobre sua convalidação.

A delegação de competência só pode ser feita nos limites legais, e inexistindo impedimento, poderá ocorrer, também, a avocação.

Segundo estabelece a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos

administrativos a que foi atribuída como própria, *salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos*.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. *Não podem ser objeto de delegação:*

...

III - as *matérias de competência exclusiva* do órgão ou autoridade.[destaques nossos]

A *finalidade* perseguida pelo ato há de ser sempre o interesse público, o que impede a intenção pessoal do agente. Assim, a finalidade a ser perseguida pelo agente público é aquela apontada pela lei. O ato praticado com desvio de finalidade é ato nulo e caracteriza abuso de poder.

A *forma* é a maneira como a vontade do Estado se exterioriza, estando incluídos aí tanto os "... modos de expressar a decisão em si, quanto a comunicação e as fases preparatórias, pois todos dizem respeito à exteriorização do ato, independente do conteúdo ..." (MEDAUAR, 2002, P. 167).

Segundo Meirelles (1994, p. 135), todo ato administrativo, em princípio, é formal. Essa formalidade é necessária para que possa ser contrastado com a lei e aferido, pelo judiciário ou pela própria administração, sua validade. E prossegue:

... o que convém fixar é que só se admite o ato administrativo não escrito em casos de urgência, de transitoriedade da manifestação da vontade administrativa ou de irrelevância do assunto para a Administração. Nas demais hipóteses é de rigor o ato escrito em forma legal, sem o quê se exporá à invalidade. (...) A revogação ou modificação do ato administrativo deve obedecer à mesma forma do ato originário, uma vez que o elemento forma é vinculado tanto para a sua formação quanto para seus desfazimento ou alteração.

O *motivo* se traduz nos elementos de fato e de direito que embasam a prática do ato. Via de regra, o motivo está na lei. Neste caso, não poderá ser invocado outro motivo para a prática do ato, ficando a administração vinculada ao que está previsto na norma regulamentar.

Contudo, se o motivo não estiver inteiramente regrado na lei, ou seja, se a situação fática depender de uma avaliação do administrador, o ato será discricionário.

Não há ato sem motivo, mas a motivação poderá ser ou não obrigatória. A motivação é a explicitação dos motivos, a indicação dos pressupostos fáticos e jurídicos que levaram à prática do ato. A indicação dos pressupostos jurídicos é sempre indispensável, mas há atos que não exigem a descrição dos pressupostos fáticos, como, por exemplo, a nomeação de um ministro de estado, a nomeação para cargo em comissão. A Lei 9784/99, que regula o processo administrativo na administração pública federal, indica os atos que serão necessariamente dotados de motivação:

Art 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
V - decidam recursos administrativos;
VI - decorram de reexame de ofício;
VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

“Quando, porém, o motivo não for exigido para a perfeição do ato, fica o agente com a faculdade discricionária de praticá-lo sem motivação, mas, se o fizer, vincula-se aos motivos aduzidos, sujeitando-se à obrigação de demonstrar sua efetiva ocorrência” (MEIRELLES, 1994, p. 137). Trata-se da *teoria dos motivos determinantes*, segundo a qual o administrador fica vinculado aos motivos indicados como fundamento para a prática do ato.

A doutrina chama-nos a atenção para a distinção entre motivo e motivação. A motivação integra a formalização do ato “... na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como ‘causa’ do ato administrativo...” (MELLO, 2000, p. 343). A motivação vai permitir aferir se o administrador pratica o ato tendo em vista o interesse público e, conquanto não haja determinação expressa na Constituição Federal para motivação dos atos administrativo, salvo no caso das decisões

administrativas dos tribunais (art. 91, X, CF), assegura Medauar (2002, p. 168) que o dever de motivação do ato administrativo “... encontra respaldo na característica democrática do Estado brasileiro (...), no princípio da publicidade (...) e, tratando-se de atuações processualizadas, na garantia do contraditório”.

O *objeto* é o que se pretende com a prática daquele ato: criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas; “...é o efeito imediato que o ato produz” (DI PIETRO, 1998, p. 171).

O objeto nem sempre estará previsto na lei, ficando, em alguns casos, na dependência da escolha discricionária da Administração.

Preenchidos os requisitos, os atos administrativos vêm ao mundo e estão aptos a produzir efeitos jurídicos (há casos em que, mesmo não preenchendo os requisitos, o ato administrativo pode vir a produzir efeitos jurídicos, quando se trata de terceiro de boa-fé. Este ponto será visto mais adiante), trazendo consigo seus *atributos*, quais sejam: *presunção de legitimidade*, *imperatividade* e *auto-executoriedade*.

Pela *presunção de legitimidade*, os atos administrativos são aptos a produzir efeitos, mesmo eivados de vício. A continuidade da administração ficaria postergada se a cada ato editado a administração tivesse que provar a sua legalidade. Edita-se o ato e ele produz efeitos, o que não quer dizer que ele não possa ser contestado judicial e administrativamente.

A *imperatividade* é o atributo “... do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução (...) obriga o particular ao fiel atendimento sob pena de se sujeitar a execução forçada pela administração ou pelo judiciário” (MEIRELLES, 1994, p. 143).

O atributo da *auto-executoriedade* permite a administração executar diretamente certos atos, sem que ela precise recorrer ao judiciário.

Esses atributos são para eficiência da própria máquina administrativa. Se cada ato praticado pela administração pudesse ser, antes de cumprido, questionado sua validade; se a administração tivesse sempre que recorrer ao judiciário para executar suas decisões, fatalmente isso levaria a uma paralisação da Administração Pública. O que não quer dizer que não se possa questionar a validade do ato. Como afirmamos, isso cabe perfeitamente pela via administrativa ou judicial, até mesmo porque não poderá ser afastado da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito, nos termos do que dispõe o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, podendo-se, inclusive, valer-se do mandado de segurança para sustar liminarmente os efeitos do ato administrativo.

2.3.2. Classificação

Diversos autores procuram oferecer uma classificação para os atos administrativos⁶. Para este estudo, interessa-nos aquela que classifica os atos em vinculados e discricionários; simples, complexo e composto; ato principal, ato complementar, ato intermediário ou preparatório.

O *ato vinculado* é aquele cujos elementos – sujeito, objeto, finalidade, motivo e forma – estão previsto na lei. No ato vinculado, o agente não tem liberdade de escolha para realizar a sua prática, deve apenas verificar se todas os requisitos previstos na lei estão presentes no caso concreto.

O *ato discricionário*, por sua vez, é aquele onde cabe margem de discricionariedade do administrador no que tange ao objeto e ao motivo. Nesse

⁶ Dentre os nacionais citamos Hely Lopes Meirelles, in *Direito administrativo brasileiro*. 19 ed. atual. São Paulo : Malheiros, 1994; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo : Atlas, 1998; Odete Medauar, in *Direito administrativo moderno*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002; Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Curso de direito administrativo*, 12.

caso, haverá um juízo de oportunidade e conveniência para a prática do ato.

Aqui cabe uma observação a respeito do que a doutrina convencionou chamar de *mérito do ato administrativo*. A liberdade de escolha do motivo e do objeto dos atos discricionários está na base dessa teoria. Assim, a escolha desses elementos fica por conta da oportunidade e conveniência da administração. Os outros elementos – competência, finalidade e forma – são sempre vinculados, estão expressos na lei, norteando exatamente como deve ser a ação do administrador.

O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar (MEIRELLES, 1994, p. 138).

Quando se fala de atos discricionários, surge sempre a questão de se saber quais os limites do controle efetuado pelo judiciário. No caso do ato vinculado, fica evidente que o que se faz é um controle de legalidade, já que todos os seus requisitos estão previstos na Lei. Contudo, em se tratando de ato discricionário, para o qual a lei prevê apenas competência, finalidade e forma, como seria feito o controle dos elementos onde reside o mérito administrativo?

Para Meirelles (1994, p. 138), não cabe ao judiciário o exame de oportunidade e conveniência da prática do ato. Não poderia o juiz substituir a valoração da administração, “em atos (discricionários) desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação.”

Contudo, a discricionariedade não é ilimitada, ela encontra limites no próprio ordenamento jurídico, nos princípios que orientam a ação administrativa, notadamente o da supremacia do interesse público. A administração pública está sempre voltada para o interesse público, assim, a discricionariedade não pode levar à prática de um ato que vá de encontro a esse valor maior, sob pena de ficar

caracterizado desvio de finalidade.

A doutrina tem evoluído no sentido de limitar cada vez mais a discricionariedade do administrador, é a busca sempre constante de segurança jurídica e de igualdade, basilares de um Estado de Direito. Assim, surgem teorias como a dos *motivos determinantes*, já esboçada, que vincula o administrador aos motivos por ele eleitos para a prática do ato, mesmo em se tratando de um ato discricionário.

Na lição de Mello (2000, p. 90):

... a discricionariedade existe, por definição, *única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima*, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. (destaque do autor)

A classificação do ato administrativo em simples, complexo e composto, é feita com base na conjugação de vontades para a formação do ato. O *ato simples* é resultante da manifestação de vontade de um único órgão, unipessoal ou colegiado. Já o *ato complexo* é resultado da conjugação de vontades de mais de um órgão. Aqui nos interessa a distinção que deve ser feita entre ato complexo e procedimento administrativo:

No ato complexo integram-se as vontades de vários órgãos para a obtenção de um mesmo ato; no procedimento administrativo praticam-se diversos atos intermediários e autônomos para a obtenção de um ato final e principal. Exemplos: a investidura de um funcionário é um ato complexo consubstanciado na nomeação feita pelo Chefe do Executivo e complementada pela posse e exercício dados pelo chefe da repartição que vai servir o nomeado; a concorrência é um procedimento administrativo, porque, embora realizada por um único órgão, o ato final e principal (adjudicação da obra ou do serviço) é precedido de vários atos autônomos e intermediários (edital, verificação de idoneidade, julgamento das propostas), até chegar-se ao resultado pretendido pela Administração. *Essa distinção é fundamental para saber-se em que momento o ato se torna perfeito e impugnável; o ato complexo só se aperfeiçoa com a integração da vontade final da Administração, e a partir deste momento é que se torna atacável por via administrativa ou judicial; o procedimento administrativo é impugnável em cada uma de suas fases, embora o ato final só se torne perfeito após a*

prática do último ato formativo (MEIRELLES, 1994, p. 154). [destacamos]

O *ato composto* é aquele praticado por um órgão e ratificado por outro. Neste caso, o ato se forma a partir da vontade de um único órgão, mas ratificação do outro órgão lhe é condição de exeqüibilidade.

A classificação em ato principal, complementar e intermediário (ou preparatório) é feita tendo em vista o objeto visado pela administração. *Ato principal* “...é o que encerra a manifestação de vontade final da Administração”, e pode resultar de um ato simples, complexo ou de um procedimento administrativo. *O ato complementar* “... é o que aprova ou ratifica o ato principal, para dar-lhe exeqüibilidade” (MEIRELLES, 1994, p. 159). *O ato intermediário*:

... é o que concorre para a formação de um ato principal e final. Assim, numa concorrência, são atos intermediários o edital, a verificação de idoneidade e o julgamento das propostas, porque desta sucessão é que resulta o ato principal e final objetivado pela Administração, que é a adjudicação... (MEIRELLES, 1994, p. 159).

Prossegue Meirelles (1994, p. 159), ensinando que “o ato intermediário é sempre autônomo em relação aos demais e o ato final, razão pela qual pode ser impugnado e invalidado isoladamente (o que não ocorre com o ato complementar), no decorrer do procedimento administrativo”.

Quanto aos atos administrativos em espécie, nos interessam aqueles que fazem parte do procedimento licitatório. Para não nos tornarmos repetitivos, eles serão tratados mais adiante, no capítulo que trata da licitação.

2.3.3. Anulação e revogação

A anulação e a revogação são mecanismos utilizados para cessar os efeitos dos atos administrativos. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Súmula STF nº 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Se o ato administrativo preenche todos os requisitos, sendo, portanto, perfeitamente válido, ele poderá ser revogado por oportunidade e conveniência da administração. Nesse caso, os seus efeitos cessam no momento da revogação. A revogação tem, pois, efeitos *ex nunc*.

Por tratar-se de ato válido e de questão de oportunidade e conveniência, a revogação só pode ser feita pela própria administração, não cabendo tal atribuição ao poder judiciário⁷.

Quanto aos limites da revogação, Di Pietro (1998, p. 205) registra que:

... não podem ser revogados os atos vinculados, precisamente porque nestes não há os aspectos concernentes a oportunidade e conveniência; (...) não podem ser revogados os atos que exauriram os seus efeitos; como a revogação não retroage, mas apenas impede que o ato continue a produzir efeitos, se o ato já se exauriu não há mais que falar em revogação; (...) a revogação não pode ser feita quando já se exauriu a competência relativamente ao objeto do ato; (...) a revogação não pode atingir os **meros atos administrativos**, como certidões, atestados, votos, porque os efeitos deles decorrentes são estabelecidos pela lei; (...) também não podem ser revogados os atos que integram um procedimento, pois a cada novo ato ocorre a preclusão com relação ao ato anterior; (...) não podem ser revogados os atos que geram direitos adquiridos conforme está expresso na Súmula nº 473, do STF. (destaque da autora)

A *anulação* ocorre quando o ato que veio ao mundo está eivado de vício. Trata-se de ato ilegal, podendo, ser anulado tanto pela administração, quanto pelo poder judiciário. Os efeitos da anulação são *ex tunc*, retroagem à data da edição do ato.

⁷ O poder judiciário pode, não custa dizer, revogar seus próprios atos administrativos.

Contudo, há casos em que mesmo o ato nulo irá produzir efeitos. Os atributos de presunção de legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade que os atos administrativos possuem fazem com que os administrados cumpram o ato, mesmo que viciado, e este ato, por certo, produzirá efeitos jurídicos, mormente quando já se têm situações fáticas consolidadas.

A boa-fé está no cerne da produção dos efeitos do ato nulo. “Se o particular não concorreu para a prolação do ato desconformado da lei, se agiu de boa-fé, deverá a Administração invalidar o ato, porém compondo os prejuízos resultantes de sua conduta.” (FIGUEIREDO, 2004, p.276).

À guisa de exemplo, trazemos à baila o dispositivo da Lei de Licitações, Lei 8.666/93, art. 49, §2º, segundo o qual a nulidade do procedimento induz a do contrato dele oriundo, ressalvado, contudo, a hipótese do parágrafo único do art. 59 da mesma Lei, situação em que a administração deve indenizar o contratado pelos serviços até então prestados, caso não tenha ele contribuído para a nulidade, ou seja, que tenha agido sempre de boa-fé.

Os vícios podem atingir o ato em um de seus cinco elementos: competência, forma, objeto, motivo, finalidade. A Lei nº 4717, de 29 de junho de 1995, que regula a ação popular, procura definir estes vícios.

Segundo o art. 2º da citada lei, **a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; o viciou de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidade indispensáveis à existência ou seriedade do ato; a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamente o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e o desvio da finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.**

Mas nem todo ato viciado precisa ser anulado, sendo o vício sanável, pode o ato ser convalidado. É o caso, por exemplo, de ato praticado por agente incompetente, mas em se tratando de competência relativa. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, deixa consignada em seu art. 55 que **em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.**

Não podem, porém, ser convalidados aqueles atos que causam prejuízo a terceiros ou aqueles praticados com má-fé.

Enfim, o exame deve recair sobre os cinco elementos que compõem o ato. No caso da competência, sendo relativa, cabe convalidação; sendo exclusiva e/ou em razão da matéria não poderá haver convalidação. Se se tratar de forma essencial, também não caberá convalidação. O motivo e a finalidade nunca são possíveis de convalidação; o primeiro refere-se ao fato invocado para a prática do ato, que pertencente ao mundo fático, existiu e ensejou a prática do ato ou não existiu; o segundo diz respeito ao fim perseguido pelo ato administrativo, que sempre há de ser o interesse público. Não cabe, por último, convalidação do objeto de conteúdo ilegal (DI PIETRO, 1998, p.203).

Tendo em mente os limites à atuação da Administração Pública e a forma como ela, por meio do ato administrativo, manifesta sua vontade, passaremos ao capítulo seguinte, para verificarmos qual a responsabilidade dos agentes públicos quando ultrapassam esses limites.

3. RESPONSABILIDADES DOS AGENTES PÚBLICOS

Na lição de Meirelles (1998, p. 74), agentes públicos “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente de alguma função estatal”. Trata-se de gênero, do qual são espécies os agentes políticos, os agentes administrativos, os agentes honoríficos e os agentes delegados.

O agente público manifesta, por meio do ato administrativo, a vontade do Estado, e, no exercício de suas funções, quando ultrapassa os limites traçados pelo ordenamento jurídico, pode vir a cometer ato ilícito.

O ato ilícito é todo ato praticado pelo ser humano, comissiva ou omissivamente, de forma contrária à ordem jurídica, causando dano e gerando responsabilidades. Não é exclusividade de um ramo específico de direito. Por isso, temos ilícitos administrativos, ilícitos penais, ilícitos civis, ilícitos trabalhistas (PETRÔNIO BRAZ, 1999, p. 458).

Ontologicamente não existe diferença, por exemplo, entre o ilícito civil, o penal e o administrativo. A diferença está na natureza da sanção.

Um mesmo ato ilícito pode levar o agente a ser obrigado a reparar um dano na esfera civil, a ser condenado por um crime na esfera penal e a sofrer sanções como demissão, na esfera administrativa.

Segundo lição de Meirelles (1994, p.418), “a responsabilização de que cuida a Constituição é a *civil*, visto que a *administrativa* decorre da situação estatutária e a *penal* está prevista no respectivo Código, em capítulo dedicado aos crimes funcionais (arts. 312 e 327)”. [grifos do autor]

Os processos nessas esferas são independentes, e a absolvição em uma delas não implica necessariamente absolvição noutra esfera. Assim, pode o agente vir a ser absolvido na esfera penal, mas continuar a ser obrigado a reparar o dano em uma condenação civil ou sofrer uma suspensão em âmbito administrativo.

A regra da independência das instâncias, contudo, não é absoluta. Havendo negativa de fato ou de autoria na esfera criminal, isto se comunica às esferas cível e administrativa. Assim, se no processo penal, ficar provado que o fato não existiu ou que o acusado não foi o autor do crime, necessariamente ele deverá ser absolvido também no campo cível e administrativo. Mas isso é apenas no caso de negativa de autoria ou inexistência do fato, pois pode ser caso de insuficiência de provas para a condenação penal e, contudo, a prova ser suficiente para a condenação nas instâncias cível ou administrativa.

A Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, sobre a responsabilidade disciplinar dos servidores públicos, sintetiza:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

...

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes de contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

As responsabilidades administrativa, civil e penal do agente público também estão expressas no Estatuto das Licitações, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que, em seu art. 82, estabelece que **os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções prevista nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que o seu ato ensejar.**

Ao lado das responsabilidades administrativa, civil e penal e independente delas, temos a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, regulada nos termos da Lei 8.429/92.

3.1. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil do agente público **decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros** (art. 122, Lei 8.112/90).

A responsabilidade dos agentes públicos não se confunde com a do Estado. A deste é objetiva⁸, a daqueles é subjetiva, conforme determina o art. 37, § 6º da Constituição Federal: **as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadora de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.**

O Estado, ou os particulares quando prestam serviço público, respondem objetivamente pelos danos causados por seus agentes. Basta apenas que se demonstre o dano e o nexo causal para que fique configurada a responsabilidade do Estado em indenizar.

Não é necessário que se prove a culpa do Estado. O que se pode fazer e

⁸ Até chegar à responsabilidade objetiva do Estado um longo caminho foi percorrido. Da irresponsabilidade do Estado, teoria segunda a qual o Estado não erra, portanto não repara danos, a responsabilidade do Estado transitou pela responsabilidade por atos de gestão, teoria civilista segundo a qual o Estado só pode ser responsabilizado quando está em pé de igualdade com o particular, não respondendo, portanto, quando pratica atos de império. Também procurou justificar a responsabilidade do Estado a teoria da culpa. Teoria civilista que atribuía responsabilidade ao Estado quando o agente público atuasse com culpa. Representa um estágio de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo, a teoria da culpa administrativa ou acidente administrativo. Neste caso, a vítima deve comprovar que houve mau funcionamento ou não funcionamento do serviço para que gere para o Estado o dever de indenizar. Por fim, além da responsabilidade objetiva do

tenta provar a culpa concorrente ou exclusiva do terceiro lesado, para que o Estado tenha atenuado ou se isente do dever de indenizar.

