

**LEI Nº 8.429/92 E SUAS ALTERAÇÕES NORMATIVAS: A PROBLEMÁTICA
DA RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
NO QUE TANGE AO PROCESSO LICITATÓRIO NA COMARCA DE
PRESIDENTE KENNEDY/ES**

GIOVANA GOMES RAMOS

Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de
Itapemirim (FDCI).
giovanagomesramos51@gmail.com

EMILLY DE FIGUEIREDO BARELLI

Professora Orientadora. Advogada. Especialista em Gestão Educacional e Práticas
Pedagógicas (FAMESC). Especialista em Direito Público (FAMESC). Especialista
em Direito Administrativo (FAVENI).
emillyf.barelli@gmail.com

RESUMO

A probidade administrativa é princípio estabelecido por lei, que vislumbra um comportamento íntegro e ético do agente público. Tal princípio, quando corrompido, enseja na concretização da improbidade, ato ilícito atentatório contra o erário público. Quando o indivíduo que exerce funções administrativas usa de meios públicos com o fim de alcançar benefício próprio ou para um terceiro determinado ocorre ali um desvio da moral, que caracteriza o ato ímprobo. O processo licitatório, regulado pela lei 14.133/21, quando procedido de forma a violar os direitos de terceiros e a beneficiar determinada empresa, é reconhecida a improbidade, devendo os agentes praticantes do ilícito serem responsabilizados nos limites estabelecidos pela lei.

PALAVRAS-CHAVE: Probidade. Improbidade administrativa. Licitação. Administração Pública.

ABSTRACT

Administrative probity is a principle established by law, which envisages an honest and ethical behavior of the public agent. This principle, when corrupted, leads to the realization of improbity, an illicit act against the public treasury. When the individual who performs administrative functions uses public means in order to achieve his own benefit or for a specific third party, there is a deviation from morals, which characterizes the disreputable act. The bidding process, regulated by law 14.133/21, when carried out in such a way as to violate the rights of third parties and benefit a particular company, is recognized as improbable, and agents who commit the illicit act must be held accountable within the limits established by law.

KEY WORDS: Probity. Administrative dishonesty. Bidding. Public administration.

1 INTRODUÇÃO

O legislador, de um modo geral, sempre se preocupou em enfatizar na lei a supremacia do interesse público, visando assim zelar pela efetivação do interesse coletivo sobre o do particular, impondo desta maneira a visão de superioridade da administração no que tange ao interesse individual de alguém.

Para Mazza (2017), a visão do interesse público como supremo interfere em sua interpretação, não podendo ser considerado como um dos demais princípios basilares, mas podendo ser considerado como um “supraprincípio”, haja vista sua indisponibilidade e superioridade quando confrontado por interesse de um particular.

Dessa maneira, o interesse da administração sempre foi assegurado por lei, tal como exemplo a desapropriação, estabelecida pelo artigo 5º, inciso XXIV da CRFB, garante o direito da administração de desapropriar propriedade privada do indivíduo em nome do interesse social

Nesse sentido, vê-se o zelo da lei em vincular ao poder público as outorgas necessárias para a manutenção do interesse coletivo, afinal, a priori, a administração tem como objetivo a representação de interesse da sociedade. E nesse contexto, surge a necessidade dos agentes que exercem funções administrativas de demonstrarem comportamento impessoal e moral, visando a não afetação do direito particular onde deve ser priorizado o interesse de toda uma coletividade.

Neste certame, quando é confiada a alguém a função de exercer as atividades administrativas, é esperado de tal indivíduo o resguardo dos princípios que regem o poder público, tal como a probidade em seus atos. Porém, a partir do lapso que é corrompido tais princípios, tendo as ações do agente espelhado manifestação e priorização do interesse particular, é rompida a moralidade e nasce deste contexto a improbidade administrativa, tal sendo o interesse do indivíduo sobressaindo perante o interesse de toda uma coletividade.

De tal modo, o presente artigo, apresentará a improbidade administrativa no meio do processo licitatório, ato procedimental tutelado pela lei 14.133/21, o qual caracteriza-se como a busca exercida pelo poder público de produtos e serviços que oferecem as melhores propostas para contratação, sendo em qualidade e em custo.

Assim, vê-se que o ato ímprobo na licitação refere-se a priorização do interesse particular no momento do processo licitatório, visando de tal maneira beneficiar um indivíduo em particular e ferindo desta forma os princípios constitucionais, tais sendo como a legalidade, livre concorrência, probidade, moralidade e demais fundamentos principiológicos que regulam a administração pública.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O processo licitatório, atualmente instituído pela Lei 14.133/2021, é o procedimento administrativo pelo qual as empresas privadas interessadas a prestar serviços ou fornecer produtos ao poder público devem se submeter, sendo este ato antecedente, de forma imprescindível, de qualquer contrato administrativo firmado com estas empresas (MARINELA, 2019).

A licitação tem por finalidade selecionar a empresa que mais beneficiará a administração pública, apresentando melhores condições e propostas mais atraentes. Desta forma, entende-se que o principal objetivo e a função deste procedimento é beneficiar o poder público, proporcionando os melhores valores de serviço. O professor e doutrinador Alexandre Mazza (2017), aponta uma segunda finalidade do

processo licitatório, sendo esta proporcionar às empresas em geral a mesma oportunidade de contrato. Segundo ele:

A realização do procedimento licitatório [...] sempre serviu a duas finalidades fundamentais: 1) buscar a melhor proposta, estimulando a competitividade entre os potenciais contratados, a fim de atingir o negócio mais vantajoso para a Administração; 2) oferecer iguais condições a todos que queiram contratar com a Administração (MAZZA, 2017, p. 525).

No momento em que o processo de licitação é corrompido e utilizado de maneira a beneficiar um particular, origina-se a improbidade administrativa, configurado como crime de responsabilidade. Este é vinculado ao princípio da moralidade, que ao ser corrompido gera tal responsabilização ao agente. Conforme dita o doutrinador Marcelo Caetano (1970, p. 684), que é obrigação do “funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades deles decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”.

Quando configurada a improbidade, destaca-se a aplicação da tríple responsabilização ao agente, a civil, penal e administrativa. Contudo, conforme destaca Mazza (2017), “é possível identificar uma quarta esfera de responsabilização do agente público (...), a saber: aquela decorrente da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – Lei n. 8.429/92”. (MAZZA, 2017, p. 821)

Conforme estabelecido pelo artigo 37, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil, se faz indispensável o preenchimento de determinados requisitos para que seja aplicável a responsabilização do ato de improbidade administrativa ao servidor público. Conforme firmado pela professora e doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016) é exigido os seguintes aspectos:

a) sujeito passivo: (...) entidades mencionadas no artigo 1º da Lei nº4.829; b) sujeito ativo: o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie (...); c) ocorrência do ato danoso descrito em lei(...), prejuízo ao erário ou atentado contra os princípios da Administração Pública(...), d) elemento subjetivo: dolo ou culpa (DI PIETRO, 2016, p. 983).

Nesse contexto, o Procurador de Contas Luciano Vieira, denunciou o prefeito de Presidente Kennedy/ES e os responsáveis pelo processo de licitação do município, por terem encontrado falhas nesse procedimento, sendo exigidos documentos específicos e desnecessários que dificultam o acesso de novas empresas a participarem do ato e favorecem outras que já possuem mais experiência na área. Tal ato é considerado impróprio e configura-se como improbidade administrativa, pois, conforme Fernanda Marinela (2019) diz em sua obra, tal ato se trata de uma ação “egocêntrica e artilosa, com o objetivo de angariar vantagens para a satisfação de interesses particulares, colocando em xeque o interesse da maioria” (MARINELA, 2019, p. 1065).

3. METODOLOGIA

O presente artigo utiliza-se de pesquisas bibliográficas em livros, artigos científicos e periódicos que tenham relação com o tema proposto, a fim de aprofundar e fundamentar os escritos com dados e opiniões de doutrinadores reconhecidos.

Além da pesquisa mencionada acima, será analisado casos concretos de improbidade administrativa em licitações no município de Presidente Kennedy/ES, averiguando peças judiciais que versam sobre o tema, como denúncias feitas pelo Ministério Público do estado do Espírito Santo e pelo Ministério Público de Contas do estado.

4. NOÇÕES INICIAIS SOBRE O PROCESSO DE LICITAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA NOS TERMOS DA LEI 14.133/2021

Conforme estabelecido pela Lei 14.133/2021, o processo licitatório promovido pelo poder público deve ter alcance estendido a todas as empresas interessadas em se tornarem licitantes, gerando a livre oportunidade de concorrência. As empresas privadas que possuem tal pretensão, detêm o direito legal de não encontrar empecilhos que dificultem o seu cadastro para a participação do ato (MAZZA, 2017).