Cabe ao Estado, contudo, ação regressiva contra o agente causador do dano. Neste caso, é necessário que se prove a culpa do agente público. Aqui se trata de culpa *lato senso*, caracterizada pelo dolo, quando há intenção do agente em causar o dano, ou pela culpa *stricto senso*, quando o agente público atua com imprudência, negligência ou imperícia. Trata-se, neste caso, da *responsabilidade civil do agente público*, cujo objetivo é a reparação do dano.

A responsabilidade civil do agente público “resume-se em verificar até que ponto o funcionário público responde com o patrimônio pelos crimes e erros praticados no exercício da função pública” (CRETELLA JÚNIOR, 1993, p. 81)

A responsabilidade civil está regulada no Livro I, Título IX do Código Civil e, em regra, decorre de ato ilícito. Pratica ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência, imprudência ou imperícia (culpa) violar direito e causar dano a outrem.

Diz-se imprudente aquele que age sem os cuidados devidos na conduta esperada para uma dada situação. Negligente é a culpa que está na omissão. É a falta de cuidado antes de começar a agir. A Imperícia é a falta de habilidade no exercício de uma atividade ou profissão.

O Código Civil ainda cuida das chamadas responsabilidades transubjetivas e da responsabilidade objetiva (ALVES, 2001, p. 28).

Os casos de responsabilidade transubjetivas estão arrolados no artigo 932. Assim, são civilmente responsáveis pela reparação civil (a) os pais, pelos filhos menores; (b) o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados; (c) o empregado ou comitente por seus empregados, serviçais e prepostos; (d) os donos de hotéis,

Estado, temos ainda a teoria do risco integral, segundo a qual o estado deve indenizar sempre, ainda que resulte de culpa da vítima.

hospedarias casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educadores e (e) os que gratuitamente houverem participado do produto do crime, até a concorrente quantia.

Nesses casos, a pessoa responde independentemente de culpa própria (art. 933 do Código Civil). Não se trata da ausência de culpa, já que a culpa dos causadores do dano deverá ser aferida. “Trata-se da responsabilidade por fato de outrem, que se distingue da responsabilidade primária por fato próprio.” (VENOSA, 2005, v.1, p. 576).

A responsabilidade objetiva, por sua vez, é aquela que independe de culpa. É o que estatui no art. 928, nos casos em que a atividade desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem como, por exemplo, atividades nucleares.

Também independe de culpa a responsabilidade dos empresários individuais e das empresas pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (art. 931). Por não ser objeto de nosso trabalho, não nos deteremos nesses casos.

3.2. RESPONSABILIDADE PENAL

A responsabilidade penal decorre da prática de ato tido como crime. Nestes casos, o legislador entende que determinada conduta reprovável deve ser sancionada de forma mais severa e a eleva a tipo penal.

No que atine ao agente público, teremos (a) os crimes próprios dos funcionários públicos; (b) os fatos que só serão crimes se praticados pelos funcionários públicos e (c) os casos em que a condição de funcionário público

agrava a pena (CRETELLA JÚNIOR, 1993, p. 83).

Assim, no primeiro caso, teremos, por exemplo, no Código Penal, os crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral (art. 312 a 326): o peculato; a inserção de dados falsos em sistema de informações; a modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações; o extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento; o emprego irregular de verbas ou rendas públicas; a concussão; o excesso de exação; a corrupção passiva; a facilitação de contrabando e descaminho; a prevaricação; a condescendência criminosa; a advocacia administrativa; a violência arbitrária; o abandono de função; o exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado; a violação de sigilo funcional; e a violação do sigilo de proposta de concorrência.

São crimes em que a qualidade de funcionário público é essencial para a sua configuração. Assim, se um particular apropria-se de coisa alheia móvel, de que tenha a posse ou a detenção, está cometendo apropriação indébita, enquanto que se o funcionário público apropria-se de coisa alheia móvel, de que tenha a posse em razão do cargo, estará cometendo peculato.

Registramos, contudo, que pode vir um particular a responder por crime próprio de funcionário público, quanto com este age em concurso, pois, a condição de funcionário público e elementar do crime próprio de funcionário e, nos termos do art. 30 do Código Penal, se comunica aos demais sujeitos ativos do crime.

No segundo caso, condutas que só serão crimes se praticadas por funcionários públicos, a mera passividade ou inação pode vir a caracterizar um crime do funcionário público, mas o mesmo fato não poderá ser imputado a um particular, se dele não fosse esperado uma ação, como no caso do crime de prevaricação.

Já quanto à qualidade de funcionário público como agravante, temos, por exemplo, os casos de falsificação de títulos e outros papéis públicos. Nestes casos, sendo o crime cometido por funcionário público, a pena é aumentada de um sexto.

Para os efeitos da lei penal, o conceito de funcionário público é amplíssimo. Nos termos do art. 327 do Código Penal, considera-se funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função pública, mesmo que transitoriamente, com ou sem remuneração. Equipara-se também a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

Mas a responsabilidade penal não se limita às condutas tipificadas no código Penal. A legislação esparsa também traz diversas disposições condenando a ação ou omissão do Agente Público, como pode ser visto na Lei de Abuso de Autoridade, Lei 4.898, de 09 de dezembro de 1965; na Lei dos crimes contra a ordem tributária, Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990; na Lei do meio ambiente, Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; na Lei de crimes de tortura, Lei 9.455, de 07 de abril de 1997, no Código Eleitoral; no Código Penal Militar; e na Lei de Licitações e contratos públicos, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

3.2.1. Ilícito penal na Lei de Licitações

Os agentes administrativos que praticarem atos que atentem contra o estabelecido na Lei de Licitações ou visando frustrar o caráter competitivo do certame, se sujeitam, além de sanções administrativa e civil, a sanções penais.

Os crimes da Lei 8.666/93, ainda que tentados, implicam, além da sanção penal equivalente, perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

A própria Lei de licitações traz em seu art. 89 e seguintes diversos tipos penais. São tipificados crimes próprios de agentes públicos, como no caso de dispensar ou inexigir licitações fora das hipóteses previstas em lei; como crimes que podem ser praticados pelo particular ou em conluio com a agente público, como, por

exemplo, frustrar ou fraudar, mediante ajuste, o caráter competitivo do certame.

Nos moldes do código penal, a Lei 8.666/93 traz um amplo conceito de servidor público, considerando como tal todo **aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público**, equiparando-se também a servidor público **quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.**

Por último, registramos que, nos crimes tipificados na Lei 8.666/93, a pena será agravada não pela condição de agente público, mas pela condição peculiar que o agente ocupa na estrutura pública. Assim, teremos uma pena acrescida de um terço, quando os autores dos crimes previstos na Lei de Licitações forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Os tipos penais que envolvem a licitação serão abortados oportunamente quando tratamos dos atos praticados nas fases da licitação.

3.3. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

A responsabilidade administrativa do servidor decorre de condução omissiva ou comissiva que viole seus deveres funcionais. A apuração da responsabilidade é feita pela própria administração, mediante processo disciplinar, que garanta ao acusado direito ao contraditório e à ampla defesa. Para os servidores federais, o processo disciplinar está regulado na Lei 8.112/90, art. 143 e seguintes.

Para Justen Filho (2005, p. 665):

A responsabilidade administrativa consiste no dever de responder pelos efeitos jurídico-administrativos dos atos praticados no desempenho de atividade administrativa estatal, inclusive suportando a sanção administrativa cominada em lei pela prática de ato ilícito.

O ilícito administrativo se diferencia do ilícito penal basicamente pela natureza da sanção. Os fatos erigidos a tipo penal recebem uma sanção mais severa, privando o indivíduo de sua liberdade. Já o ilícito administrativo gera sanções como advertência e destituição de cargos. Trata-se de uma opção do legislador, que considera determinados casos mais graves que outros, optando por tipificá-los para sancioná-los mais severamente.

Outro ponto que diferencia o ilícito administrativo do penal, é que este se apresenta como tipos fechados e aquele como normas sancionadoras mais abertas, onde cabe um juízo de valor maior no enquadramento da conduta. Mas, em ambos os casos, há a previsão legal e a imposição da sanção deve observar o contraditório e a ampla defesa.

Justen Filho (2005, p. 665) elenca as características de um regime jurídico da ilicitude administrativa:

... os ilícitos e as sanções administrativas obedecem ao regime próprio do direito penal; aplica-se o princípio da legalidade no tocante à definição das informações e na fixação das sanções; a configuração da ilicitude depende da presença de um elemento subjetivo reprovável que integra a descrição normativa do ilícito; o sancionamento se subordina ao princípio da proporcionalidade; a observância ao devido processo legal, com respeito ao contraditório e à ampla defesa, é uma condição inafastável para a punição.

Para o mencionado autor, as sanções administrativas obedecem ao regime próprio do direito penal no sentido de que todos os princípios fundamentais penalísticos são abraçados pelo direito administrativo sancionador.

Assim, por exemplo, o agente só poderá ser punido por ilícito anteriormente previsto na legislação e a sanção também deverá estar previamente prevista no ordenamento.

Tanto as situações ilícitas quanto as sanções devem estar previstas em Lei estrito senso, não se podendo criar sanções por meros regulamentos.

Para a imputação, é necessária a existência do elemento subjetivo reprovável, quais sejam o dolo ou a culpa. Como a atuação do agente deve se pautar pelos normativos (o princípio da legalidade para o agente público significa que ele pode fazer somente aquilo que a lei permite), muitas das vezes, a não-observância do regulamento bastará para configurar uma situação de negligência, e, portanto, suficiente para imputação de responsabilidade administrativa.

A necessidade da existência do elemento subjetivo leva à conclusão de que não haverá o cometimento de ilícito administrativo ou, existindo este, não será punido o agente, quando estiver presente alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Subsistindo o ato ilícito e havendo culpabilidade, o agente receberá a devida sanção, que deverá ser aplicada com base no princípio da proporcionalidade. Deve-se observar a adequação entre a sanção aplicada e o ilícito cometido, em processo que resguarde a ampla defesa e o contraditório.

Nos conformes da Lei 8.112/90, o agente público que comete o ilícito administrativo fica sujeito a penas de advertência, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria.

Estas sanções são aplicadas mediante prévio Processo Administrativo Disciplinar – PAD, também previsto na Lei 8.112/90.

Esta norma tem âmbito Federal, os Estado e Municípios devem legislar a respeito.

As sanções administrativas também se encontram em outras Leis. A Lei de Licitações, no seu art. 83, estabelece que os crimes ali previstos, quando cometidos

por agente público, mesmo que na forma tentada, levará, além da sanção penal cominada, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Nos interessam, ainda, as sanções previstas na Lei 8.442/93, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

3.3.1. Responsabilidade administrativa e Tribunais de Contas

O controle exercido pelos Tribunais de Contas se insere no denominado Controle Externo. Conforme estabelecem os artigos 70 e 71, da Carta Maior, o Congresso Nacional, mediante Controle Externo, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, exerce a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

A competência para fiscalizar é ampla e abrange os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Dentre as atribuições dos Tribunais de Contas está a de emitir parecer sobre as contas do Presidente da República e a de julgar, efetivamente, as contas de qualquer pessoa que administre recursos públicos. (art. 71, I, II).

Os Tribunais de Contas têm o poder-dever de realizar auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e nos demais órgãos/entidades que gerenciem recursos públicos.

Além da legalidade do ato, são verificados, também, os aspectos de legitimidade e economicidade.

De certo, ao se fazer um exame de economicidade, a avaliação deverá recair sobre as escolhas feitas pelo administrador. Assim, a fiscalização do Tribunal de Contas deverá ultrapassar os limites formais do ato, adentrado nos pressupostos fáticos que motivaram o agente público a tomar determinada escolha.

O *controle externo* deve ser feito não mais visando apenas ao que chamamos de legalidade formal, mas também no que respeita à legitimidade, economicidade e razoabilidade; de conseqüentes, ao *controle formal sucede o material*. Sobretudo agora, que foi acrescentado o princípio da *eficiência* aos princípios da Administração Pública (FIGUEIREDO, 2004, p.354). [destaques da autora]

As competências dos Tribunais de Contas estão traçadas na Constituição Federal, art. 71, dentre elas a de **aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.**

Na esfera federal, a Lei a que alude a Constituição é a 8.443/92 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – TCU, que estabelece uma série de sanções ao agente público.

Assim, além das sanções estabelecidas na Lei 8.112/93, e na própria lei de licitações, o agente público também está sujeito às sanções da Lei 8.443/92 (ou em leis próprias quando se tratar de Tribunais de Contas dos Estados)

Nos termos do art. 57 da Lei em comento, quando o TCU imputar débito a um responsável, poderá, ainda, aplicar multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado. Além da multa proporcional ao dano causado, o art. 58 da mesma Lei prevê multa para os casos de:

- I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta lei;
- II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;
- III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário;

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;
V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;
VI sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;
VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.
(destacamos)

Cabe ainda, com supedâneo, no art. 60 da mesma Lei, se for considerada grave a infração, a inabilitação do responsável por um período de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

Quando à fraude em licitação, além das sanções já arroladas, o TCU tem o dever de declarar a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46, Lei 8.443/92).

As decisões dos Tribunais de Contas de que resultem imputação de débito ou multa, por força do art. 71, §3º, da Constituição Federal, terão eficácia de título executivo.

3.4. RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE

A improbidade administrativa é a prática de atos de deslealdade e desonestidade para com a Administração Pública. O agente público deve ser leal para com a Administração, pautando sua conduta na moralidade administrativa, observando as regras éticas, os valores da boa-fé, da imparcialidade, da supremacia do interesse público.

Garcia (2004) procura fazer a distinção entre moralidade, probidade e improbidade. A probidade seria assim uma qualidade (honestidade) esperada do

agente público. A probidade decorre do próprio princípio da moralidade, e, neste sentido, seria também um princípio constitucional, devendo pautar a atuação do legislador, orientando-o para a formação de normas e a atuação do agente público, que deve agir com honestidade para com a Administração Pública.

A definição de atos de improbidade é apenas mais uma maneira de se resguardar o princípio da probidade administrativa. A probidade administrativa, como bem jurídico tutelado, é resguardada por normas administrativas, definidoras de ilícitos administrativos ou político-administrativos (aplicadas mediante processo administrativo disciplinar ou político-disciplinar); por normas penais, definidoras de crimes (aplicadas mediante processo criminal); por normas cíveis, determinantes do ressarcimento ou da anulação do ato praticado (aplicáveis mediante processo civil: ação popular, mandado de segurança, ação civil pública); e, também, por normas definidoras de atos de improbidade administrativa (aplicadas via ação de improbidade) (GARCIA, 2004, p. 241.)

Os atos de improbidade administrativa têm regramento na Constituição Federal que estabelece em seu art. 4º que **os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.**

A Constituição ainda menciona a improbidade como causa de inelegibilidade, art. 14, §9º; de suspensão de direitos políticos, art. 15, V; e como causa ensejadora de crime de Responsabilidade do Presidente da República, art. 86, V.

No campo infraconstitucional, os atos de improbidade estão regulados na Lei nº. 8.429, de 02 de julho de 1992, que os dividem em três grupos: os que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da administração pública.

Esses grupos de atos de improbidades estão relacionados, respectivamente,

nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade. Importa destacar que se trata de rol exemplificativo, o que se depreende pela expressão "... notadamente..." de que se vale o legislador ao elencar os atos caracterizadores de improbidade.

São, dentre outros, atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (neste caso diretamente ligado a processos de compras do Governo), perceber vantagem econômica para facilitar a aquisição de bens ou contratação de serviços.

Ainda dentro do processo de compras de Governo, temos, por exemplo, como ato de improbidade que causa prejuízo ao erário (art. 10 da lei em comento):

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

...

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

...

IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

E, por fim, ainda à guisa de exemplo, a negligência quanto aos princípios da impessoalidade e moralidade no âmbito de um processo de compra do Governo pode vir a caracterizar ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública.

Nos termos do art. 12 da Lei de Improbidade, as sanções passam pela perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos por até 10 anos; pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Quanto às penalidades elencadas, cumpre-nos registrar que o ressarcimento integral do dano não se configura sansão. Trata-se, apenas, de uma reposição ao erário daquilo que lhe foi subtraído. Esse entendimento tem grande relevância nas ações de ressarcimento. Não sendo sanção a ato ilícito, as ações de ressarcimento são imprescritíveis, conforme determina o art. 37, §5º, da Constituição Federal,

podendo inclusive ser perseguido o patrimônio do causador do dano transferido aos seus sucessores, nos termos do art. 5º, XLV, também da Carta Maior.

Nos moldes do que ocorre com o Código Penal, com a Lei de Licitações e com o Estatuto do Servidor Público Federal, a Lei de Improbidade, em seu art. 2º, adota um conceito amplo de agente público, considerando como tal **todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior** (administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual).

Tem gerado grande controvérsia a localização da responsabilidade pelos atos de improbidade, se pertence à esfera civil, penal ou administrativa.

Para Justen Filho (2005, p. 693), o instituto da improbidade tem natureza complexa:

Há incidência do direito civil porque se impõe ao infrator o dever de recompor os prejuízos acarreados por sua conduta. A reparação do dano está abrangida na responsabilidade civil.

Há incidência do direito administrativo porque incidem sanções tais como a perda do cargo ou da função.

E há conotação de direito constitucional, na medida em que o elenco sancionatório compreende a perda de cargos eletivos e, mesmo, a suspensão de direitos políticos.

As sanções administrativas e de natureza constitucional são incorporadas no âmbito do direito penal. Há uma forte carga penal, uma vez que as sanções têm cunho punitivo, traduzindo a repressão a condutas reputadas como dotadas da mais elevada gravidade, que compreendem inclusive a indisponibilidade patrimonial.

Em suma, a peculiaridade marcante do instituto da improbidade administrativa reside nessa integração de institutos de diversa natureza, produzindo um conjunto heterogêneo, dotado de função de defesa dos valores essenciais à gestão administrativa.

Reforça a idéia de que a responsabilidade não está vinculada especificamente a uma esfera penal, civil ou administrativa o fato de a própria Lei de

Improbidades estabelecer, no seu art. 12, que as sanções ali previstas independem das sanções penais, civis e administrativas.

3.5. ILICITUDE, CULPABILIDADE E NEXO CAUSAL

Já foi dito que a responsabilidade civil do agente público não se confunde com a do Estado. A deste é objetiva, bastando apenas que se comprove o dano e o nexo causal; a daquele é subjetiva, devendo-se apurar a culpa.

Explica Venosa (2005, v. 1, p. 575) que:

Para que surja o dever de *indenizar*, é *necessário, primeiramente*, que exista ação ou omissão; que essa conduta esteja ligada por relação de causalidade com o prejuízo suportado pela vítima e, por fim, que o agente tenha agido com culpa (assim entendida no sentido global exposto). Faltando algum desses elementos, desaparece o dever de indenizar. (destaques do autor)

Seja a responsabilidade civil, a penal, a administrativa ou mesmo a por ato de improbidade administrativa, devem estar sempre presentes, para gerar a responsabilidade do agente: a conduta ilícita, o nexo causal e a culpa (não adentraremos aqui na discussão a respeito de nexo causal e crimes meramente formais, aqueles que independem de um resultado naturalístico, já que resultado jurídico ou normativo, ou seja, a afetação ao bem jurídico tutelado sempre há).

3.5.1. Ilícitude

A conduta ilícita é o proceder em desacordo com a norma. O fato tido como ilícito deve estar previamente estabelecida por Lei. Entendida aqui Lei em seu sentido estrito, ato formal emanado do Poder Legislativo. A máxima estabelecida no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal – **não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal** – pode ser lida como não há conduta ilícita sem lei anterior que a defina, nem sanção respectiva sem prévia cominação legal.

Não havendo uma Lei prévia determinando que certa conduta é rechaçada pelo ordenamento positivo, não há que se falar em cometimento de ilícito, não há que falar em sanções.

Assim, todo o agente público tem o conhecimento, ou ao menos deveria ter, de que tipo de conduta deve pautar seu comportamento.

O ilícito civil é narrado na fórmula genérica do art. 186 c/c art. 187 do Código Civil e se consubstancia no dever de todos de não violar direito de outrem e de não exercer um direito de forma irregular: **aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico, ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.**

O ilícito penal, até mesmo pela gravidade da sanção que acarreta, é previsto na forma de tipo penal, onde é descrita a conduta proibida e o fato será típico se a conduta do agente se encaixar perfeitamente na descrição daquele ilícito.

O ilícito administrativo é descrito na forma de tipo aberto, prescrevendo o dever de zelo, boa conduta, eficiência e honestidade do agente público. Em uma primeira análise a simples desobediência das normas já estaria caracterizando uma conduta ilícita por parte do agente público, isto porque o Princípio da Legalidade estabelecido no art. 5º, II, da Constituição Federal significa para a administração

pública que ela só pode fazer aquilo que está previsto em lei. Assim, por força deste comando constitucional geral, deixando de observar a norma, estaria o agente público cometendo um ilícito administrativo. A conduta ilícita alcança até mesmo os **princípios** que regem o proceder do agente público, mormente os previstos expressamente na legislação pátria.

Os atos ilícitos caracterizadores de improbidade administrativa, estão previstos, à guisa de exemplos, nos art. 9º, 10 e 11, da Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. Tratam-se também de formulações genéricas:

A lei define o que é cada uma das espécies de ato de improbidade e, em seguida, especifica algumas condutas que se subsumem àquela descrição genérica. O rol de condutas é, portanto, meramente exemplificativo, sendo certo que o que importa é que a conduta do agente se enquadre naquela descrição genérica, feita no *caput* do artigo respectivo. (GARCIA, 2004, p. 258).

É importante a observação feita por Justen Filho (2005, p. 687) quanto à adequação da conduta configuradora de ato de improbidade, o que pode perfeitamente também ser aplicada nas condutas caracterizadoras de ilícitos administrativos:

É essencial reconhecer que a indeterminação relativa do conceito de improbidade não significa a instituição de competência discricionária, a qual é radicalmente incompatível com a natureza de instituições de natureza punitiva. Configurar uma conduta como ímproba não é questão de conveniência administrativa, mas de prova quanto aos fatos. Prova-se a improbidade. Se não houver prova suficiente, não é possível emitir juízo de improbidade.

Por isso, aqui, no campo da sanção por ilícito administrativo e por ilícitos caracterizadores de atos de improbidade, se sobressaem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade quando da apuração do cometimento de um ilícito e na aplicação da sanção devida.

3.5.1.1. Excludentes da ilicitude

A Lei descreve a conduta ilícita, mas a mesma lei irá prevê algumas situações em que a ilicitude da conduta é afastada. Afastada a ilicitude, não há sequer de perquirir a culpabilidade.

O Código Civil, em seu art. 187, deixa expresso que não haverá ilícito quando o ato for praticado em (a) legítima defesa ou no (b) exercício regular de um direito reconhecido ou quando a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, for para (c) remover perigo iminente.

Como não seria justo para aquele que teve a coisa deteriorada ou que sofreu a lesão em decorrência da remoção de perigo iminente, o Código Civil lhe garante o direito a reparação do dano, mesmo havendo a excludente da ilicitude, caso em que o causador do dano terá direito de regresso contra o terceiro que gerou o perigo.

O Código Penal também elenca, no art. 23, causas de exclusão de ilicitude, quais sejam (a) estado de necessidade, (b) legítima defesa, (c) estrito cumprimento do dever legal e (d) exercício regular de direito.

Elenca-se, ainda, como excludente de ilicitude o caso fortuito e a força maior, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da administração. Esses três últimos casos atingem diretamente o nexo de causalidade entre a conduta e o ilícito cometido.

3.5.1.1.1. Estado de necessidade

Conforme o Código Penal, em seu art. 24, **considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.**

Para Damásio (2005, p. 109), o estado de necessidade pode ser desdobrado em situação de perigo (ou situação de necessidade) e conduta lesiva (ou fato necessitado), e tem como requisitos:

a) um perigo atual; b) ameaça a direito próprio ou alheio; c) situação não causada voluntariamente pelo sujeito; d) inexistência de dever legal de arrostar perigo. A realização da conduta lesiva exige: a) inevitabilidade do comportamento lesivo; b) inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaça; c) conhecimento da situação de fato justificante.

E conclui: “a ausência de qualquer requisito exclui o estado de necessidade”.

Em suma, o estado de necessidade sempre ocorrerá quando existe um perigo que ponha em choque dois bens jurídicos legítimos, de modo que, para que um sobreviva, o outro terá que ser sacrificado.

No Direito Civil, o estado de necessidade surge, no art. 187, com a permissiva de deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, para remover perigo iminente.

É necessário acrescentar ainda que os meios devem ser moderados, sendo só os necessários para remover o perigo; o excesso doloso ou culposo, no estado de necessidade, gera responsabilidades (art. 23, § único, do Código Penal e art. 188, parágrafo único do código civil).

Por último, o estado de necessidade também alcança o direito administrativo, caracterizado, segundo Cretella Júnior *apud* Silva (2001, p. 145),

como:

... colisão de direitos entre sujeitos vinculados pela relação de administração de tal modo que um deles sofre prejuízos, em virtude do outro, mas a situação é tal que, se não ocorresse a manifestação aludida, ocorreria lesão de um direito se não “mais legal”, pelo menos “mais justo”.

3.5.1.1.2. Legítima defesa

A legítima defesa está prevista como excludente de ilicitude no art. 118 do Código Civil e, também, nos artigos 23 e 24 do Código Penal, entendendo-se como legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Da definição de legítima defesa sobressaem seus requisitos: a agressão tem que ser injusta, ou seja, ilícita, contrária à ordem jurídica; e tal agressão tem que estar acontecendo (atual) ou prestes a acontecer (iminente), para que a legítima defesa não se configure em vingança privada (exercício arbitrário das próprias razões).

Os meios usados para repelir a agressão devem ser os necessários e utilizados moderadamente, caso contrário, comete-se excesso e a ação perde o resguardo desta excludente de ilicitude. Aliás, a punição pelo excesso decorre não só do conceito de legítima defesa (uso moderado dos meios necessários), mas, também, por expressa disposição do art. 23, parágrafo único, do Código Penal.

3.5.1.1.3. Exercício regular de direito

Entende-se aí direito em sentido amplo, envolvendo todas as espécies de direito subjetivo (DAMÁSIO, 2005, p. 106). Contudo, o exercício irregular do direito ou o abuso deste faz com que desapareça a excludente (art. 23, parágrafo único do código penal).

Quanto ao exercício irregular de direito, o Código Civil o elenca expressamente como caracterizador de ato ilícito no art. 187: **também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico, ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.**

Explica Silva (2001, p. 149) que:

No exercício do direito, a *regularidade* dele pré-exclui a contrariedade do ato ao ordenamento jurídico. Se não há essa regularidade, tem-se em princípio o exercício *abusivo* do direito, entendendo-se no *abusus* o que, irregular, é irregular por imoderação prejudicial, ou é irregular por intenção de prejudicar.

Por isso o Código Civil brasileiro diz no art. 160, I, 2ª parte, que não constituem atos ilícitos os praticados no exercício *regular* de um direito reconhecido, enquanto o Código Penal, no art. 23, III, 2ª parte, pré-exclui a criminalidade do ato que constitui exercício *regular* do direito.

A *contrario sensu*, são ilícitos os atos no exercício irregular do direito, como se os agentes das pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadores de serviço público, exercendo abusivamente suas atribuições, causam dano a terceiros, hipótese em que elas têm de indenizar-lhos, sem necessidade de alusão a culpa presumida pela má escolha para a missão que lhes fora confiada. [destaques do autor]

3.5.1.1.4. Estrito cumprimento de dever legal

Também previsto no art. 23 do Código Penal: não há ilicitude quando o

agente pratica um ato em estrito cumprimento de dever legal, seja imposto por Lei penal ou extrapenal.

A excludente só ocorre quanto há um dever imposto pelo direito objetivo. As obrigações de natureza social, moral ou religiosa, não determinadas por lei, não se incluem na justificativa. *O Dever pode estar contido em regulamento, decreto ou qualquer ato emanado do poder público, desde que tenha caráter geral. A resolução administrativa particular pode ensejar a obediência hierárquica.* (DAMÁSIO, 2005, p. 106.) [destacamos]

“É necessário que o sujeito pratique o fato no *estrito* cumprimento do dever legal. Fora daí, a conduta torna-se ilícita” (DAMÁSIO, 2005, p. 106). Aliás, esta é a dicção do art. 23, parágrafo único, do Código Penal.

3.5.1.1.5. Caso fortuito e força maior

Segundo o art. 393, parágrafo único, do Código Civil, **o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.**

Conforme acerta Alves (2001, p. 138), o importante no conceito não é a previsibilidade, “com efeito, previsível ou imprevisível o *casus*, o que tem pertinência à caracterização do caso fortuito ou de força maior é a inafastabilidade de sua eficácia.”

Por certo, o caso fortuito ou de força maior se impõe entre a conduta do agente e o fato gerado, de modo que este não pode se ligar àquela. A inafastabilidade do caso fortuito ou do caso de força maior influencia, pois, no nexo de causalidade, impedindo que nasça o ilícito.

3.5.1.1.6. Fato de terceiro e Culpa exclusiva da administração

Nos casos de fato de terceiro ou de culpa exclusiva da Administração, não significa que o ilícito não nasça, mas a imputação se descola de um agente e vai para o terceiro ou para a Administração. São, pois, situações que interferem no nexo de causalidade.

Explica Venosa (2005, v.1, p. 576) que:

Pode ter ocorrido ato ilícito, pode ter ocorrido um dano, mas pode não ter havido nexo de causalidade entre esse dano e a conduta do agente. O dano pode ter sido provocado por terceiro, ou, ainda por culpa exclusiva da vítima.

3.5.1.1.7. Causas supralegais de exclusão da ilicitude

Causas supralegais são aquelas que não estão previstas em lei, mas que podem ser admitidas sem que haja colisão com o princípio da reserva legal, pois se trata de gerar uma situação não incriminadora.

É ponto pacífico, por exemplo, que não é possível analogia em matéria penal, mas, isso, quando for para incriminar, sendo perfeitamente aceitável a analogia *in bonam partem*.

Ensina Damásio (2005, p. 104) que:

Existem condutas consideradas justas pela consciência social que não se encontram acobertadas pelas causas de exclusão da antijuridicidade. É o caso do professor que impõe ao aluno uma punição não prevista no regulamento escolar e aceita pelas denominadas “normas de cultura”. Suponha-se que tal punição constitua fato típico. Apreciada a enunciação do art. 23, percebe-se que a conduta não se enquadra em nenhum de seus incisos. O professor deve ser punido? Se a consciência social presta seu assentimento ao comportamento do mestre em face de nele não haver ilicitude, a necessidade de conservação do interesse comum, de acordo com a doutrina tradicional, faz com que o fato típico não se revista de antijuridicidade penal. Não há crime, ensinam os clássicos, aplicando-se uma causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Outras situações em que há exclusão de ilicitude por causa supralegal são nos casos de consentimento do ofendido quando se tratar de bem jurídico disponível, como, por exemplo, invasão de domicílio com o consentimento da vítima.

3.5.2. Culpabilidade

A responsabilidade do agente público só nascerá se tiver presente o elemento subjetivo do injusto: a culpa, que envolve o dolo, quanto o agente quis o resultado, e a culpa estrito senso, quanto o resultado foi produzido por imprudência, negligência ou imperícia.

Explica Venosa (2005, v.1, p. 578) que, no sistema do Código Civil de 1916, era irrelevante a consideração do grau de culpa, mas, com sistemática do atual código, torna-se relevante as noções de culpa grave, leve e levíssima.

Segundo prevê o Código Civil, no art. 944, “A indenização mede-se pela extensão do dano” e nos termos do parágrafo único do mesmo artigo “Se houve excessiva desproporção entre a *gravidade da culpa* e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. (destacamos)

A culpa grave “decorre de imprudência ou negligência manifesta, avizinhandose do dolo”, a leve é aquela em que falta “ao agente a diligência ordinária em sua conduta, aquela em que um homem comum poderia incidir, mas não um homem cuidadoso”, e a levíssima é a “situação que apenas um homem de extrema diligência e cuidado poderia evitar, não gerando, em geral, o dever de indenizar” (VENOSA, 2005, v.1., p. 578).

No Código Penal, conquanto para a existência do crime a lei só faça referência à culpa, sem distinguir seu grau, quando da aplicação da pena, o juiz, por força do art. 59, deverá se ater à culpabilidade (reprovabilidade da conduta). Assim, quanto mais grave a culpa, mais reprovável a conduta e maior deverá ser a pena.

Para Damásio (2005, p.80), mesmo a culpa levíssima também deve conduzir à responsabilidade penal, apesar de deixar registrada a orientação jurisprudencial de que, no caso de culpa levíssima, “não permite a condenação por inexistir crime (TAcrimSP, JTACrim SP, 55:169; RT, 407:267; ACrim 143.721, RT, 497:348)”.

No campo administrativo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são condicionantes para a aplicação de sanções, passando-se, necessariamente, pelo exame dos graus de culpa.

A doutrina fala ainda em culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*, esta “é a decorrente da má escolha do representante ou preposto”, aquela “é a que decorre da ausência de fiscalização sobre outrem, em que essa fiscalização é necessária ou decorre da lei; é a que ocorre no caso do patrão com relação aos empregados; os atos ilícitos do preposto fazem surgir o dever de indenizar do preponente.” (VENOSA, 2005, v.1, p. 578).

Nos campos civil e administrativo, a responsabilidade decorre tanto de atos dolosos quanto culposos.

Na esfera penal, somente quando a lei expressamente disser, é que serão os crimes punidos a título de culpa. Se a lei nada diz, só se pune o sujeito quando ele agir dolosamente.

Quanto à responsabilidade por ato de improbidade administrativa, conquanto afirme Justen Filho (2005, p. 687), que “a configuração da improbidade depende da consciência e da intenção de proferir as condutas ímprobas. Não há improbidade culposa...”, somos pelo posicionamento de Garcia (2004, p. 263), no sentido de se admitir a forma culposa quando se tratar dos atos elencados no art. 10 da Lei de Improbidades, por haver ali expressa disposição legal para punição por conduta culposa.

Trata-se da única espécie de ato de improbidade administrativa que admite a forma culposa, devendo-se, por isso mesmo, entender que as demais modalidades, por não ter sido prevista a forma culposa, só se pune o ato dolosamente praticado. No que tange aos atos de improbidade definidos no art. 11 (que atentam contra princípios da Administração Pública), a não previsão da forma culposa constitui-se em lamentável lacuna. Entretanto, quanto aos atos praticados no art. 9º (que importam enriquecimento ilícito), a lacuna não traz maiores prejuízos, já que dificilmente se poderia figurar uma hipótese em que um agente público enriqueça indevidamente, ilícitamente, por simples negligência, imperícia ou imprudência, ou seja, por culpa. O dolo estará, à toda evidência, sempre presente (Garcia, 2004, p. 263).

3.5.2.1. Excludentes de Culpabilidade

3.5.2.1.1. Imputabilidade

No magistério de Venosa (2005, v.1, p. 577), “a idéia de culpa implica a de imputabilidade, de modo que, em princípio, os débeis mentais e os menores

impúberes não podem ser responsabilizados, a não ser por intermédio das pessoas que os tenham sob sua guarda”.

A regra de irresponsabilidade civil dos menores incapazes vem sendo amenizada pelo novo Código Civil, conforme se vê no art. 928: “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação ou não dispuserem de meios suficientes.”.

O código penal, por disposição expressa, coloca entre os inimputáveis, e, portanto, penalmente irresponsáveis, o doente mental, os menores de 18 anos, bem como o sujeito que age em estado de embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou de força maior (artigos 26, 27 e 28, §1º).

3.5.2.1.2. Potencial consciência da ilicitude

Além de ser imputável, o agente deve ter um potencial conhecimento do caráter ilícito da conduta. Não se trata de exigir uma internalização do ilícito, ou uma compreensão efetiva da antijuridicidade, “ao contrário, o que a lei requer, e na maioria das vezes verifica, é a possibilidade de compreender a antijuridicidade” (ZAFFARONI, 2002, P. 621).

Não se trata aqui de alegar o desconhecimento da lei, já que nos termos do art. 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, ninguém pode se escusar do cumprimento da lei alegando que não a conhece. Trata-se de alegar o desconhecimento da ilicitude do fato, de que existe uma contrariedade entre o fato praticado e a totalidade do ordenamento.

Ter potencial consciência da ilicitude é ter potencial conhecimento do injusto.

Não se quer aqui um conhecimento de um magistrado,

Não se pode exigir de todos o mesmo grau de compreensão da antijuridicidade. Há casos em que a exigência é maior do que em outros. Isto depende do esforço que o sujeito devesse fazer para compreender – internalizar – a norma. Circunstâncias pessoais e sociais, ou mesmo uma combinação de ambas, nos revelarão o grau de esforço do sujeito, que estará sempre em relação inversa com a reprovabilidade: *quanto maior for o esforço que o sujeito deva fazer para internalizar a norma, menor será a reprovabilidade de sua conduta, e vice-versa* (ZAFFARONI, 2002, p. 621).
(destaques do autor)

No caso concreto, se deparando com hipótese efetiva de ausência de potencial conhecimento do ilícito, haverá a exclusão da culpabilidade, impossibilitando a responsabilização do agente.

3.5.2.1.3. Exigibilidade de conduta diversa

A conduta, mesmo que ilícita, não será reprovável, se o agente não tinha outro comportamento exigível, senão aquele que se efetivou.

No nosso ordenamento, temos a previsão de duas causas que excluem a exigibilidade de conduta diversa: a obediência hierárquica e a coação moral irresistível, ambas prevista no art. 22 do Código Penal.

A **obediência hierárquica** “... é a manifestação de vontade do titular de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta (positiva ou negativa)” (DAMÁSIO, 2005, p. 99).

Para que se configure esta excludente, é necessária a existência de um superior hierárquico, um subordinado, uma relação de direito público entre ambos, uma ordem do primeiro para o segundo, ilegalidade da ordem e uma aparente

legalidade da mesma.

Somente a ordem manifestamente ilegal exclui a culpabilidade, do contrário, sendo a ordem não manifestamente ilegal, acarretará responsabilidade do superior e do subordinado. No magistério de Damásio (2005, p. 100):

Atualmente, não se admite mais o cego cumprimento da ordem ilegal, permitindo-se que o inferior examine o conteúdo da determinação, pois ninguém possui o dever de praticar uma ilegalidade. Não se coloca o subordinado numa condição de julgador superior da ordem, o que criaria um caos na máquina administrativa, mas a ele se outorga o direito de abster-se de cumprir uma determinação de prática de fato manifestamente contrário à lei mediante uma apreciação relativa. Relativa porque não lhe cabe julgar a oportunidade, a conveniência ou a justiça da prática do fato constitutivo da ordem, mas somente a sua legalidade.

Coação moral irresistível “... é o emprego de grave ameaça contra alguém, no sentido de que realize um ato ou não” (DAMÁSIO, 2005, p. 98).

A coação pode ser física ou moral. Gera a excludente somente a coação moral. No caso da coação física, caracterizada não pela grave ameaça, mas pela força física empregada contra alguém para que realize ou não um ato, o fato será atípico, por ausência de vontade.

A coação há de ser irresistível; se resistível, não excluirá a culpabilidade, mas poderá servir como atenuante (DAMÁSIO, 2005, p. 99).

3.5.2.1.4. Causas supraleais de exclusão da culpabilidade

As causas supraleais de exclusão da culpabilidade são circunstâncias,

além das previsões legais de coação moral e obediência hierárquica, que tornam inexigível a conduta. A exigibilidade de conduta diversa seria, assim, um princípio geral da culpabilidade. Só seria culpável, e, portanto, punível, um sujeito que se comportasse de forma ilícita, podendo se comportar de forma diversa.