Perante o regimento legal, o processo licitatório deve ser justo e acessível a qualquer empresa interessada no contrato administrativo. Deste modo, ao redigir o edital de licitação, o poder público deve se atentar a exigir apenas os documentos necessários à realização do serviço e exigidos em lei, não se atendo a documentações que dificultem o acesso às novas licitantes (CARVALHO, 2022).

Entretanto, em diversos municípios do estado do Espírito Santo, incluindo o de Presidente Kennedy, têm-se encontrado falhas nesse procedimento, sendo exigidos documentos específicos e desnecessários que dificultam o acesso de novas empresas a participarem do ato e favorecem outras que já possuem mais experiência na área. Tal ato é considerado impróprio e configura-se como improbidade administrativa, pois utiliza o meio licitatório para beneficiar empresas específicas (CARVALHO, 2022).

4.1 LICITAÇÃO PÚBLICA: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E HIPÓTESES NORMATIVAS

O processo licitatório, em que estão sujeitas tanto a administração pública direta e indireta, atualmente instituído pela Lei 14.133/2021, é o procedimento administrativo pelo qual as empresas privadas interessadas a prestar serviços ou fornecer produtos ao poder público devem se submeter, sendo este ato antecedente, de forma imprescindível, de qualquer contrato administrativo firmado com estas empresas (DI PIETRO, 2016).

A licitação tem por finalidade selecionar a empresa que mais beneficiará a administração pública, apresentando melhores condições e propostas mais atraentes. Desta forma, entende-se que o principal objetivo deste procedimento é beneficiar o poder público, proporcionando os melhores valores de serviço. O professor e doutrinador Alexandre Mazza (2017) aponta uma segunda finalidade do processo licitatório, sendo esta proporcionar às empresas em geral a mesma oportunidade de contrato. Segundo ele:

A realização do procedimento licitatório [...] sempre serviu a duas finalidades fundamentais: 1) buscar a melhor proposta, estimulando a competitividade entre os potenciais contratados, a fim de atingir o negócio mais vantajoso para a Administração; 2) oferecer iguais condições a todos que queiram contratar com a Administração (MAZZA, 2017, p. 525).

Para que seja aplicada a licitação deve-se coadunar a presença de três hipóteses necessárias, sendo elas o motivo lógico, jurídico e fático. Conforme demonstra Fernanda Marinela (2019, p. 398), o pressuposto lógico consiste na diversidade de objetos e ofertantes, ou seja, várias empresas competindo por um contrato. A pluralidade é indispensável uma vez que, não há que falar em licitação de bens ou serviços que sejam únicos e singulares. Já o motivo jurídico objetiva manter e preservar o interesse público, enquanto o viés fático enfatiza a necessidade de que haja interessados no ato licitatório, pois sem o interesse no contrato não há porque a licitação existir (MARINELA, 2019).

De tal maneira, subentende-se que ao instituir tal procedimento como dever, a Administração pública garante para si melhores condições e contratos, como também é assegurado a todas as empresas que preencherem os requisitos estabelecidos – tanto em lei como no próprio ato expedido pelo poder público, o direito de firmar um contrato com o ente.

Neste certame, a doutrina majoritária entende como natureza jurídica da licitação o procedimento em si. Conforme a doutrinadora Fernanda Marinela (2019, p. 379): "[...] Licitação é um procedimento administrativo destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas [...]". O Supremo Tribunal Federal reconheceu, na ADI 3.070, que a licitação é procedimento, onde o interesse público é basilar.

O artigo 2º da Lei 14.133/21 traz em seu enredo as hipóteses em que a aplicação da licitação se faz necessária e insubstituível, sendo estas:

Art. 2º Esta Lei aplica-se a:

I - alienação e concessão de direito real de uso de bens;

II - compra, inclusive por encomenda;

III - locação;

IV - concessão e permissão de uso de bens públicos;

V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados;

VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia;

VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação

(BRASIL, 2021).