Conquanto exista doutrina que não se coaduna com a existência de causas além das previstas em lei, capazes de excluir a culpabilidade – neste sentido Zaffaroni (2001, p. 660) – há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de sua possibilidade – STJ, REsp 509.766, DJU, 29 set. 2003, p. 335 (DAMÁSIO, 2005, p. 101).

4. LICITAÇÃO

4.1. NOÇÃO

Conforme já expusemos, o Estado, ao longo de sua formação e evolução, saiu de uma postura negativa, típica de um modelo liberal, para uma postura mais ativa junto à sociedade.⁹ Passou a exercer diversas atividades, notadamente nas áreas sociais, e teve/tem que atender a uma demanda cada vez maior por serviços de qualidade.

Para prestar seus serviços, o Estado interage com o mercado¹⁰, uma vez que precisa adquirir bens e serviços, realizar obras. O Estado, como pessoa jurídica, não age por si só, tem sua vontade externada por meio de seus agentes públicos, através do ato administrativo, que, em se tratando de aquisições, devem realizar os contatos com fornecedores, negociar preço, prazo de entrega.

Mas o agente público não é livre, tal como ocorre nas transações privadas, para realizar as aquisições em nome do Estado. Segundo o comando do art. 37, XXI, da Constituição Federal, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Para Melo (2000, p. 454), a licitação:

⁹ Não trataremos para discussão a questão neoliberal da diminuição do papel do Estado. Aqui nos interessa que o Estado, para realizar as diversas tarefas que incorporou – saúde, educação, meio ambiente, justiça, segurança etc. – se tornou um grande comprador.

¹⁰ Também não entraremos na discussão a respeito do Estado interventor/regulador da economia. Conquanto tenha ocorrido uma diminuição da atuação do Estado no mercado – haja vista as privatizações – nossa Constituição Federal prevê a intervenção do Estado no mercado, mediante

...é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdos patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

A licitação, visa, pois, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, garantindo que todos aqueles interessados em ofertar seus bens e serviços ao poder público possam fazê-lo em condições de igualdade.

Não se trata apenas de uma aquisição com melhor preço, mas, também, da garantia de que terceiros possam oferecer seus bens e serviços à administração. Busca-se, com isso, a materialização do princípio da isonomia, basilar do Estado de Direito.

Para Meirelles (1994, p. 247):

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Não obstante Meirelles atribuir à licitação a natureza jurídica de procedimento administrativo, preferimos o posicionamento de Medauar (2002, p. 221), para quem a licitação é “um processo administrativo porque, além da sucessão de atos e fases, há sujeitos diversos – os licitantes interessados no processo, que dele participam perante a Administração, todos, inclusive esta, tendo direitos, deveres, ônus, sujeições.”

De qualquer forma, para nosso estudo, interessa que, como processo, a licitação contém um procedimento, que, como tal, se consubstancia em um conjunto de atos concatenados tendentes a atingir um fim.

exploração direta, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173), e/ou como agente normativo e regulador (art. 174).

Entender o procedimento da licitação como uma seqüência de atos é compreender que cada ato subsequente vai depender de um ato anterior e assim será desde a adjudicação do objeto licitado até a autorização para a compra, obra ou serviço.

Como procedimento, cada ato é independente e autônomo, podendo ser impugnado a partir do momento em que se aperfeiçoa. Ao se desmembrar o procedimento, é possível a identificação dos sujeitos que atuam na prática dos atos que o compõem, de modo a identificar a responsabilidade que cada agente traz consigo ao praticar determinado ato dentro do procedimento da licitação.

4.2. PRINCÍPIOS NORTEADORES

O legislador ordinário, no art. 3º do Estatuto das Licitações, Lei 8.666/93, deixou expresso que os agentes públicos que participam de um processo de licitação devem observar os princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade já foram tratados neste trabalho, quando falamos dos princípios que regem o direito administrativo.

O princípio da **isonomia** significa tratar *todos que estão em uma mesma situação* de uma mesma forma, sem distinção. Assim, este princípio torna-se essencial para garantir uma justa competição entre todos aqueles que vão participar do certame.

O princípio da **probidade administrativa**, intimamente ligado ao princípio da

moralidade, traz para os agentes públicos o dever de conduta ética e moral, observando as regras da boa administração.

A **vinculação ao instrumento convocatório**, como princípio, torna obrigatório, não só para os licitantes, mas, também, para a Administração, o dever de observar as regras fixadas no edital ou no convite. Com isso, se evita surpresa aos licitantes, que sabem, desde o lançamento do instrumento convocatório, das regras da disputa, possibilitando-lhes, assim, um tratamento isonômico.

O princípio do **juízo objetivo** obriga a administração a escolher a proposta de acordo com os critérios traçados no edital e na legislação correlata, retirando da estrita discricionariedade do agente público a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.

4.3. MODALIDADES

A Lei 8.666/93, em seu art. 22, estipula como modalidades de licitação a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão.

Na *concorrência* podem participar quaisquer interessados, desde que, na fase de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto (art. 22, §1º). Trata-se de modalidade utilizada quando o contrato envolve grande valor. Utiliza-se também a concorrência quando se tratar de alienação de imóveis, nos termos do art. 17, I, havendo exceção nesse caso para os bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamentos, quando poderá se optar pela modalidade leilão (art. 19, *caput* e inciso III).

A *tomada de preços* é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (art. 22, §2º).

O *convite* é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa (art. 22, §3º). O convite é automaticamente estendido a todos os demais interessados, uma vez que a administração deverá fixar cópia do instrumento convocatório em local apropriado. Quem tiver interesse em participar do certame, deverá se manifestar com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas. O que se quer com o convite não é limitar o número de participantes, mas o convite é a modalidade utilizada para a aquisição de bens e serviços de menores vultos e não se justificaria realizar um grande procedimento de licitação, sob pena de se tornar o procedimento de aquisição mais caro do que o que se quer adquirir.

Se não acudirem, no mínimo, três interessados, a administração deverá repetir o convite, salvo se houve manifesto desinteresse dos convidados ou por limitações do mercado (art. 22, §6º), circunstâncias que deverão estar devidamente justificadas no processo.

O *concurso* é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores (art. 22, §4º); e o *leilão* é a modalidade utilizada para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (art. 22, §5º).

As modalidades *concorrência*, *tomada de preços* e *convite* serão determinadas de acordo com o valor estimado daquilo que se quer comprar: para as compras de maior vulto, concorrência, para as intermediárias, tomada de preços e,

para as de menor vulto, convite. Os limites são objetivos e estão estabelecidos no art. 23, I e II da Lei 8.666/93. No caso em que couber convite, a Administração poderá utilizar tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência (art. 23, §4º).

4.4. FASES DO PROCESSO LICITATÓRIO

Segundo Meireles (1994, p.259), o procedimento da licitação estaria dividido em duas fases, uma fase interna e outra externa;

O procedimento da licitação inicia-se na repartição interessada com a abertura de processo em que a autoridade competente determina sua realização, define seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa. Essa é a fase interna da licitação, à qual se segue a fase externa, que se desenvolve através dos atos nesta seqüência: edital ou convite de convocação dos interessados; recebimento da documentação e proposta; habilitação dos licitantes; julgamento das propostas; adjudicação e homologação. [grifos do autor]

Medauar (2002, p. 233) lembra que a "... maneira como as fases se realizam pode variar segundo a modalidade: pode haver simplificação de fase, como ocorre na tomada de preços quanto à habilitação; no convite esta não existe de regra; no concurso e no leilão, inexistente adjudicação."

O que vai separar os atos da fase interna dos da fase externa é justamente o momento em que se torna pública a licitação, através da publicação do instrumento convocatório. Até então, todos atos eram praticados exclusivamente no âmbito da Administração, mas, com o lançamento do instrumento convocatório, a Administração chama terceiros, os fornecedores de bens e serviços, a participarem do certame.

Para Di Pietro (1998, p.282), esses atos que compõe a fase interna da

licitação – autorização, indicação do objeto e dos recursos – não compõe necessariamente o procedimento da licitação, “...que, tecnicamente falando, somente se inicia pela convocação dos interessados por meio do instrumento adequado.”

Preferimos o entendimento de Justen Filho (2000, p.385), segundo o qual:

O fundamento para defender que a licitação tem início mesmo antes da publicação do ato convocatório reside em que o vício na fase interna se comunica à fase externa. Se os atos praticados na fase interna forem defeituosos, aplica-se o princípio geral dos procedimentos e os atos posteriores serão invalidados. A conformação da licitação deriva dos atos desenvolvidos na fase interna. A existência de contradição entre o edital e os atos anteriormente produzidos é causa de nulidade.

A *fase externa* se dá justamente com o lançamento do edital ou do convite de convocação dos interessados; recebimento da documentação e proposta; habilitação dos licitantes; julgamento das propostas; homologação; e adjudicação.

A maioria desses atos vai ser praticada pela comissão de licitação: lançamento de edital ou convite, recebimento da documentação e proposta, habilitação dos licitantes e julgamento das propostas; outros atos serão praticados por agentes que estão fora da comissão de licitação, como a homologação e a adjudicação.

4.4.1. Fase interna

4.4.1.1. Aprovação do projeto básico

O projeto básico é *conditio sine qua non* para a realização de obras e serviços. Nos termos do art. 7º, §2º, I, da Lei 8.666/93, **as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.**

O Estatuto das Licitações define, em seu art. 6º, IX, projeto básico como:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

Pereira Júnior (2003, p. 105) muito bem coloca que:

Definidos nesses termos, o projeto básico é alçado a ato-condição para a abertura de licitação de obra ou serviço, vale dizer, a requisito de validade, bem assim a instrumento insubstituível para a implementação das normas constitucionais voltadas para o controle externo dos atos administrativos, em todas as suas vertentes (jurisdicional, parlamentar e popular).

O projeto básico visa materializar o objeto a ser contratado; especifica, dentre outros elementos, os tipos de serviços a serem executados, de materiais e equipamentos que irão incorporar às obras, traz informações que possibilitam o estudo e a dedução de métodos construtivos, a visão geral das obras, contém

orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

O projeto básico tira da esfera da discricionariedade da administração o que se pretende contratar. Conforme o art. 40, §2º, da Lei de Licitações, o projeto básico constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante. Assim, todos os licitantes saberão exatamente o que a administração pretende contratar, e, ao julgar as propostas, a administração estará vinculada ao que se propôs no projeto básico, por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Em última análise, o projeto básico visa resguardar os princípios da impessoalidade, isonomia e julgamento objetivo que regem o certame.

Justen Filho (1998, p. 102), explica que:

Nenhuma licitação para obras e serviços pode fazer-se sem projeto básico (ou equivalente, quando o objeto não envolver atividade de engenharia). Mas é insuficiente a mera elaboração do projeto básico. Faz-se necessária sua *aprovação*, por ato formal e motivado da autoridade competente, a qual deverá avaliá-lo e verificar sua adequação às exigências legais e ao interesse público. A autoridade, ao aprovar o projeto, responsabiliza-se pelo juízo de legalidade e de conveniência adotado. Será competente para aprovar o projeto básico a autoridade competente para determinar a contratação da obra ou do serviço a que tal projeto se refere. (destacamos)

O projeto básico vem, pois, ao mundo, mediante o ato de aprovação da autoridade competente. Neste momento, o agente público declara que o projeto é apto a inaugurar um procedimento de contratação de obra ou serviço. *Aprovação*, segundo Meirelles (1998, p. 168):

... é o ato administrativo pelo qual o Poder Público verifica a legalidade e o mérito de outro ato ou de situações e realizações materiais de seus próprios órgãos, de outras entidades ou de particulares, dependentes de seu controle, e consente na sua execução ou manutenção. Pode ser prévia ou subsequente, vinculada ou discricionária, consoante os termos em que é instituída, pois em certos casos limita-se à confrontação de requisitos especificados na norma legal e noutros estende-se à confrontação de oportunidade e conveniência. Daí a justa observação de Díez: "Con la aprobación se aprecia la conveniencia y la legitimidad de un acto ya formado. Si se aprecia la legitimidad habrá que observar si el acto controlado es conforme al derecho. Si se aprecia la conveniencia deberá

observase se es de buena administración.” Mas advertimos que não só *ato jurídicos* como, também, *atos materiais* podem ser objeto de *aprovação* pela Administração Pública, como um projeto, uma obra, um serviço. (destaques do autor).

A aprovação de um projeto básico é ato administrativo que verifica a legalidade e o mérito, à luz do art. 6º, IX, da Lei de Licitações, do conjunto de elementos que vão nortear o processo de contratação de obra ou serviço. Este ato de aprovação, conforme Justen Filho (1998, p.102), compete à autoridade que também tem competência para determinar a contratação da obra ou serviço.

Contudo, não raras vezes, tais projetos, mormente quando se tratam de obras de engenharia, são de alta complexidade e a competência para aprovação do projeto básico acaba sendo incumbida a um órgão técnico de engenharia.

A ausência de projeto básico é uma tônica apontada nos processos de licitação, apreciados no Tribunal de Contas da União, como pode ser visto, à guisa de exemplo, no Acórdão 125/2003 – Plenário, exarado nos autos do processo 004.074/2002-9, de relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti:

Sumário: Fiscobras 2002. Obras de construção e recuperação de infraestrutura hídrica - aproveitamento hidroagrícola do Açude Jenipapo, no Estado do Piauí. **Ausência de projeto básico**, nos termos definidos na Lei nº 8.666/93, com relação à estrada de contorno da bacia hidrográfica do referido açude. Sustação cautelar da licitação aprovada pelo Tribunal. Audiência do responsável e oportunidade de manifestação concedida à licitante. Razões de justificativas insuficientes para sanar a falha apontada. Inércia da licitante. Determinação para anulação da licitação. Determinação atendida. Informação à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e fiscalização do Congresso Nacional. Arquivamento. (destacamos).

Mas, a irregularidade de uma licitação viciada por defeitos no projeto básico dever ser imputada a quem? A aprovação do projeto básico é apenas uma das etapas do procedimento licitatório. Em seguida, ainda teremos a autorização para a abertura da licitação; os atos praticados pela comissão de licitação (como habilitação e julgamento das propostas) e os atos de homologação e adjudicação.

3. A elaboração de projeto básico deficiente, a celebração de aditivos contratuais que impliquem radical modificação do objeto acordado, com a conseqüente necessidade de adaptação de projetos anteriormente

executados configuram grave infração a comandos contidos na Lei nº 8.666/1993 e justificam a apenação dos respectivos responsáveis.

4. A atuação insatisfatória de técnicos (engenheiros e consultores jurídicos) que tenha contribuído para a consumação de irregularidades como as apontadas no item anterior, justifica a apenação desses responsáveis, condicionada, porém, à prévia instauração de contraditório, a fim de garantir ampla defesa a esses agentes;

5. *A verificação de que, ordinariamente, a investigação da responsabilidade por atos ilícitos relacionados especialmente com a elaboração de projeto básico e de orçamento e com a revisão dos respectivos orçamentos de obras conduzidas pela (...) se limita aos dirigentes máximos da entidade justifica a expedição de orientação às Unidades Técnicas do Tribunal, a fim que se estenda tal avaliação a todos os agentes que tenham contribuído de alguma forma para a consumação das irregularidades.* (Acórdão 2006/2006 – Plenário do Tribunal de Contas da União – Processo 009.626/2000-8 – Tomada de Contas Especial – Relator Benjamin Zymler) (destacamos).

Se a irregularidade se deu por ausência de projeto básico, devem ser responsabilizadas a autoridade competente que autoriza o processo de licitação, a comissão de licitação, se der seqüência a um procedimento com um patente vício de legalidade (como a comissão de licitação poderá, pois, escolher a proposta mais vantajosa se sequer sabe o que, de fato, está sendo licitado? E como serão comparadas as propostas se os licitantes não sabem o que, de fato, a administração pretende adquirir?) e a autoridade que e homologar o certame.

O ato de homologação (como se verá mais adiante) é ato de controle pelo qual o superior examina a legalidade e a conveniência de ato anterior, dando-lhe eficácia (MEIRELLES, 1998, p. 160). Assim, a ausência do projeto básico, um vício que salta aos olhos, não pode passar despercebido pela autoridade que homologa o processo licitatório.

A ausência do projeto básico, não configurando dolo, é caso de culpa grave. O Agente Público diligente não pode negligenciar normas básicas de licitação.

Diferente, deve ser a interpretação que se dá à deficiência no projeto básico. Sendo uma deficiência que salta aos olhos, evidente a um exame perfunctório, de certo que deve gerar os mesmos efeitos da inexistência do projeto básico. É o que pode ser visto no Acórdão 65/2004 – Plenário do Tribunal de Contas da União, quando foi aplicada multa ao agente público que adotou projeto básico visivelmente inadequado. Nas palavras do relator Ministro Adylson Motta:

Além disso, observe-se que, independentemente da responsabilidade por aquela aprovação, cabia-lhe zelar pela boa aplicação dos recursos colocados sob sua responsabilidade. No entanto, mesmo reconhecendo sua inadequação às reais características das obras a serem executadas, adotou o projeto básico contratado pelo município.

Mas se a deficiência é daquelas que só é perceptível ao especialista da área, não é razoável imputar tal responsabilidade ao agente que autorizou a licitação, se não foi ele quem teria aprovado o projeto básico. No mesmo sentido, não seria também razoável imputar a falha à comissão de licitação, se ali não existe tal especialista. O mesmo se dá com a autoridade que homologou o certame, muitas das vezes pessoa que ocupa cargo não-técnico. Não se pode esperar que não sendo uma irregularidade patente (como uma falha técnica específica, por exemplo, em um complexo projeto de engenharia), teria a autoridade homologante o dever de adentrar no mérito técnico do projeto. Indiscutível, contudo, é a responsabilidade de quem elaborou e de quem aprovou o projeto deficiente.

Ilustra bem a situação o Relatório no Acórdão do Plenário do TCU nº 23/2005, de relatoria do Ministro Guilherme Palmeira:

Na Sessão de 23/07/2003, ao ter presentes os resultados da fiscalização, o Tribunal decidiu promover a audiência do Sr. (...) , então Chefe do (...), bem como das integrantes da Comissão de Licitação, sobre as seguintes ocorrências: realização da Concorrência nº 460/00-01, com base em projeto básico incompleto e descaracterizado em relação à obra, e existência de sobrepreço na contratação dos serviços, objeto do Contrato PD/01/07/2000-00 (Acórdão 949/2003 - Plenário).

Apresentadas as razões de justificativa pelos responsáveis e promovido o seu exame pela SECEX/AM, o Plenário decidiu, entre outras medidas, rejeitá-las e aplicar multa ao Sr. (...), no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), como também às demais servidoras, no importe individual de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), conforme Acórdão 1851/2003.

Irresignados com a sanção que lhes foi cominada, os responsáveis interpuseram Pedidos de Reexame, os quais, após instruídos pela Secretaria de Recursos-SERUR, foram submetidos à apreciação do Plenário na Sessão de 20/10/2004. Nessa assentada, o Pleno decidiu conhecer dos recursos, para, no mérito, no tocante às peças recursais oferecidas pelas integrantes da Comissão de Licitação, dar-lhes provimento, e, quanto ao recurso interposto pelo ex-Chefe do Distrito Rodoviário, negar-lhe provimento (Acórdão 1621/2004).

No voto do Ministro Relator Guilherme Palmeira, que fundamentou o Acórdão nº.1621/2004-Plenário-TCU, que excluiu a responsabilidade da comissão de licitação quanto aos erros no projeto básico, ficou claro que:

... é certo que a elaboração de projeto básico, de maior complexidade, insere-se, inclusive pelas suas características e exigências, no âmbito das competências das áreas técnicas, e, no caso do extinto (...), conforme se depreende da leitura de seu Regimento Interno então vigente (Portaria nº 285/2000), o procedimento estaria afeto ao Comitê de Gestão Interna (cf. art. 7º, alíneas “j” - “aprovar licitações nas modalidades... Concorrência...” - e “k” - decidir sobre “tabelas de preços e de composição de custos para obras, serviços e compras, bem como preços de serviços e de obras previstas em tabelas”), e/ou à Gerência de Projetos (cf. art. 11, “...responder pelas licitações de serviços e obras rodoviárias”).

Mas isso não exclui a responsabilidade seja da autoridade que autorizou a licitação, seja da comissão de licitação, seja do agente que homologou o certame, quando eles agirem com dolo.

Em outras palavras, se a ação ou omissão foi voluntária, houve a livre vontade em inaugurar, dar seqüência ou dar eficácia ao certame com vício no projeto básico, seja aí a sua inexistência, um vício patente que salta aos olhos, ou um vício técnico-específico perceptível somente ao especialista, haverá responsabilização de todos os agentes.

Por outro lado, a imputação de responsabilidade a título de culpa só seria possível, por negligência, imprudência ou imperícia (tempo por base o comportamento do homem médio), nos casos de culpa grave ou leve. Por isso que somente a inexistência ou a deficiência patente do projeto básico pode ser imputada ao agente que autoriza a abertura da licitação (não tendo sido ele quem aprovara o projeto básico), à comissão e à autoridade homologante, não se lhes podendo imputar, a título de culpa, responsabilidade, quando a deficiência do projeto básico decorre de um vício técnico-específico.

Devido ao conteúdo de um projeto básico, ele pode ser utilizado para o cometimento de diversas irregularidades no processo licitatório. Desde o direcionamento da licitação a um licitante específico até a formatação de preços superfaturados, podendo, ante a existência de dolo dos responsáveis, vir a configurar fraude à licitação, que poderá ser punida penalmente, conforme a finalidade pretendida pelo agente nos termos dos artigos 90, 95, 96, inciso V, da Lei de Licitações.

Poderá também vir a caracterizar ato de improbidade administrativa, que cause prejuízo ao erário, por frustrar a licitude do processo, ou mesmo por atentar contra os princípios da Administração Pública (art. 10, inciso VIII e art. 11 da Lei de Improbidades).

Se causar dano ao erário, os responsáveis ficam obrigados a ressarcir os cofres públicos, pelo cometimento de ato ilícito e, ainda, poderão responder disciplinarmente nos moldes do Estatuto dos Servidores, Lei 8.112/90, com pena de demissão, sem prejuízo das sanções previstas na Lei 8.443/92 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União: multa e inabilitação para ocupar cargo ou função de confiança.

4.4.1.2. Pareceres jurídicos

Explica Meirelles (1998, p. 172), que:

Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração.

O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva.

O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p. ex. nos casos em que a lei exige a prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a administração.

Importante, ainda, a observação que Meirelles (1998, p. 172) faz sobre o denominado parecer técnico:

... é o que provém de órgão ou agente especializado na matéria, não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, por superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.

Nos termos do art. 38, parágrafo único da Lei 8.666/93, **as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.**

Da exegese da norma supra, extrai-se a obrigatoriedade não só de exame, mas, também, de aprovação das minutas de editais de licitações e dos contratos pela Assessoria Jurídica. Assim, a fim de dar seguimento a um processo licitatório, os que nele atuam deverão se certificar do cumprimento de tal exigência.

No campo da responsabilidade, está claro que a ausência de parecer jurídico pode levar àqueles que seguiram conduzindo a licitação com tal falha – comissão de licitação, autoridade homologante – a serem sancionados por descumprirem expressa disposição legal. Trata-se de culpa grave, uma vez a existência ou não de parecer não carece de maiores cuidados para a sua constatação.

Se quanto à ausência do parecer não existe dúvida quanto à responsabilização, o mesmo não pode ser dito quando existe nos autos parecer jurídico, mas o ato praticado ao seu amparo é ilícito. Caberia aí responsabilidade do agente que emitiu o parecer? Este assunto não é pacífico.

Para Justen Filho (1998, p. 358):

Ao examinar e aprovar os atos de licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.

A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas

variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões.

Se o agente, ao emitir o parecer, agiu com dolo, teve a intenção de emitir um parecer para fraudar a licitação, aí não há dúvidas de que deve ser responsabilizado.

Mas, e quando não há dolo? Segundo o Supremo Tribunal Federal, no MS nº 24.073/DF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.

Para Di Pietro (2000, p. 150):

Em assunto tão delicado e tão complexo como a licitação (principalmente diante de uma lei nova e não tão bem elaborada e sistematizada como seria desejável), a responsabilidade só pode ocorrer em casos de má-fé, dolo, culpa grave, erro grosseiro por parte do advogado.

Se, por um lado, há entendimento de que o parecer jurídico, no caso de má-fé, dolo, culpa grave, erro grosseiro, pode gerar a responsabilização do agente que o emitiu, por outro lado, tal parecer pode servir para atenuar ou mesmo isentar de responsabilidade o agente público que toma decisões nele amparadas.

Conquanto possa haver entendimento de que o parecer jurídico emitido no processo de licitação não vincule a decisão do gestor, por certo que, quando se trata

de questão especificamente jurídica, o agente público procura calçar suas ações nesses pareceres.

Não seria razoável imputar responsabilidade ao agente, a título de culpa, se ele agiu com os cuidados esperados para a situação. Neste sentido, trecho do voto do relator, Ministro José Antônio Barreto de Macedo, na Decisão n.º 289/1996, do Plenário do TCU:

...quando o administrador age sobe entendimento de parecer jurídico não se lhe deve imputar responsabilidade pelas irregularidades que tenha cometido... Ocorre que o apelo a tal entendimento somente pode ser admitido a partir da análise de cada caso, isto é, deve-se verificar se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência. Presentes tais condições, não há como responsabilizar o advogado, nem, em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer... Ao revés, se o parecer não atende a tais requisitos, e a lei o considerar imprescindível para a validade do ato, como é o caso do exame e aprovação das minutas de editais e contrato, acordos, convênios ou ajuste, e dos atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação..., o advogado deverá responder solidariamente como gestor que praticou o ato irregular...

Assim, um parecer bem balizado exclui a culpabilidade não só do advogado, pois prudente, mas, também, do gestor que pratica o ato administrativo nele calçado, pois tomou as cautelas exigidas. Por outro lado, o erro grosseiro, o parecer desarazado, pode levar à responsabilidade solidária do agente e do parecerista.

As sanções daí advindas vão depender da irregularidade para as quais o parecer jurídico colaborou para o surgimento.

4.4.1.3. Comissão de licitação

A lei 8.666/93, no art. 6º, XVI, traz na definição de comissão a sua função. Nos termos do referido normativo, considera-se **Comissão – comissão permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.**

O art. 51 da mesma Lei traz mais detalhes sobre a comissão:

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por *comissão permanente ou especial* de, no mínimo 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles *servidores qualificados* pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

§ 1º No *caso de convite*, a comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da *exigüidade de pessoal* disponível poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente.

§ 2º A *comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral*, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos.

§ 3º Os *membros das comissões de licitação* responderão *solidariamente* por todos os atos praticados pela comissão, *salvo se posição individual* divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

§ 4º A investidura dos membros das comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

§ 5º No *caso de concurso*, o julgamento será feito por uma *comissão especial* integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não. (destacamos)

Da exegese do dispositivo supra, podemos identificar três comissões: a comissão de licitação propriamente dita; a comissão que cuidará do cadastramento e atualização de registro cadastral; a comissão especial de concurso, que “têm por finalidade receber e julgar trabalho técnico, científico ou artístico e conferir prêmios ou remuneração aos autores quando vencedores.” (GASPARINI, 2002, p. 97).

A Lei de Licitação, em seu art. 73, I, a, ainda faz referência à comissão para recebimento de materiais. Nos debruçaremos aqui sobre a responsabilidade da comissão de licitação propriamente dita, não obstante muitas das disposições referentes à comissão de licitação propriamente dita se aplicar também às demais comissões.

Autorizada a licitação, os trabalhos passam a ser dirigidos pela comissão de licitação, que irá processar o certame, recebendo os documentos atinentes à habilitação das empresas participantes e os relativos às propostas e realizará seu julgamento.

Os membros da comissão respondem solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, exceto se ressalvarem posição individual, que deverá vir registrada em ata. As responsabilidades civil, penal e administrativa ou por ato de improbidade da comissão vai depender do ato que praticarem.

Neste diapasão, é oportuno o ensinamento de Justen Filho (1998, p. 460):

A responsabilidade solidária dos membros da comissão não independe de culpa. O sujeito apenas pode ser responsabilizável na medida em que tenha atuado pessoal e culposamente para concretização do ato danoso ou desde que tenha omitido (ainda que culposamente) os atos necessários a evitá-lo. Se o sujeito, por negligência, manifesta sua concordância com ato viciado, torna-se responsável pelas conseqüências. Se, porém, adotou as precauções necessárias e o vício era imperceptível não obstante a diligências empregada, não há responsabilidade pessoal.

4.4.1.3.1. Nomeação da comissão de licitação

À comissão de licitação, conforme já mencionamos, são incumbidas tarefas que envolvem a habilitação dos licitantes e o julgamento e classificação de suas propostas, trata-se da prática de atos que podem tolher direitos, que irão dar preferência na contratação por parte do poder público e, portanto, a Lei de Licitações quer que a constituição da comissão seja feita de forma responsável.

Conforme o já mencionado art. 51 da Lei 8.666/93, a comissão de licitação deve ser composta por, no mínimo, três membros, com exceção de licitação na modalidade convite, em pequenas unidades administrativas, onde haja número exíguo de servidores, casos em que a competência para processar a licitação poderá ser atribuída a um único servidor.

Dentre os membros da comissão de licitação, dois deles deverão ser qualificados. O serviço público não pode se contentar com o amadorismo. As licitações, muitas das vezes, são para aquisição de bens específicos, construções de obras complexas, e os agentes que vão dirigir esses trabalhos devem ter um conhecimento mínimo do objeto a ser licitado.

A exigência de qualificação dos membros da comissão de licitação, mesmo que não tivesse sido expressa na Lei de Licitações, teria que ser observada por força do princípio da eficiência insculpido no art. 37 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 19/98.

A nomeação de membros técnica e profissionalmente não habilitados para julgar o objeto da licitação caracteriza abuso de poder da autoridade competente. Se a Administração impõe exigências técnicas aos interessados, não pode invocar sua discricionariedade para nomear comissão destituída de condições para apreciar o preenchimento de tais requisitos. O Agente que não está técnica, científica e profissionalmente habilitado para emitir juízo acerca de certo assunto não pode integrar comissão de licitação que tenha atribuições de apreciar propostas naquela área. (JUSTEN FILHO, 1998, p. 458).

A nomeação de membros desqualificados ou despreparados gera, no mínimo, culpa *in eligendo* por parte da autoridade que a nomeou, e as falhas por ela cometidas poderão também ser imputadas, no caso de erro grave na escolha, a tal autoridade.

Caso a comissão tenha mais que três membros, que é o número mínimo, o número de membros qualificados deve continuar mantendo a proporção de dois terços.

Além da qualificação, os membros devem ser servidores do quadro permanente. “Excepcionalmente e tendo em vista peculiaridades especiais do objeto licitado, poderão ser convidados terceiros para integrar a comissão”. (JUSTEN FILHO, 1998, p. 458). Isso se justifica nos casos em que o objeto carece de conhecimento não afetos ao dia a dia dos agentes que compõem aquela comissão de licitação.

Também poderá ensejar responsabilidades da autoridade, a recondução de membros da comissão de licitação. Conforme o §4º, do art. 51, da Lei de Licitações, **a investidura dos membros das comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.**

Vê-se que o que é vedado é a recondução da totalidade de seus membros. Nada impede que alguns deles sejam reconduzidos, desde que haja uma renovação de parte de seus membros. Também não está proibida a nomeação de um membro de uma comissão para uma outra comissão distinta.

O que se quer com esta sistemática é que haja uma renovação das comissões, evitando-se que os seus membros criem vínculos com fornecedores ou perpetuem vícios que possam prejudicar a realização do certamente. Almeja-se, enfim, o resguardo aos princípios da impessoalidade e moralidade que devem guarnecer os trabalhos da comissão.

4.4.1.4. Autorização para abertura da licitação

Conforme o art. 38 da Lei 8.666/93, o procedimento licitatório, para que se inicie, deve conter a autorização do agente competente. Presentes os elementos necessários - indicação sucinta do objeto e do recurso próprio para a despesa - o agente público competente emite o ato de autorização, retirando a licitação da mera cogitação, acionando a administração para que inicie o procedimento de contratação.

Justen Filho (1998, p. 351) leciona que:

A autorização é ato administrativo em que se conjugam competências discricionárias e vinculadas. Há discricionariedade na avaliação sobre a conveniência de realizar determinada contratação (em vez de outra). A definição do objeto da contratação envolverá uma margem de liberdade para a Administração. Porém, a autorização é rigidamente vinculada à Lei, em outros ângulos. Cabe examinar a presença dos requisitos legais (existências de projetos, perfeita definição do objeto, previsão de recursos orçamentários). Ausentes os pressupostos de instalação da licitação, a autorização não pode ser concedida.

Vê-se, pois, que, quando da prática do ato de autorização, o agente público competente deverá fazer juízo de oportunidade e conveniência da realização daquela despesa. Além desse juízo discricionário, deverá a autoridade se ater a questões vinculadas e objetivas: descrição sucinta do objeto e a existência de recursos para custear a despesa.

Conquanto se tenha o entendimento de que o exame de oportunidade e conveniência do ato esteja fora da ação do judiciário, poderá ser averiguada a motivação para a realização de determinada despesa. A motivação há de ser sempre o interesse público e poderá ser apreciada a fim de se aferir a legitimidade e a economicidade da despesa que se pretende realizar.

Como o ato de autorização irá deflagrar a movimentação da máquina administrativa no sentido de que se realize a aquisição pretendida, isto acarretará despesas para o erário, seja pela própria movimentação de seus agentes, seja pela celebração do contrato que poderá surgir ao final.

Assim, diversas são disposições legais que implicam responsabilidade pela autorização desmedida e irresponsável.

Segundo o art. 92 da Lei 8.666/92, é crime, punido com pena de detenção de dois a quatro anos e multa, **patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração, dando causa à instauração de licitação.**

A inobservância da existência de dotação orçamentária para a despesa pretendida poderá caracteriza o crime de emprego irregular de verbas pública

prevista no art. 315 do Código Penal, punida com pena de um a três meses ou multa.

No campo da improbidade administrativa, ainda com relação à inobservância da existência de dotação orçamentária, e mesmo a título de culpa, poderá o agente vir a cometer ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, por **ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento** (art. 10, IX da Lei de Improbidades).

A nulidade do certame em decorrência de irregularidade no ato de autorização poderá gerar o dever de o Estado indenizar os terceiros de boa-fé, caso em que, poderá ele, o Estado, agir regressivamente contra o agente causador do dano.

Quanto à responsabilidade administrativa, além das sanções disciplinares previstas na Lei 8.112/90 (no caso de agente público federal), ficam os responsáveis sujeitos às sanções que poderão ser aplicadas pelo Tribunal de Contas da União, dentre elas o julgamento pela irregularidade das contas, multa por grave infração à norma legal ou por ato de gestão ilegítimo ou antieconômico e ainda inabilitação para ocupação de cargo ou função de confiança (artigos 19, 58, incisos II e III e artigo 60 da Lei 8.443/92).

O ato de autorização traz em si uma ordem para que se inicie o processo licitatório. Os agentes públicos nele amparados deflagram o certame. Não obstante o ato de autorização geralmente ser de competência da autoridade superior, os vícios que o ato venha conter podem gerar responsabilidades também dos demais agentes que com base nele atuam.

O ato de autorização para licitação contém elementos discricionários e vinculados. Quanto ao juízo de oportunidade e conveniência para realização da despesa, este não se comunica aos demais agentes que dão seqüência ao certame. Contudo, quando aos elementos vinculados, uma vez que estampados na lei: descrição sucinta do objeto e existência de recurso próprio para a despesa, a

aferição se faz de forma objetiva.

Definir o objeto significa indicar o bem ou a utilidade a ser contratada, inclusive com o projeto básico, quando necessário.

Averiguar a existência de recurso próprio para a despesa, significa verificar se existe dotação orçamentária.

O art. 7º, §2º, da Lei de Licitações, traz exigência expressa da previsão de recursos orçamentários para licitação de obras e serviços; e o art. 14 da mesma Lei deixa claro que nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para o seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem tiver dado causa.

A Constituição Federal, em seu art. 167, deixa expressa a proibição de realização de despesa que excedam o montante dos créditos orçamentários.

Quando há vício de legalidade, e, dolosa ou culposamente, se silenciam os demais agentes, também responderão pela irregularidade. E não há que se invocar excludente de culpabilidade calcada em obediência hierárquica, já que o Estado de Direito não se coaduna com o cumprimento cego de um comando ilegal.

Assim, quanto aos aspectos vinculados do ato de autorização, respondem, também, pelos vícios dele decorrente, a comissão de licitação e a autoridade que homologa o certame (que na maioria das vezes é a mesma que autoriza a licitação).

4.4.2. Fase externa

4.4.2.1. Ato convocatório

O ato convocatório pode ser o edital, no caso de licitação nas modalidades tomada de preço, concorrência, concurso e leilão ou o convite, na modalidade de mesma denominação.

Com o ato convocatório, a administração inaugura a fase externa, que se caracteriza pelo chamamento dos interessados a participarem do certame. Ao lançar o edital, a Administração, que até então tinha uma certa margem de discricionariedade para a condução do certame, a ele se vincula devendo seguir seus exatos termos, como quer o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

É o instrumento convocatório que irá materializar os elementos necessários ao julgamento objetivo, limitando a discricionariedade da administração, que se deve pautar pela impessoalidade sempre necessária ao certame. Nos termos do art. 41 do Estatuto das Licitações, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Qualquer mudança no edital *que altere a formulação da proposta* enseja novamente a divulgação do edital pela mesma forma que se deu o texto original (art. 21, §4º, da Lei 8.666/93).

O art. 40, da Lei de Licitações, elenca os elementos obrigatórios do edital:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

- III - sanções para o caso de inadimplemento;
- IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;
- V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;
- VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;
- VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;
- VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;
- IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;
- X - o critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 48;
- XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;
- XII - (VETADO);
- XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;
- XIV - condições de pagamento, prevendo:
 - a) prazo de pagamento em relação à data final a cada período de aferição não superior a 30 (trinta) dias;
 - b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
 - c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;
 - d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
 - e) exigência de seguros, quando for o caso;
- XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;
- XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;
- XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

Alerta Meirelles (1998, p.250) que “nulo é o edital omissivo em pontos essenciais, ou que contenha disposições contrárias ou preferenciais, o que ocorre quando a descrição do objeto da licitação é tendenciosa, conduzindo a licitante certo, sob a falsa aparência de uma convocação igualitária.”

Por trazer as disposições que vão nortear o certame, o edital pode conter vícios que podem caracterizar uma simples irregularidade formal ou mesmo o direcionamento da licitação. Observa-se que no edital constam o objeto, as exigências de habilitação, os critérios de classificação das propostas, além de conter, como anexo, e do edital fazendo parte, minuta de contrato, projeto básico, planilha

de custos, dentre outros elementos que, se maldosamente elaborados, podem frustrar o certame.

O edital pode conter vícios com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, como, por exemplo, a descrição do objeto de modo a direcionar a adjudicação para uma determinada empresa, ou exigências para habilitação que fogem aos limites legalmente estabelecidos, o que poderia vir a caracterizar o crime tipificado no art. 90 da Lei de Licitações, punido com pena de dois a quatro anos e multa.

Essas hipóteses são apenas à guisa de exemplo, já que inúmeras são as formas de se fraudar uma licitação, usando para isso o instrumento convocatório. A própria planilha de custo que integra o projeto básico, anexo ao edital, pode estar superfaturada, causando, assim, dano ao erário e gerando, portanto, a responsabilidade de ressarcir os cofres públicos.