O ato licitatório, como já visto, além de determinar os produtos e serviços a serem contratados, também vislumbra a permanência dos direitos constitucionais das empresas, proporcionando-as igualdade e a livre concorrência. Contudo, existe a hipótese, estabelecida na Lei 14.133/21, em seu artigo 75, que dispensa a necessidade de aplicação da licitação, possibilitando uma contratação rápida e direta. Têm-se como exemplo, os casos de aquisição de medicamentos específicos para o tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde. Assim, um indivíduo portador de doença reconhecida como rara, cujo remédio para tratamento possui um preço elevado e difícil acesso, não precisará esperar o transcorrer dos prazos do ato licitatório para iniciar o seu tratamento.

Do mesmo modo, conforme o inciso I do artigo e Lei acima mencionados, será dispensada a licitação para casos de obras e serviços de engenharia ou de manutenção de veículos automotores em que o custo total seja inferior a R\$100.000,00 (Cem mil reais).

Neste certame, a Lei 14.133/21, traz como regra a necessidade do processo licitatório, contudo, tem como exceção a dispensa deste ato quando se tratar de produtos ou serviços específicos e quando preenchidos os requisitos impostos pelo artigo 75, em que determina as únicas possibilidades de contratação livre, sem que esteja sujeita a nulidade (MARINELA, 2019).

4.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À LICITAÇÃO

A licitação obedece a uma série de princípios públicos, que norteiam o processo. Esses princípios basilares estão inseridos no artigo 5º da Lei 14.133 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Sendo a redação esta:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)(BRASIL, 2021).

Constando a título de exemplo, ao observarmos o conceito e a finalidade do processo licitatório, destaca-se o princípio do interesse público, onde a principal finalidade deste ato é, como afirma Mazza (2017, p. 525): “[...] buscar a melhor proposta para o poder público”.

Também como princípio basilar vê-se a isonomia e a impessoalidade, afinal, ao tornar o processo licitatório indispensável para contratação, confere a todas as empresas privadas que tiver interesse nos contratos administrativos a oportunidade de se tornar uma empresa licitada (DI PIETRO, 2022).

A probidade administrativa, caracterizada como princípio constitucional fundamental, está elencada tanto no artigo 5º da Lei 14.133, como também no artigo 37, § 4º da CRFB, em que impõem a necessidade dos funcionários inseridos no poder público de trabalharem fundados na honestidade. Conforme a autora Fernanda Marinela (2019), a probidade requer dos funcionários o respeito à moralidade e à ética. Sendo indispensável uma conduta irrepreensível.

Os princípios, de um modo geral, norteiam as contratações feitas pelo Poder Público, indicando os caminhos que devem ser percorridos, vindo a respeitar os direitos constitucionais da empresa, como os da Administração. A vinculação do edital, princípio elencado no artigo 5ª da supramencionada lei, estabelece a necessidade da observância quanto aos requisitos estabelecidos em edital, devendo a empresa apresentar sua proposta baseada em tais fundamentos. O aceite, por parte do Poder Público, de uma proposta que foge dos parâmetros anteriormente definidos, viola não apenas o princípio da vinculação do edital, como também o da igualdade, afinal, enquanto algumas empresas se prendem ao que foi estabelecido no instrumento convocatório, outras são beneficiadas pelo desvirtuamento das condições previamente definidas. Deste modo, a inobservância dos requisitos impostos gera a nulidade do ato.

5. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ATO LICITATÓRIO

A probidade administrativa, princípio tutelado pela Lei 8.429/92, recentemente alterada pela lei 14.230/21, estabelece a importância de o agente público possuir uma conduta íntegra, sendo caracterizado como improbidade todo o desvio de caráter que configure fato típico e ilícito, e que fira os preceitos da moralidade administrativa, agindo de forma desonesta no setor público o qual esteja inserido (FIGUEIREDO, 2004).

No momento em que o processo de licitação é corrompido e utilizado de maneira a beneficiar um particular, origina-se a improbidade administrativa, configurado como crime de responsabilidade. Este é vinculado ao princípio da moralidade, que ao ser corrompido gera tal responsabilização ao agente. Conforme dita o doutrinador Marcelo Caetano (p. 684), é obrigação do “funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades deles decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”.

Quando configurada a improbidade, destaca-se a aplicação da tríplice responsabilização ao agente, a civil, penal e administrativa. Contudo, conforme destaca Mazza (2017, p. 821), “é possível identificar uma quarta esfera de responsabilização do agente público (...), a saber: aquela decorrente da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – Lei n. 8.429/92” (MAZZA, 2017, p. 821).

Conforme estabelecido pelo artigo 37, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil, se faz indispensável o preenchimento de determinados requisitos para que seja aplicável a responsabilização do ato de improbidade administrativa ao servidor público. Conforme firmado pela professora e doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016) é exigido os seguintes aspectos:

[...] a) sujeito passivo: (...) entidades mencionadas no artigo 1º da Lei nº4.829; b) sujeito ativo: o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie (...); c) ocorrência do ato danoso descrito em lei(...), prejuízo ao erário ou atentado contra os princípios da Administração Pública(...), d) elemento subjetivo: dolo ou culpa (DI PIETRO, 2016, p. 983).

O ato licitatório está intimamente ligado ao princípio da probidade, vez que, garante ao poder público melhores contratos, como também assegura uma disputa isonômica às empresas interessadas a serem contratadas, o direito de concorrer à vaga. Com isso, observa-se que o processo de licitação é ato ligado intimamente ao princípio de probidade, sendo que, quando um agente público dispensa de forma indevida a licitação, ou a procede de forma viciosa, surge a responsabilização gerada pelo ato de improbidade (OSÓRIO, 2010).

5.1 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS PRINCÍPIOS INERENTES

A nova lei 14.230, que tutela a perpetuidade da probidade administrativa, traz como pedra angular a responsabilização dos agentes que praticam atos contra o patrimônio público, ferindo desta forma sua integridade. Referida por Fernanda Marinela (2019) como um ato desonesto e revestido de má-fé, a improbidade é a manifestação do desvio de conduta ética e a inversão dos valores sociais, tais como honestidade e a própria virtude.

Torna-se um ímprobo aquele que, segundo as palavras da doutrinadora Fernanda Marinela (2019, p.1066) “abusar do poder que é conferido a alguém ou a si mesmo em razão do exercício de uma função pública, com a finalidade de tirar proveito para si ou para outrem, causando prejuízo relevante ao bem comum”. Desta forma, vê-se como agente praticante da improbidade aquele que é cerceado de conduta interesseira e corrupta.

Identificam-se como os principais princípios da administração pública, elencados no artigo 37 da CRFB, feridos pelo ato de improbidade a moralidade, legalidade e a probidade administrativa. Tais princípios envolvem o dever do agente

a portar-se de forma legal e ética, contudo surge entre os operadores do direito a dificuldade de delimitar as diferenciações entre a moralidade e a probidade. Para Di Pietro (2016) não há diferença entre estes dois princípios, sendo que ambos promovem o ideal da honestidade no que se refere aos bens públicos.

Contudo, Fernanda Marinela (2019) diferencia moralidade como sendo “ideia de honestidade, de correção de atitudes”, já a probidade tem seu sentido voltado ao “dever funcional”, sendo a primeira redigida na constituição como princípio e segunda como um caminho ético que o agente público deve seguir.

A improbidade também é um ato atentatório contra os demais princípios da administração pública, tal como a legalidade, que restringe à administração e aos seus servidores a agirem nos limites legais, sendo coibidos a fazer apenas aquilo que a lei os permite. Desta maneira o ato ímprobo fere o cerne legal, pois o indivíduo passa a executar atos que não estão predeterminados em lei e que não atendem os requisitos para serem considerados como ato discricionário (DI PIETRO, 2016).

Sendo assim, a improbidade configura-se como um termo que qualifica os atos praticados pelos agentes públicos corruptos, cujas atitudes refletem um ceio antiético e imoral, tendo suas condutas ferido os princípios constitucionais que norteiam a ordem pública, apresentando assim, operando de forma a se beneficiar com os bens públicos de forma ilegal (MARINELA, 2019).

5.2 SANÇÕES APLICÁVEIS AO ATO DE IMPROBIDADE EM LICITAÇÕES PÚBLICAS SOB O PRISMA DAS LEIS Nº 14.230/2021

Por mais que a prática da improbidade administrativa tenha o seu sentido único de violação da probidade e do erário público, a lei 14.230 destaca diferenciações quanto ao ato praticado e a proporcionalidade da sanção que lhe será imposta. O artigo 12 da referida lei menciona as hipóteses de aplicação das medidas, elencados os casos em que deverão ocorrer (MAZZA, 2017).

Conforme segue narrado no texto legal, os agentes praticantes do ato ímprobo estarão sujeitos às cominações impostas pela lei, mesmo que tenham ressarcido o erário público de forma integral, do dano anteriormente sofrido. Tais sanções estão entabuladas no artigo 37, §4º da Constituição, sendo determinadas 03 possíveis cominações, aplicáveis a depender da caracterização do ato praticado. As opções mencionadas pelo texto da suprema carta envolvem a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (DI PIETRO, 2016).