Tal como ocorre com o ato de autorização da licitação, o vício no edital poderá ensejar responsabilidade não só da autoridade que o aprova, mas, também, dos demais agentes que praticam atos posteriores na licitação. Assim, a comissão de licitação que dá seguimento ao certame com um edital viciado incorrerá em ilícito e por ele responderá. Nesse sentido, trecho do Voto do Relator, Ministro Ubiratan Aguiar, que fundamentou o Acórdão 1.492/2004 – 2ª Câmara – TCU:

Em razão dessas irregularidades, os integrantes da Comissão Permanente de Licitação foram arrolados como co-responsáveis pelas ocorrências e tal inclusão é plenamente justificável, pois por ação ou omissão permitiram que o procedimento irregular se concretizasse. A justificativa apresentada de que o vício do próprio objeto licitado e as condições do certame foram estipuladas no edital examinado e aprovado pela Assessoria Jurídica da Fundação (...), a teor do disposto no art. 38 da Lei nº 8.666/93, com redação dada pela Lei nº 8.883/94, não afasta a responsabilidade dos membros da Comissão de Licitação. Ao contrário do que afirmam os recorrentes, componentes da CPL, a sua responsabilidade não se resume ao simples julgamento das propostas em consonância com as condições constantes do instrumento convocatório. O art. 44 da Lei de Licitações dispõe que, no julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos pela Lei. Portanto, não devem os componentes da CPL, sem restrições, dar cumprimento a editais que contenham cláusulas flagrantemente contrárias à Lei simplesmente porque foram aprovados pela Assessoria Jurídica da Entidade, pois, conforme já

defendido no subitem 4.2.6 da instrução da Unidade Técnica, transcrito no Relatório retro, tal atitude configura “ratificação” pela CPL de edital eivado de vício de legalidade, o que enseja a responsabilização solidária dos componentes da Comissão.

O mesmo se dará com a autoridade que homologa o certame, pois, conforme se verá mais adiante neste trabalho, no ato de homologação, a autoridade homologante passa a responder por todos os atos nele praticados, objeto de sua expressa aprovação.

Falhas no edital também poderão ensejar a responsabilidade de quem emitiu o Parecer Jurídico atestando a sua regularidade, conforme já anotado.

Por certo, contudo, não se trata aqui de responsabilidade objetiva. Deve-se provar o dolo ou a culpa do agente. As responsabilidades da comissão de licitação e da autoridade homologante podem ser atenuadas, por exemplo, por erros técnicos-específicos que só poderiam ser atribuídos a quem emitiu o Parecer Jurídico ou àqueles que elaboraram ou aprovaram o projeto básico. Por outro lado, se o parecer jurídico ou o projeto básico apresentam erros grosseiros, não poderão ser utilizados como atenuante, respondendo, por culpa grave, os agentes que, com base em tais pareceres e projetos, praticaram os atos posteriores. Todas estas questões vão depender da análise do caso concreto.

4.4.2.2. Audiência Pública

Já assentamos que a Lei de Licitações exige para a abertura de um processo de aquisição, dentre outros elementos, o ato de autorização. Ato este que

deve estar devidamente motivado, respaldado pelo interesse público. O agente público deve estar atento às necessidades da coletividade, estar ciente das limitações orçamentárias e do princípio da eficiência que deve nortear o gasto governamental. Por isso, o motivo que calça o ato administrativo de autorização de licitação deve abrangar todas essas nuances que cercam o gasto público.

O legislador, contudo, para despesas de grande vulto, exige mais do que um exame balizado de oportunidade e conveniência do agente público. Para licitações cujo valor ultrapasse 100 (cem) vezes o valor para obras e serviços de engenharia na modalidade concorrência, é necessário que o lançamento do edital seja precedido de consulta popular, a denominada audiência pública (art. 39 da Lei de Licitações):

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Parágrafo único. Para fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias, e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetivos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação anterior.

Para evitar fraude decorrente do fracionamento de despesa, o legislador achou por bem conceituar o que venha a ser licitações simultâneas e sucessivas. Assim, mesmo que o administrador divida o objeto e realize mais de um certame, se a similitude do objeto e o lapso temporal caracterizarem licitação simultânea ou sucessiva, deverá realizar a audiência pública, se a soma dos objetos licitados atingir o limite estabelecido no normativo supra.

Conquanto obrigatória, a audiência pública não gera conclusões que vincula o agente administrativo, que deverá, no seu juízo de oportunidade e conveniência, sopesar as opiniões colhidas, não ficando descartada, contudo, a sujeição do agente

público, caso ignore peremptoriamente relevantes apontamentos colhidos na audiência, "... a controle de moralidade administrativa perante o Poder Judiciário, e, de outro, ao controle de legitimidade e de economicidade, a cargo dos Tribunais de Contas, como órgãos auxiliares do Poder Legislativo." (PEREIRA JUNIOR, 2003, p. 424).

A ausência da audiência pública, no entanto, configura um vício insanável no certame, "logo, ausência ou invalidade acarreta nulidade do procedimento licitatório" (JUSTEN FILHO, 1998, p. 360).

Justen Filho (1998, p. 360) chama atenção para o caso de o vício só ser descoberto após a celebração do contrato, tendo o contratado agido sempre de boa-fé. Como a audiência pública visa resguardar a eficiência do gasto público:

Se o contrato vier a ser firmado, o vício no procedimento que o antecedeu somente produzirá nulidade na medida em que caracterizar-se má-fé do particular ou ofensa ao princípio da economicidade. A ausência ou defeito da audiência pode funcionar como indício de irregularidade, mas não acarreta, por si só, vício do procedimento. Isso não elimina a responsabilidade administrativa do agente administrativo que deixou de observar a formalidade.

A ausência ou invalidade da audiência pública é vício que se comunica aos demais atos que acompanham o processo licitatório. Assim, o agente que dá prosseguimento ao certame ignorando tal vício, responde, senão por dolo, por culpa (negligência). Trata-se de vício que salta aos olhos, não sendo necessária nenhuma observação mais acurada para sua identificação.

4.4.2.3. Recebimento da documentação e das propostas

Após a publicação do ato convocatório e no prazo nele estabelecido, será recebida a documentação atinente à qualificação dos licitantes e às suas propostas para a execução do objeto licitado.

A documentação será utilizada para a habilitação dos licitantes, e, definidos os licitantes habilitados, passa-se à abertura das propostas.

O art. 43 da Lei de Licitações estabelece a ordem: abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, devolução dos envelopes das propostas, fechados, aos licitantes inabilitados e abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados.

A abertura dos envelopes, sejam os que contenham a documentação para a habilitação ou os que contenham as propostas, é feita em sessão pública previamente designada, sempre se lavrando ata.

Abrem-se os envelopes contendo a documentação para habilitação, lavra-se ata, que é assinada pela comissão de licitação e pelos licitantes presentes. Após a decisão sobre a habilitação dos licitantes e transcorrido os prazos recursais, ou havendo desistência expressa do recurso, passa-se à abertura das propostas, mas somente daqueles habilitados.

Só é possível passar para a abertura das propostas após o decurso de prazo para interposição de recurso ou se houver a desistência expressa dos licitantes:

Se, sem termo de renúncia assinado por todos, a Comissão passa à fase seguinte, abrindo os envelopes de proposta, e um licitante impugna, tempestivamente, a documentação de outro, à Administração não restará alternativa que a de anular o procedimento, por inobservância do devido processo legal, com violação do princípio do sigilo das propostas (art. 3º, §3º). (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 459).

Não obstante a lei estabelecer que primeiro se deva abrir a documentação referente à habilitação e somente depois a referente às propostas, ambos os envelopes devem ser apresentados no mesmo momento, para se evitar que os

licitantes habilitados alterem posteriormente suas propostas, o que violaria os princípios que norteiam o certame e a competitividade que lhe é peculiar (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 458).

A não-observância dos procedimentos formais pode vir a caracterizar grave infração à norma legal, ficando a comissão de licitação, salvo ressalva pessoal de algum ou alguns de seus membros, sujeita às sanções administrativas disciplinares da Lei 8.112/90, que vão de advertência até demissão, bem como às sanções da Lei 8.443/92, perante o Tribunal de Contas da União, dentre elas multa por grave infração à norma legal.

Se em decorrência da irregularidade houver prejuízo ao erário, incidirá também responsabilidade por ato de improbidade, por frustrar a licitude do certame, mesmo se o agente só obrou com culpa e não com dolo (art. 10, VII da Lei 8.429/92), sem prejuízo das ações de ressarcimento.

Por fim, deve ser resguardado o sigilo das propostas apresentadas para que prevaleça a competitividade e se alcance, de fato, uma proposta vantajosa para a administração. Nos termos do art. 94 da Lei de Licitações, é crime, punido com pena de detenção de dois a três anos, **devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar o ensejo de devassá-lo.**

Neste caso, não há previsão para punição por culpa. O agente deve ter agido com dolo. Ter tido a vontade livre e consciente de devassar ou de proporcionar que terceiro devassasse as propostas apresentadas.

Observamos ainda que as formalidades exigidas nesta fase de licitação são de fácil aferição, já que tudo deve estar registrado em ata. Assim, além dos membros da comissão de licitação (com exceção daquele que ressalvou posição divergente em ata), também responderá por eventual irregularidade o agente que homologa o certame.

4.4.2.4. Habilitação

Segundo Figueiredo (2004, p. 492), “a habilitação é ato vinculado por meio do qual a Administração reconhece ter o interessado capacidade para licitar”.

Acertou a autora ao considerar a habilitação como um ato vinculado. A comissão de licitação, ao verificar as condições para habilitação, deve se ater às exigências previstas no edital.

E mais, a administração não é livre para exigir quais os requisitos necessários à habilitação. Nos termos do art. 27 da Lei de licitações, para habilitação dos licitantes deve-se exigir exclusivamente a documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7.º da Constituição Federal.

Nos artigos que se seguem ao citado art. 27, está elencada a documentação que poderá ser exigida. Não tem o agente público a liberdade de exigir documentação além daquela estabelecida na Lei 8.666/93 (MEIRELLES, 1998, p. 255); “... para habilitação de interessado em participar de licitação só pode ser exigida a documentação exaustivamente enumerada nos arts 27 a 31 da Lei de Licitações e Contratos...” (entendimento assentado no Voto do relator Ministro Guilherme Palmeira, no Acórdão n.º 991/2006-Plenário-TCU. No mesmo sentido, Acórdãos n.º 808/2003-Plenário e n.º 1355/2004-Plenário).

A exigência de documentação além da legalmente permitida é ilícita, e, muitas das vezes, pode frustrar o caráter competitivo do certame, uma vez que pode servir para eliminar injustamente determinadas empresas da disputa, ou mesmo exigir qualificação tão específica a ponto de direcionar a licitação.

Excerto do Voto do Ministro Relator Ubiratan Aguiar, que fundamentou o Acórdão TCU nº 580/2002 – 2ª Câmara – Tomada de Contas Especial, ilustra bem a questão:

16. As justificativas trazidas pelo (...) argüem que não houve restrição ao certame. No entanto, veja-se que dentre os seis competidores que apresentaram propostas, apenas dois foram considerados habilitados. Foram inabilitados os seguintes proponentes: a) Consórcio (...); b) Consórcio (...); c) Consórcio (...); d) Consórcio (...). As razões de justificativa procuram demonstrar que não houve ilegalidade nos atos de administração que desclassificaram os proponentes porque foram expedidos em conformidade com as regras editalícias. Ocorre que as regras utilizadas como parâmetro para a inabilitação dos concorrentes eram ilegais, porque abusivas; criavam obrigações vedadas em lei.

No caso em apreço, as contas dos responsáveis foram julgadas irregulares e lhes foram aplicadas multas.

As exigências para habilitação são as estabelecidas em lei e a comissão de licitação, ao habilitar os licitantes, pratica um ato vinculado. Tratam-se de requisitos de aferição objetiva e a sua inobservância, na maioria das vezes, caracteriza culpa grave, podendo levar à responsabilização não só da comissão de licitação, mas, também, de quem emitiu o parecer jurídico endossando um edital viciado (conforme já analisado neste trabalho), bem como da autoridade que tenha homologado o certame com um vício patente.

Se por um lado a exigência descabida de requisitos para habilitação pode vir a configurar uma simples falta administrativa ou uma ação livre e consciente no sentido de fraudar a licitação, frustrando o seu caráter competitivo, ensejando, como temos visto, as responsabilidades penais, administrativa, civil, bem como por ato de improbidade; por outro lado, a aceitação de licitante que não preencham os requisitos estabelecido em lei poderá gerar as mesmas responsabilidade.

Sob este aspecto, foi erigido a tipo penal, punido com detenção de seis meses a dois anos e multa, **admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo** (art. 97 da Lei 8.666/93).

Assim, se uma empresa inidônea é habilitada para passar à fase seguinte do certame e se a atitude da comissão tiver sido dolosa, haverá o crime; do contrário, poderá caracterizar culpa grave, implicando naquelas responsabilidades que independem de dolo: civil, administrativa, por ato de improbidade (no caso de improbidade, somente se enquadrar no art. 10 da lei 8.429/92, já nos outros casos de improbidade a punição somente é a título de dolo).

4.4.2.5. Julgamento das propostas

Transcorridos os prazos recursais para a impugnação da habilitação dos licitantes ou havendo desistência expressa dos recursos, tudo consignado em ata, passa-se à abertura das propostas e ao seu julgamento. As propostas são abertas em sessão pública, dela lavrando-se ata e, muito comumente, é o julgamento feito posteriormente, já que, quase sempre, a comissão de licitação precisa de tempo e tranqüilidade para análise das propostas.

O julgamento da proposta atribui ao vencedor o direito subjetivo à adjudicação do objeto, colocando-o em condições de firmar contrato com a Administração Pública. “*Julgamento regular* é o que se faz em estrita consonância com as normas legais pertinentes e os termos do edital, pois não é ato discricionário, *mas vinculado*” (MEIRELLES, 1998, p. 263). (Destaques do autor)

O julgamento das propostas deve ser feito de forma objetiva, nos termos estabelecidos no edital. O julgamento objetivo foi erigido a princípio que rege o certame, conforme art. 3º da Lei de Licitações.

O legislador, de forma enfática, chegou mesmo a repetir a necessidade de julgamento objetivo nos art. 44 e 45 da Lei de Licitações. No julgamento, a comissão

de licitação ou responsável pelo convite deve se ater aos critérios objetivos estabelecidos no instrumento convocatório, sendo vedada qualquer elemento, critérios ou fatos sigilosos, secretos, subjetivos ou reservados que possam ilidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Explica Meirelles (1998, p. 268) que:

O julgamento, nas concorrências e tomadas de preços, é privativo de uma Comissão de Julgamento de pelo menos três membros (art. 51), de modo que as autoridades superiores poderão apenas anulá-lo se irregular ou ilegal, determinando sua renovação pelo órgão competente. Já, nos convites, o julgamento compete ao responsável pelo convite, o que permite à autoridade superior, através de recurso ou ex officio, conhecer do mérito da decisão e, se for o caso, reformá-la. (destaques do autor)

Não obstante o julgamento ser da comissão de licitação, ela poderá se valer de laudos e pareceres destinados a esclarecer situações específicas surgidas durante o certame, devendo promover a juntada de tais pareceres, conforme art. 38, VI da Lei 8.666/93. Na lição de Gasparini (2002, p. 27):

Observa-se, ainda, que as conclusões dessas assessorias não se vinculam a comissão que a solicitou, exceto se a lei ou regulamento assim determinar. Desse modo, salvo regra contrária, a conclusão do parecer pode ser num sentido e a decisão da comissão em outro (...) Não obstante, o comum é a comissão acompanhar a conclusão do parecer, basear-se no laudo e observar a orientação da assessoria. Em qualquer hipótese, a decisão deverá ser devidamente fundamentada. A fundamentação poderá consistir na simples menção do laudo ou parecer.

Não sem razão, a comissão de licitação recorre a uma opinião mais especializada. Muitas vezes, o objeto licitado é complexo, mormente quando se trata de seleção de proposta com base no tipo melhor técnica, e é necessária uma opinião mais balizada.

No entendimento de Gasparini, se a lei ou regulamento não vincular a decisão da comissão ao parecer emitido, a comissão não está obrigada a decidir na mesma direção do parecer, não obstante, adotando-o, poder utilizá-lo como motivo de decidir.

Essas questões serão de suma relevância quando da imputação de responsabilidades nessa fase de julgamento das propostas, momento em que se escolhe a oferta mais vantajosa para a Administração Pública.

Nesse sentido, trago à baila excerto do Voto Ministro Relator Ubiratan Aguiar, que fundamentou o Acórdão TCU nº 580/2002 – 2ª Câmara – Tomada de Contas Especial.

44.Examino, em seguida, a irregularidade concernente à "aceitação de preços unitários superiores aos de mercado nas licitações que deram origem aos contratos nºs PJ.090/2001 e PJ.091/2001, para construção dos trechos da BR-282, entre Vargem e o entroncamento com a BR-470 e São Miguel do Oeste e o Rio Peperiguaçu".

...

53.Não vislumbro, entretanto, como se responsabilizar os membros da Comissão de Licitação pelos sobrepreços ora questionados. Acolho, por pertinentes, as justificativas apresentadas no sentido de que não cabia aos seus membros verificar os eventuais preços excessivos, pois, como se depreende dos autos, essa incumbência cabia a um departamento específico, responsável pela elaboração do orçamento.

...

55.O fato de alguns dos membros da Comissão de Licitação serem engenheiros não é motivo, também, para responsabilizá-los. A elaboração de orçamento não é, necessariamente, incumbência das comissões de licitação. Por certo, as áreas técnicas responsáveis pela execução do objeto a ser licitado terão muito mais condições de elaborá-los, como ocorreu no caso sob exame. Às comissões cabe sim verificar se existe projeto básico, se foi elaborado o orçamento, zelar pela comprovação adequada de qualificação técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal, habilitação jurídica, dentre outras. No caso de obras, aos engenheiros, dentre outras atribuições, cabe verificar se o projeto elaborado atende à finalidade da lei, se os atestados técnicos são suficientes para garantir a execução da obra, se não são restritivos.

...

56.Não tem sentido, no entanto, uma determinada unidade elaborar um orçamento extremamente complexo, encaminhá-lo à comissão de licitação e esta realizar novo levantamento com o objetivo de verificar a procedência dos trabalhos já realizados. Melhor seria, então, que a própria comissão elaborasse o orçamento. Nesse caso, não tenho dúvida, as comissões de licitação não fariam outra coisa que não elaborar orçamentos.

No mesmo sentido, decisões do TCU, Acórdãos nºs. 1489/2003-Plenário, 1.621/2004-Plenário, 1.239/2005-Plenário e 2.389/2006-Plenário.

Pela responsabilização da comissão de licitação, decisão Plenária do TCU, Acórdão 509/2005, Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa:

6. Demais, cabe esclarecer que sobre essa questão o recorrente foi responsabilizado, solidariamente com o Presidente e membros da Comissão de Licitação, conforme item 8, alínea a da deliberação recorrida, não sendo despidendo destacar, ainda, que o art. 43, inciso IV, da Lei n. 8.666/1993 - no que diz respeito à forma como deveria ter sido processada e julgada a licitação em comento - prevê a obrigatoriedade de se verificar, em cada procedimento licitatório, se os preços ofertados pelas licitantes estão de acordo com os correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente consignados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.

...

14. Quanto ao mencionado despreparo dos membros da Comissão de Licitação, por desconhecimento da Lei n. 8.666/1993, ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/1942). Ademais, a verificação da compatibilidade dos preços ofertados com os praticados no mercado não me parece atividade com elevado grau de complexidade a ponto de justificar sua inobservância, devendo eventuais deficiências dos servidores no desempenho de suas atividades ser supridas mediante capacitação e treinamento desenvolvidos pela administração.

Observa-se, pois, que as falhas na fase de julgamento das propostas alcançam não só a comissão de licitação, mas aqueles que emitem laudos, elaboram projetos e emitem pareceres que possam influenciar na escolha da proposta mais vantajosa para a Administração. Alcançam também o agente que homologa o certame.

A imputação de responsabilidade vai depender da análise do caso concreto, do zelo e lisura com que o agente se portou perante o processo de licitação. Nesse último Acórdão, o Relator descartou, inclusive, a excludente de culpabilidade baseada na potencial consciência da ilicitude.

A adoção dolosa de critérios discricionários no julgamento caracteriza ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública, mormente o do julgamento objetivo e o da impessoalidade. A atitude dolosa também poderá caracterizar crime da lei de licitações, conforme já visto. E, ainda, sob pena de nos tornarmos repetitivos, estarão os agentes envolvidos sujeitos a sanções disciplinares da Lei 8.112/90, ao dever de reparar o dano acaso existente, bem como sujeitos à ação do TCU, como aplicação de multa por grave infração à norma legal (Lei 8.8443/92, art. 58).

4.4.2.6. Homologação e adjudicação

Após o julgamento e classificação das propostas, o processo segue para a autoridade competente para homologação e adjudicação do objeto licitado, conforme especificado no art. 43, VI, do Estatuto de Licitações.

Mukai (1998. v. 11, p. 78) sustenta que a adjudicação do objeto da licitação deve ser feita pela comissão e não pela autoridade superior. Confrontando o art. 38, VII, que, na ordem dos atos que compõem o procedimento licitatório, coloca o ato de adjudicação antes do de homologação, com o art. 43, VI, da Lei 8.666/93, que primeiro fala em homologação e depois em adjudicação, chega à conclusão de que:

... é a Comissão de Licitação que, após julgar o certame, adjudica o seu objeto ao vencedor. Após, a autoridade superior homologa, revoga ou anula, conforme o caso, o processo licitatório. Se homologar, deverá fazê-lo também e obrigatoriamente em relação à adjudicação, sem o que o processo não será válido, pois não estará ultimado. A homologação da adjudicação é de rigor, sob pena de invalidade do decidido e da eventual contratação.

No mesmo sentido, Figueiredo (2004, p.500).

Meirelles (1998, p. 267), por sua vez, defende entendimento diverso, segundo o qual:

... a nova lei, mudando a sistemática anterior do julgamento, estabeleceu que a Comissão, após a classificação das propostas, deve enviar o resultado à autoridade superior, para homologação e adjudicação do objeto da licitação ao vencedor, convocando-o para assinar o contrato (art. V e VI e art. 64). Assim, não há homologação da adjudicação, como antes se dizia; a homologação se faz do julgamento e de todo o procedimento licitatório. Estando ele de acordo com a lei e o edital, a autoridade superior determinará a adjudicação do objeto licitado ao proponente classificado em primeiro lugar...

Justem Filho (2005, p. 343), na mesma linha de Meirelles, entende que sendo a adjudicação o reconhecimento de que certo licitante apresentou a melhor proposta e de que, portanto, tem o direito de ser contratado, ela é ato privativo da autoridade superior, que possuiu poderes para vincular a Administração, sendo, pois, a adjudicação ato terminal da licitação e sua prática depende da homologação.

Também colocam a adjudicação como ato da autoridade superior e posterior à homologação Pereira Júnior (2003, p. 460), Medauar (2002, p. 243) e Di Pietro (1998, p. 291).

No âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme se vê no manual institucional sobre Licitações e Contratos (2006, p. 184), o entendimento é o de que a adjudicação e posterior à homologação é não é de incumbência da comissão de licitação. A determinação feita no Acórdão nº 816/2006 – Plenário – TCU, exarado nos autos do processo de relatoria do Ministro Guilherme Palmeira, sintetiza bem a posição da Corte de Contas:

9.2. determinar à (...) que:

...

9.2.14. oriente a comissão de licitação quanto aos limites de sua competência, de forma que o ato de adjudicação seja reservado à autoridade competente da Unidade, bem como observe a seqüência legal para a efetivação dos atos, para que a adjudicação do objeto licitado somente ocorra após a homologação do procedimento licitatório, conforme previsto no art. 43, inciso VI, da Lei n.º 8.666/1993;

A definição do momento em que se pratica o ato de adjudicação e de quem é a competência é de suma importância para verificação da validade do próprio ato, já que só é válido o ato praticado pelo agente competente, bem como para aferição de responsabilidade.

Havendo ilegalidade envolvendo o ato de adjudicação do objeto da licitação, se o entendimento é o de que ele é praticado pela comissão de licitação, poderá responder pela ilegalidade, também, a autoridade que homologa o certame. Sendo, contudo, a adjudicação, atribuição que foge à competência da comissão de licitação, sua atuação no certame se encerra com a classificação das propostas e eventual

entrega do objeto licitado, por exemplo, preterindo a empresa classificada em primeiro lugar, em princípio, não poderia alcançá-la (desde que isso não envolva, por exemplo, questões com a própria habilitação das licitantes ou classificação das propostas).

A **homologação** é ato administrativo de controle. Através dele a autoridade se certifica dos atos praticados no certame, atestando a sua regularidade, dando-lhes condição de eficácia.

O ato de homologar não se constitui em simplesmente endossar decisões já tomadas pela comissão julgadora, mas sim em ato de controle, pelo qual a autoridade administrativa, após a revisão dos atos da comissão, confirma o julgamento das propostas apenas se não tiver detectado qualquer irregularidade em todo o procedimento. (PEREIRA JÚNIOR, 2003, P. 543)

Segundo Meirelles (1998, p. 269), a autoridade competente, ao homologar o certame, "... passa a responder por todos os efeitos conseqüentes da licitação (...) Isto porque, com a homologação, ocorre a superação da decisão inferior pela superior e, conseqüentemente, a elevação da instância administrativa."

Esta afirmação, conquanto verdadeira, quando se trata de responsabilização, deve ser olhada com uma certa cautela. O procedimento licitatório, muitas vezes, é para aquisição de bens comuns, de baixa complexidade, cujo valor se exacerbado seria de fácil aferição. Neste caso, o agente que homologa a licitação tem toda condição de verificar a legalidade dos atos que compuseram, até então, o procedimento.

Contudo, como temos visto ao longo deste trabalho, outras tantas vezes, o que se tem é um processo para aquisição de produtos complexos, de obras e serviços de engenharia que exige o conhecimento de equipes especializadas. Nesses casos, surgem outros atores, além da comissão de licitação e da sempre necessária assessoria jurídica, como, por exemplo, equipes especializadas para elaboração de projeto básico (ou mesmo a contratação de uma empresa específica para esse fim) e para assessorar a comissão de licitação na habilitação dos licitantes e julgamento das propostas.

Assim, conquanto o ato de homologação implique, por parte da autoridade superior, em aferição quanto à legalidade e a legitimidade do certame, podendo, neste momento, caso verifique algum vício sanável, ordenar a retificação no todo ou em parte, ou anulá-lo, caso verifique alguma ilegalidade insanável (MEIRELLES, 1998, p. 269), ou ainda revogá-lo, por razões de conveniência ou oportunidade (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 460), deve se ter em mente que isso não lhe imputa, de forma objetiva, toda e qualquer responsabilidade por eventuais ilegalidades que tenha havido durante o procedimento. Neste sentido, lapidar é o trecho do voto do relator Ministro Benjamin Zymler, que conduziu o Acórdão n.º 2.246/2005-Plenário do TCU:

Sem desconhecer os atributos da função de ordenador de despesa, conforme consignado no § 1º do art. 80 do Decreto-lei nº 200/1967, entendo que seria de extremo rigor apenar o dirigente máximo de determinado órgão ou entidade em virtude dos fatos discriminados nos itens "c", "d", "g", pois a análise dessas irregularidades deve anteceder à homologação ou adjudicação de procedimento licitatório, ou seja, deveria a comissão de licitações verificar, no momento da habilitação do licitante (previamente à homologação e à adjudicação do certame), a anulação da Tomada de Preço nº 2 (item "c"), a inobservância dos prazos recursais previstos no Estatuto das Licitações (item "d"), o recebimento de carta-fiança por pessoa estranha à comissão de licitações (item "g").

No que tange à apólice de seguro que não foi reconhecida pela (...) Seguradora como autêntica (item "e") e ao fato de a (...) encontrar-se com cadastro estadual na situação de "não habilitado" (item "f"), esses pontos também deveriam ser verificados no momento da habilitação do licitante e não no da homologação e adjudicação. Dessa forma, competiria à Comissão de Licitação verificar os requisitos inseridos no art. 27 da Lei nº 8.666/1993, motivo por que entendo não deva ser apenado o Responsável em virtude desses fatos.

Entendo, portanto, que, dentro da conduta do homem médio, não seria desarrazoado o Dirigente da (...) adjudicar e homologar a multicitada licitação (itens "e" e "f") com os vícios discriminados nos itens "c", "d", "e", "f", "g", pois estes deveriam ter sido apurados ainda no âmbito da comissão de licitações e não no momento da homologação e adjudicação por parte do Sr. ...

Por outro lado, a autoridade que homologa o procedimento não deve se limitar a apor sua assinatura, sem ter o mínimo zelo e cuidado ao se confrontar os conteúdos e formas dos atos com o estabelecido na norma, pois, de certo, ao endossar um certame com patentes irregularidades, pode atrair para si aqueles vícios. É o que se vê no Acórdão 509/2005 – Plenário – TCU, ao se examinar o voto do relator Ministro Marcos Bemquerer Costa:

... o recorrente, como autoridade que homologou a licitação, é pessoalmente responsável pelos atos praticados. Eventual solidariedade com terceiros não o exime de responder pelo total do débito que lhe fora imputado mediante o Acórdão recorrido.

6. Demais, cabe esclarecer que sobre essa questão o recorrente foi responsabilizado, solidariamente com o Presidente e membros da Comissão de Licitação, conforme item 8, alínea a da deliberação recorrida, não sendo despidendo destacar, ainda, que o art. 43, inciso IV, da Lei n. 8.666/1993 - no que diz respeito à forma como deveria ter sido processada e julgada a licitação em comento - prevê a obrigatoriedade de se verificar, em cada procedimento licitatório, se os preços ofertados pelas licitantes estão de acordo com os correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente consignados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.

7. Logo, o recorrente, na condição de autoridade que homologou a licitação, não obstante dispor de meios legais para assegurar proposta mais vantajosa para a administração que contemplasse preços de mercado, não adotou medidas que estavam ao seu alcance a fim de impedir a contratação do objeto com preços bem superiores aos do mercado (art. 49 da Lei n. 8.666/1993), tornando-se, com sua conduta, pessoalmente responsável pelos atos inquinados.

Mas o fato de a autoridade homologante atrair para si responsabilidades por vícios no certame, não exclui nem diminui a responsabilidade daqueles que efetivamente praticaram o ato ilegal. Se há responsabilidade da autoridade que homologa o certame, com muito mais razão deverá existir também responsabilidade daquele que cometeu, de fato, a ilegalidade:

Quanto à alegação dos recorrentes de que a homologação do certame eximiria a Comissão de Licitação de responsabilidade no processo, entendemos, com a devida vênia, improcedente. Com efeito, ao homologar o procedimento, a autoridade homologante passou a responder por todos os atos nele praticados, objeto de sua expressa aprovação. Isso, entretanto, não excluiu a responsabilidade dos demais servidores que atuaram no feito, os quais continuam a responder, plenamente, por suas ações e omissões (art. 51, § 3º, da Lei nº 8.666/93). (Acórdão n.º 199/96 – Plenário TCU. Relator Ministro Iram Saraiva).

A responsabilidade que daí decorre vai depender do vício que inquinou o certame homologado, podendo ser civil, penal, administrativa ou por ato de improbidade administrativa, como viemos afirmando ao longo deste trabalho.

A adjudicação, na lição de Meirelles (1998, p.269):

... é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação para a subsequente efetivação do contrato. São efeitos jurídicos da adjudicação: a) a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos nas propostas; c) a sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e normas legais pertinentes se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas; d) o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com outrem; e) a liberação dos licitantes vencidos de todos os encargos da licitação e o direito de retirarem os documentos e levarem as garantias oferecidas, salvo se obrigados a aguardar a efetivação do contrato por disposição do edital ou norma legal.

A adjudicação do objeto licitado deverá ser feita ao primeiro classificado.

Quando a Administração negar de modo abusivo, sem apontar os motivos da recusa, haverá direito do primeiro classificado de obtê-la. A administração tem o dever de manifestar-se: ou adjudica o objeto da licitação em favor do primeiro classificado ou desconstitui a licitação (JUSTEN FILHO, 1998, p. 409).

Para o adjudicatário existe apenas a mera expectativa de que com ele seja firmado o contrato, é necessária, ainda, a decisão concreta da Administração de efetivar o contrato. Mas se for contratar, deverá ser com o adjudicatário (JUSTEN FILHO, 1998, 410).

Caso não seja possível a assinatura do contrato com primeiro colocado, nos termos do art. 64, §2º, da Lei 8.666/93, a administração tem a faculdade de convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para firmar contrato nas mesmas condições da proposta do primeiro classificado. Por certo, nem a Administração está obrigada a chamar os demais classificados, nem estes estarão obrigados a contratar com a administração nos moldes da proposta do primeiro classificado.

Mas, optando a administração em adjudicar e, posteriormente, contratar, deve obedecer a ordem de classificação.

Além disso, o objeto adjudicado o deverá ser nos termos da proposta original. Se após a classificação, a autoridade adjudica objeto distinto do licitado,

poderá ficar caracterizada, dentre outras fraudes, dispensa indevida do procedimento licitatório.

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. MENOR PREÇO. ADJUDICAÇÃO DO CONTRATO À EMPRESA VENCEDORA NO CERTAME, EM ATENDIMENTO À SOLICITAÇÃO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA PROPOSTA INICIAL. ILEGALIDADE. 1. É nulo o ato administrativo que adjudica o objeto da licitação à empresa vencedora em termos diversos do constante da proposta original, uma vez que, se, quando convocada, a empresa vencedora não assina o contrato, compete à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições, ou revogar a licitação (art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/93). (Tribunal Regional Federal. 3ª Turma Suplementar. Apelação em MS nº 1998.01.00.064088-6/GO – Relator Juiz Vallisney de Souza Oliveira)

4.5. ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO

Os institutos da anulação e da revogação já foram vistos quando estudamos o ato administrativo, inclusive quanto aos vícios que seriam possíveis de ser ou não sanados.

Segundo o art. 49 da Lei 8.666/93:

A autoridade competente para aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, permanente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Quando eivada de vício insanável, a autoridade tem o dever de anular a licitação. A anulação também pode ser feita pelo Poder Judiciário. Sendo a licitação

composta por um conjunto de atos, a anulação pode recair somente sobre o ato viciado, aproveitando-se os demais, naquilo em que não foi prejudicado.

A anulação retroage à origem do ato anulado, opera-se, pois, com efeitos *extunc*. A anulação do procedimento por motivo de ilegalidade não gera dever de indenizar (art. 49, §1.º, da Lei 8.666/93), “ressalvando-se, apenas, os direitos de terceiros de boa-fé, que deverão ser indenizados dos eventuais prejuízos decorrentes da anulação”. (MEIRELLES, 1998, p. 270).

A nulidade da licitação induz à do contrato, ficando resguardado o direito do contratado ser indenizado por aquilo que já tiver prestado, contanto que não seja ele quem tenha dado causa à nulidade (art. 49, §2º, da Lei 8.666/93).

Para Justen Filho (1998, p. 500), além de indenizar o que o contratado tiver executado, a administração também deve ressarcir-lo pelas perdas e danos sofridos. “Se o Estado sofreu algum prejuízo, não pode transferir ao particular de boa-fé (...) O Estado apenas poderá voltar-se contra o agente responsável pelo vício”.

A revogação da licitação é ato praticado exclusivamente pela administração, por oportunidade e conveniência (afastada a atuação do Poder Judiciário), desde que decorrente de fato superveniente e devidamente comprovado.

Ao deflagrar a licitação, através do ato de autorização, a autoridade competente faz um juízo de valor, elenca os motivos para a realização daquela despesa. Ao final do procedimento licitatório, quando recebe da comissão de licitação as propostas classificadas, a autoridade competente faz novo juízo de valor a fim de ver se a contratação ainda atende ao interesse público. Caso constate a superveniência de fato novo, como, por exemplo, o surgimento de uma nova técnica, poderá revogar a licitação.

Ensina Meirelles (1998, p. 271), que “a revogação da licitação opera efeitos *ex nunc*, isto é, a partir da decisão revocatória, porque até então o procedimento

revogado era eficaz e válido. Daí por que da revogação resultar para o Poder Público a obrigação de indenizar o adjudicatário prejudicado”.

Tanto o ato de anulação quanto o de revogação devem estar devidamente motivados. Sendo caso de anulação, deve-se apontar qual ou quais a ilegalidades insanáveis que levaram à anulação do certame e, no caso de revogação, qual o **motivo superveniente** que desqualificou a proposta vencedora como a mais vantajosa para a administração pública, ou que impede a contratação naquele momento.

Como visto, da anulação ou da revogação podem gerar o dever de o Estado indenizar os licitantes. Por certo, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, caberá ao Estado direito de regresso contra o agente causador do dano se ele agiu com dolo ou culpa.

Como a causa do ato de anulação é um vício de legalidade, os agentes que culposa ou dolosamente praticaram o ato viciado no certame poderão suportar regressivamente as indenizações acaso arcadas pelo Estado.

Observa-se que a nulidade pode estar em qualquer um dos atos que compõem o procedimento licitatório, desde o ato de autorização, que pode ter sido emitido sem a respectiva existência de dotação orçamentária ou com uma falha insanável no projeto básico, que por sua vez contaminaria o edital e as fases subseqüentes.

Assim, no caso de nulidade, todos os agentes públicos que atuaram no certame poderão vir a ser responsabilizados pelos danos causados, sem prejuízo das responsabilidades penal, administrativa e por ato de improbidade.

Já quanto à revogação, sendo um juízo de oportunidade e conveniência da autoridade competente, o vício acaso existente estará nos motivos eleitos para revogar a licitação. Sendo eles verdadeiramente supervenientes e que demonstram a inconveniência da celebração do contrato, o dever de indenizar deverá ser

suportado pela própria Administração Pública. Mas, do contrário, se decorreu de um erro inescusável de avaliação do administrador, a responsabilidade há de recair sobre a autoridade que tem competência para revogar a licitação, e poderá ela vir a suportar regressivamente os danos sofridos pela administração, sem prejuízos das demais responsabilidades já apresentadas, especialmente multa por ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte prejuízo ao erário (art. 58 da Lei 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU).

4.5. DISPENSA E INEXIGIBILIDADE

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, estabeleceu a licitação como regra geral. O processo de licitação não é só um mecanismo para se escolher a proposta mais vantajosa. Visa, pois, também, oferecer oportunidade para que todos possam, em condições de igualdade, oferecer bens e serviços à Administração.

Trata-se de mecanismo de materialização do princípio da isonomia, basilar do Estado de Direito. Mesmo se não estivesse expressamente previsto na Constituição, chegaríamos à conclusão de que, por força dos limites à atuação do agente público, mormente os princípios constitucionais que regem a Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – o Poder Público teria que adotar a licitação com regra.

Mas o mesmo comando constitucional que determina a licitação como regra, possibilita que sejam criadas, por lei, exceções.

O art. 24, da Lei 8.666/93, trata dos casos de dispensa de licitação e, o art. 25, dos de inexigibilidade.

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na *dispensa*, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei *faculta* a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de *inexigibilidade*, não há possibilidade de competição, porque só existe *um objeto* ou *uma pessoa* que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável. (DI PIETRO, 1998, p. 265) (destaques da autora)

Os casos de dispensa trazidos pela lei de licitação são taxativos e, os de inexigibilidade, por expressa disposição do art. 25, e até mesmo porque se tratam de situações em que não há viabilidade de competição, são meramente exemplificativos.

Mas a dispensa ou inexigibilidade de licitação não é uma carta branca para o gestor público realizar despesas sem critérios. Mesmo nos casos de dispensa ou inexigibilidade, deve-se procurar a proposta mais vantajosa para administração. Se a contratação traz visível desvantagem para os cofres públicos, estará ela inquinada de invalidade (JUSTEN FILHO, 1998, p. 298).

A dispensa ou inexigibilidade também não significam dispensa de procedimentos próprios para aquisição. De início, deve ser observada a existência de recursos orçamentários e deverá ser feita a precisa definição do objeto a ser contratado (vide tópico ato de autorização).

O art. 26, da Lei 8.666/93, traz outras exigências. Com exceção dos casos previstos nos incisos I e II do art. 24 (casos de dispensa em razão do valor envolvido), os demais casos de dispensa, inclusive os previstos nos parágrafos 2º e 4º do art. 17 da mesma Lei, bem como os casos de inexigibilidade dependem de: (a) *justificativa*, (b) *ratificação* da autoridade superior e, ainda, caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa; razão da escolha do fornecedor ou executante; justificativa do preço; e documentos de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Outros cuidados também devem ser tomados, como, por exemplo, certificação da regularidade jurídica da empresa, já que não é lícito ao poder público contratar com empresa que juridicamente não existe; verificação da regularidade

fiscal, principalmente junto ao INSS e ao FGTS, pois, nos termos do art. 195, §3º, da Constituição Federal, a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público.

Quanto à existência de dotação orçamentária, descrição de objeto, planilha de custo, eventual projeto básico, pareceres jurídicos, valem as colocações já feitas neste trabalho.

Assim, a autoridade que contrata com base em dispensa ou inexigibilidade de licitação, sem que estejam cumpridos os requisitos legais, comete ilícito, que poderá ter repercussão nas esferas civil, penal e administrativa.

Justificativa é a explicitação dos motivos, as razões de fato e de direito que levaram à dispensa ou à inexigibilidade do certame. Mas a lei não se contenta apenas com a justificativa, exige, como condição de eficácia do ato, a **ratificação** da autoridade superior.

“A ratificação retrata o conhecimento e aprovação pelas autoridades superiores, relativamente aos atos práticos por agentes públicos subordinados.” (JUSTEN FILHO, 1998, p. 300).

A ratificação traz em si a concordância com aquilo que está sendo justificado. A Autoridade competente analisa os motivos de fato e de direito eleitos para a realização da dispensa ou da inexigibilidade e, se com eles concorda, ratifica, dando eficácia ao ato. Justificativa e ratificação são, pois, *conditio sine qua non* para a fuga lícita à regra geral do dever de licitar.

Assim, eleitos os motivos para a dispensa ou inexigibilidade, a eles se vinculam não só a autoridade que justifica, mas, também, a autoridade que ratifica o ato de autorização.

Neste sentido, trazemos à baila o Acórdão n.º 300/2004 – Plenário – TCU, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, ao tratar de dispensa de licitação, baseada em situação emergencial:

32. Não obstante a situação calamitosa da segurança pública em todo o País, a contratação com dispensa de licitação com base no art. 24, IV, da Lei 8.666/93, conforme leciona Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2ª ed., RJ, Aide, 1994, p. 135/136, deve ser precedida da "...demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano: a urgência deve ser concreta e efetiva. Não de urgência simplesmente teórica. Deve ser evidenciada a situação concreta existente, indicando-se danos que evidenciam a urgência."

33. Não basta, portanto, uma narrativa genérica da situação calamitosa. Se isso fosse suficiente, não só as aquisições na área de segurança pública, mas, também, todas as aquisições nas áreas da saúde e da educação poderiam ser processadas com base em dispensa de licitação, calcadas em situação emergencial, uma vez que conhecidas as precárias condições destas áreas.

34. Necessário audiências dos Srs. (...), então Diretor (...) e (...), então Diretor Superintendente (...), pois, respectivamente, justificaram e ratificaram a situação emergencial (...) condições sine qua non para que ocorram as aquisições em regime emergencial, nos termos do que determina o art. 26 da Lei 8.666/93.

Neste caso, os responsáveis pela justificativa e ratificação do ato de dispensa foram sancionados com multa por grave infração à norma legal, nos termos do art. 58 da Lei 8.443/92.

Além da responsabilidade perante o Tribunal de Contas da União, cabe também reparação do dano acaso verificado; sanções administrativas disciplinares; responsabilidade por ato de improbidade e por cometimento de ilícito penal.

Quanto à responsabilidade por ato de improbidade, a lei 8.429/92 elencou expressamente a dispensa de licitação como ato que pode causar prejuízo ao erário, podendo a responsabilidade do agente ser perseguida tanto a título de culpa quanto a título de dolo. Nos termos do art. 10, VIII, da referida lei, constitui ato de improbidade que pode ensejar dano ao erário **frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente**. (destacamos)

Por fim, a Lei de Licitações, em seu art. 89, elevou a tipo penal, punido com pena de três a cinco anos e multa, **dispensar ou inexigir licitação fora das**

hipóteses previstas em lei, ou deixa de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

O agente será punido, criminalmente, mesmo se somente deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, o que demonstra a severidade com que o legislador tratou essa exceção ao constitucional dever de licitar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A multiplicidade de fatores e agentes envolvidos no processo de licitação torna árdua a tarefa de identificar e imputar com justiça responsabilidades àqueles que cometem ilícito no decorrer do certame.

Os fatos e atos que vão influenciar no processo licitatório têm origem mesmo antes do ato de autorização para o início dos trabalhos e perquirir a responsabilidade somente a partir do momento em que a licitação é autorizada, imputando toda e qualquer responsabilidade aos atores que estão em destaque – autoridade que autoriza a licitação, comissão de licitação, autoridade homologante – aproxima-se da responsabilidade objetiva.

É necessária a correta identificação dos atores que de alguma forma influenciam no certame. Muitas vezes, surgem elementos que eliminam ou atenuam a responsabilidade. Outras vezes, as ações de outros agentes quebram o próprio nexo de causalidade entre a conduta do agente e o ilícito gerado. É o caso, por exemplo, de pareceres técnicos, que, em geral, são muito utilizados para motivar e justificar o ato administrativo.

O esforço para esta correta imputação de responsabilidade é árduo, porém, necessário. As implicações de um ilícito cometido no processo licitatório são muitas: responsabilidades civil, penal, administrativa e por ato de improbidade.

Não é justo para com o Estado como um todo que o seu aparato sancionatório seja mobilizado (o que é muito oneroso aos cofres públicos), perseguindo um agente que não obrou com dolo ou culpa para o cometimento do ilícito. Menos justo é para aquele que se vê processado por um ilícito que não lhe poderia ser imputado.

A correta responsabilização do agente é, inclusive, para dar credibilidade ao próprio sistema. O agente que, por dolo ou mesmo culpa, pratica ilícitos e não sofre as devidas sanções, pode vir perpetuar vícios na máquina administrativa. Imputar responsabilidade ao agente incorretamente, na maioria das vezes, é atacar a consequência e não a causa de um ilícito.

A responsabilização do agente público, mormente quando se trata de um processo onde estão envolvidos diversos atores, passa pela correta identificação do ilícito, verificando no caso concreto se não existe nenhuma circunstância que possa servir como excludente.

Passa também pela identificação da culpa, uma vez que, no processo licitatório, não há que se falar em responsabilidade objetiva do agente público. Identificado o agente, ou, em se tratando de procedimento licitatório, o mais correto é que sejam identificados os agentes, deve-se aferir qual o grau de culpa de cada um, senão para configuração da existência ou não do ilícito, para a gradação da sanção.

Não se pode perder de vista que o processo licitatório resguarda valores que vão além da busca da proposta mais vantajosa para a Administração.

Compras bem feitas, com preços de mercado, ou mesmo com descontos e abatimentos, poderiam ser feitas de forma direta, negociando com fornecedores, como fazemos no nosso dia a dia, em nossa vida privada.

Mas o processo licitatório vai além, visa resguardar princípios que estão na base do Estado Democrático de Direito, mormente os princípios da isonomia, igualdade e legalidade. Esses princípios não devem permanecer no mundo hipotético, devem ser materializados a cada ato administrativo praticado. Um Estado de igualdade não se constrói com base na letra fria da lei.

Os atos e as fases que compõem o processo licitatório estão a todo tempo nos remetendo para esses princípios. Assim o é quando se dá publicidade dos atos

praticados, quando se defini com precisão o objeto a ser contratado, quando se fixam critérios objetivos para habilitação e classificação das propostas, quando se veda a adjudicação do objeto licitado fora da ordem de classificação.

Repetimos, o arcabouço legal sancionatório é amplo, mas inócuo se a imputação de responsabilidade não é feita acertadamente. O processo licitatório visa materializar, nos processos de compras do Governo, os princípios que estão na base do Estado Democrático de Direito, e a ineficiência em se punir aqueles que de alguma forma frustram a licitação contribui para a mitigação desses princípios.

Por fim, este trabalho está longe de esgotar o assunto em questão. Além do aprofundamento numa teoria da responsabilização, outros assuntos merecem ser discutidos, como os casos específicos de dispensa e inexigibilidade de licitação; o sistema de registro de preços; a modalidade de licitação denominada pregão; os casos de alienação; a licitação para concessão e permissão de serviço público.

Registro ainda que a jurisprudência, como fonte de pesquisa, mostrou-se bastante adequada para o assunto que foi tratado, na medida em que se permitiu sair da abstração e generalidade da lei e das situações hipotéticas da doutrina e trabalhar com casos concretos, verificando as dificuldades que efetivamente se impõem.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário**. Campinas: Bookselle, 2001, Tomo I.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Ato administrativo, licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Atos administrativos e recomposição da legalidade. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 207, p. 163-201, jan./mar. 1997.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 25 ed. Rio de Janeiro : Globo, 1986.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27 ed. São Paulo : Saraiva, 2001.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de fev. de 1999, Seção 1.

Brasil. Supremo Tribunal Fedetal. MS 24073 / DF - Distrito Federal. Rui Berforte Dias e Outros e Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Carlos Velloso. 06 de novembro de 2002. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 31 out. 2003, p. 15.

Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.355/2004 – Plenário. Auditoria. Escola Agrotécnica Federal de São Cristóvão SE. Área de licitações e contratos. Sobrepreço. Exigência de certificado indevido. Falta de publicidade nas licitações. Ausência de demonstrativo de preço nos editais. Ausência de três propostas válidas em licitações na modalidade convite. Expedição de convite a empresas não atuantes no ramo do objeto licitado. Divergência entre o disposto no edital e o respectivo contrato. Não aceitação de cotação por item. Acolhimento parcial das razões de justificativa. Determinação. Juntada dos autos às contas anuais. Exclusão de um dos responsáveis. Relator Ministro Benjamin Zymler. 08 set 2004. In: **Diário Oficial da União**, 16 set. 2004

_____. Acórdão n. 1.492/2004 – 2ª Câmara - Prestação de Contas. Fundação Roquete Pinto. Exercício de 1997. Recursos de reconsideração contra acórdão que julgou irregulares as contas, cominando multa aos responsáveis, por irregularidades na formulação de edital de licitação, contratação indireta de pessoal e pagamentos a maior de diárias e passagens a colaboradores eventuais. Reiteração das alegações

apresentadas. Alegação de ausência de responsabilidade dos membros da comissão de licitação. Conhecimento. Negado provimento aos recursos de alguns dos responsáveis. Provimento parcial aos recursos dos demais, com redução da multa aplicada. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. 19 de agosto de 2004. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 ago. 2004.

_____. Acórdão n. 125/2003 – Plenário. Fiscobras 2002. Obras de construção e recuperação de infra-estrutura hídrica - aproveitamento hidroagrícola do Açude Jenipapo, no Estado do Piauí. Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. 19 de fevereiro de 2003. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 fev.2003.

_____. Acórdão n. 1621/2004 – Plenário - Levantamento de Auditoria. DNIT. Obras de construção de trechos rodoviários na BR-317, no Estado do Amazonas - Boca do Acre, Divisa AM/AC. Pedidos de reexame de acórdão que aplicou multa aos responsáveis, em razão de ocorrência de sobrepreço na contratação dos serviços e impropriedades quanto ao projeto básico. Acolhimento dos argumentos apresentados pelos membros da comissão de licitação. Conhecimento. Provimento. Insubsistência de item do acórdão. Negado provimento em relação a outro responsável. Relator Ministro Guilherme Palmeira. 20 de outubro de 2004. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 out. 2004.

_____. Acórdão n. 199/96 – Plenário. Auditoria. SEPESPE. MEC. Área de licitações e contratos. Pedido de reexame de decisão que aplicou multa ao responsável com determinação à entidade. Não acolhimento das razões apresentadas. Solicitação de parcelamento do débito. Conhecimento. Negado provimento. Deferimento do parcelamento. Relator Ministro Iram Saraiva. 27 de novembro de 1996. In: **Diário Oficial da União**, 18 dez. 1996, p.27413.

_____. Acórdão n. 2006/2006 – Plenário. Tomada de Contas Especial. Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária -INFRAERO. Relator Ministro Benjamin Zymler. 01 de novembro de 2006. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 nov. 2006.

_____. Acórdão n. 23/2005 – Plenário. Levantamento de Auditoria. DNIT. Obras de construção de trechos rodoviários na BR-317, no Estado do Amazonas - Boca do Acre, Divisa AM/AC. Embargos de declaração opostos a acórdão que negou provimento ao pedido de reexame de acórdão que aplicou multa ao responsável, em razão da ocorrência de sobrepreço na contratação dos serviços e impropriedades existentes no projeto básico. Ausência de omissão ou contradição. Conhecimento. Embargos rejeitados. Relator Ministro Guilherme Palmeira. 26 de janeiro de 2005. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 fev. 2005.

_____. Acórdão n. 289/1996 – Plenário. Auditoria. Coordenação Geral de Serviços Gerais do MICT. Área de licitação e contrato. Irregularidades diversas. Justificativas aceitas em parte. Ausência de prejuízo ao Erário. Descaracterização do débito. Juntada dos autos às contas. Relator Ministro José Antônio Barreto de Macedo. 22

de maio de 1996. In: **Diário Oficial da União**, 17 jun. 1996, p. 10576.

_____. Acórdão n. 580/2002 – Segunda Câmara - Tomada de Contas Especial. Convênio. DNER. DER SC. Aumento irregular dos preços unitários de terraplenagem previstas em contrato. Falta de utilização dos preços unitários constantes da planilha apresentada na proposta da licitante vencedora. Restrição ao caráter competitivo de certames licitatórios. Superfaturamento. Citação e audiência dos responsáveis. Razões de justificativa e alegações de defesa acolhidas parcialmente. Contas irregulares dos principais gestores do DNER, DER SC e empresa contratada. Débito solidário. Multa. Determinação. Contas regulares dos demais responsáveis. Quitação. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. 28 de novembro de 2002. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 07, jan. 2003.

_____. Acórdão n. 65/2004 – Plenário. Fiscobras 2003. Levantamento de auditoria. Eliminação de pontos críticos (em rodovias) no Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Adylson Motta. 04 de fevereiro de 2004. in: **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 abr. 2004.

_____. Acórdão n. 808/2006 – Plenário. Representação formulada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Possíveis irregularidades praticadas pela Secretaria de Estado da Educação e Cultura da Paraíba. Exigência de documentos não previstos em lei para habilitação de licitantes. Detalhamento excessivo do objeto com restrição ao caráter competitivo do certame. Índícios de direcionamento em licitação. Ausência de ato formal de revogação de licitação. Inclusão de bens distintos em um mesmo lote. Conhecimento. Procedência. Determinação. Arquivamento.. Relator Ministro Benjamin Zymler. 02 jul 2003. In: **Diário Oficial da União**, 11 jul. 2006.

_____. Acórdão n. 991/2006 – Plenário. Representação. Habilitação de licitante. Sócio participante de outra empresa inadimplente. Legalidade. Improcedência. Relator Ministro Guilherme Palmeira. 21 jun 2006. In: **Diário Oficial da União**, 26 jun. 2006.

_____. Acórdão n.º 300/2004 – Plenário. Auditoria. Fundo Nacional de Segurança Pública. Convênios. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ubiratan Aguir. 24 de março de 2004. In: **Diário Oficial da União**, 7 jun. 2004.

_____. Acórdão n.º 1.239/2005 – Plenário. Pedido de Reexame. Ausência de participação dos recorrentes na elaboração de edital irregular. Conhecimento. Provimento parcial. Ciência aos recorrentes. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. 24 de agosto de 2005. In: **Diário Oficial da União**, 02 set. 2005.

_____. Acórdão n.º 1.489/2003 – Plenário. Tomada de Contas Especial. Convênio. FNDE. Prefeitura Municipal de Cerejeiras RO. Recurso de reconsideração interposto pela ex-presidente da comissão de licitação da referida prefeitura contra acórdão que julgou as contas irregulares e em débito os responsáveis solidários ante a ocorrência

de superfaturamento na contratação de obras e serviços, pagamento por serviços não executados e infringências à lei de licitações. Conhecimento. Provimento. Exclusão da responsabilidade dos membros da comissão de licitação. Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. 08 de dezembro de 2003. In: **Diário Oficial da União**, 15 dez. 2003.

_____. Acórdão n.º 1.621/2004 – Plenário. Levantamento de Auditoria. DNIT. Obras de construção de trechos rodoviários na BR-317, no Estado do Amazonas - Boca do Acre, Divisa AM/AC. Pedidos de reexame de acórdão que aplicou multa aos responsáveis, em razão de ocorrência de sobrepreço na contratação dos serviços e impropriedades quanto ao projeto básico. Acolhimento dos argumentos apresentados pelos membros da comissão de licitação. Conhecimento. Provimento. Insubsistência de item do acórdão. Negado provimento em relação a outro responsável. Relator Ministro Guilherme Palmeira. 20 de outubro de 2004. In: **Diário Oficial da União**, 29 out. 2004.

_____. Acórdão n.º 2.245/2005 – Plenário. Representação. Pedido de reexame. Irregularidades em licitação. Ausência de responsabilidade do recorrente. Provimento. Insubsistência da multa. Relator Ministro Benjamin Zymler. 13 de dezembro de 2005. In: **Diário Oficial da União**, 03 jan. 2006.

_____. Acórdão n.º 2.389/2006 – Plenário. Representação. Licitação. Vedação de exigência de documentos e informações já constantes do sicaf. Responsabilidade de pregoeiro pelas exigências do edital. Fixação de prazo para adoção de providências. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. 06 de dezembro de 2006. In: **Diário Oficial da União**, 13 dez. 2006.

_____. Acórdão n.º 509/2005 – Plenário. Tomada de Contas. Delegacia Federal de Agricultura e do Abastecimento no Amapá. Exercício de 1997. Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa. 04 de maio de 2005. In: **Diário Oficial da União**, 12 maio 2005.

_____. Acórdão n.º 816/2006 – Plenário. Prestação de contas. Ocorrências de natureza formal. Contas regulares com ressalva. Relator Ministro Guilherme Palmeira. 31 de maio de 2006. In: **Diário Oficial da União**, 02 jun. 2006.

_____. **Licitações e Contratos Administrativos Jurisprudência do TCU**. Brasília, 2007. 216p.

_____. **Responsabilidade e processo no TCU: teoria e aplicação**. Brasília. 109 p.

Brasil. Tribunal Regional Federal 3ª Região. AMS 1998.01.00.064088-6/GO. Terceira Turma Suplementar. Administrativo. Licitação. Concorrência Pública. Menor Preço. Adjudicação do contrato à empresa vencedora no certame, em atendimento à

solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro da proposta inicial. Ilegalidade. Relator Juiz Vallisney de Souza Oliveira. 25 de março de 2004. In: **Diário da Justiça**, 13 maio 2004, p. 49.

BRAZ, Petrônio. **Processo de licitação: contrato administrativo e sanções penais**. São Paulo: Livraria de Direito, 1995.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. de Direito, 1999.

CAIXETA, José Manoel. **Os princípios administrativos aplicáveis às licitações públicas: a doutrina dominante e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Brasília: ISC, 2004. Monografia (Especialização em Controle Externo, Área Auditoria Governamental), Instituto Serzedello Corrêa – Tribunal de Contas da União, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo : Atlas, 1998.

_____. **Termas polêmicos sobre licitações e contratos**. 4^a ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

FARÁG, Cláudio Renato do Canto. Responsabilização dos advogados públicos nas licitações e contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, v.1, n.4, p.403-404, abr. 2002

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Comissão de licitação. **Boletim de Licitações e Contratos**, v.16, n.2, p.107-111, fev. 2003.

_____. **Vade-mécum de licitações e contratos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**, 7^a ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2004,

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e dos princípios**. São Paulo : Malheiros, 1997.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do agente público**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Comissões de licitação**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora NDJ, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 17. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo : Saraiva, 2005.

_____. **Comentários á lei de licitações e contratos**. 5.ed. São Paulo : Dialética, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6 ed. rev. E atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

MEIREILLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19 ed. atual. São Paulo ; Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de direito administrativo**, 12. ed. rev, ampl. E atual. São Paulo : Malheiros, 2000.

MUKAI, Toshio. A Adjudicação do objeto da licitação deve ser feita pela comissão e não pela autoridade superior. **Boletim de Licitações e Contratos**, v.11, n.2, p.77-78, fev. 1998

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratação da administração pública**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16 ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, v.1.

YUNES JUNIOR, Faissal. **O controle do ato administrativo e o estado de direito**, Revista dos tribunais, São Paulo, ano 7, n. 29, p. 111-132, out./dez. 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.