A lei 14.230/21, em seu artigo 12, parágrafo 4º, elenca três hipóteses que caracterizam ato de improbidade, divididas de acordo com a gravidade do fato praticado. Conforme o inciso I, os casos que se enquadrarem com o artigo 9º da referida lei, tal sendo atos que geram enriquecimento ilícito, receberão como sanção a perda dos bens e valores que foram objeto do ilícito, terão seus direitos políticos suspensos, estarão sujeitos ao pagamento de multa cível e, por fim, estarão impossibilitados de receberem quaisquer benefícios provenientes do poder público (DI PIETRO, 2016).

Há ainda a segunda hipótese de sanção, estabelecida pelo inciso II da lei supra mencionada, em seu artigo 12, sendo tal cominação aplicada às práticas de improbidade quando se fizerem caracterizadas pelo artigo 10 da referida lei. Tal artigo especifica que nesta opção, o sujeito praticante do ilícito deve ter causado danos ao erário, por meio de uma ação ou omissão comprovadamente dolosa. O presente ato

comina no pagamento de multa civil calculada nos parâmetros do prejuízo e na proibição de receber benefícios provindos da administração pública (MARINELA, 2019).

Por fim, enquadra-se na terceira hipótese, presente no inciso III, o agente que atentar contra os princípios constitucionais da administração pública, conforme o artigo 11 desta lei, sendo este o ato menos grave em comparação aos demais. Em resposta à prática ilícita, o agente ficará sujeito a pagamento de multa cível e de ser beneficiado pela administração pelo prazo de 04 anos (MAZZA, 2017).

A lei 14.133/21 também possui em seu artigo 156 um rol de possíveis aplicações de sanções aos agentes que praticarem ato ímprobo no ceio do processo licitatório, sendo elencadas três opções base, constituídas por advertência; multa; impedimento de licitar e contratar; declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Tal como a aplicação de sanção imposta pela lei de 14.230, a lei de licitações deixa a aplicabilidade das cominações sujeitas à proporção do fato ilícito praticado. Sendo analisados os termos expostos pelos parágrafos do artigo mencionado, que determinam as cominações que devem ser impostas para cada hipótese de fato praticado (MARINELA, 2019).

5.3 O Acordo de Não Persecução Cível

Conforme se sabe, por toda ação resultar em uma reação, o agente do ato ímprobo toma para si a responsabilização pela prática inidônea, viabilizando desta forma a aplicação de sanções ao indivíduo que descumpriu a norma e os princípios previamente impostos (DI PIETRO, 2016).

A princípio, o ordenamento jurídico manifesto pela lei 8.429/92, não permitia a aplicação da Não Persecução Cível nos casos de Improbidade Administrativa, sendo inviável a realização de possíveis conciliações e acordos. Conforme expressa o autor (SÁ, 2021), acredita-se que a vedação aos métodos de transação para solução de conflitos tenham sido vedados na mencionada lei pois no momento histórico em que foi criada, sendo em 1992, o ordenamento jurídico ainda considerava a indisponibilidade pública como um princípio absoluto, não havendo nem sequer a possibilidade de tal transação nos demais processos (SÁ, 2021).

Contudo, com o advento da lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), passou-se a permitir a utilização do instituto da não persecução cível nos casos de improbidade Administrativa, sendo admitido, desta forma, a aplicação de um novo viés, uma nova possibilidade para a resolução da problemática em questão e a responsabilização pelos agentes ímprobos (BARELLI, 2021).

Com o advento da mencionada alteração normativa, emergiu do seio jurídico tal alternativa que será aplicada conforme as especificidades do fato ocorrido, sempre possuindo como objetivo principal a permanência e vantagem do interesse público, tanto como a observância dos princípios que norteiam o poder público. Conforme Neves e Ferreira Filho (2017) mencionam:

A utilização de meios consensuais de solução de litígios no âmbito da Administração Pública pode trazer diversas externalidades positivas como o atendimento às exigências de legitimidade da decisão administrativa; a pretensa desburocratização dos procedimentos decisórios; a sua efetividade, diante de resultados qualificados, especialmente em face da aceitação dos agentes envolvidos; além de ajudar no enfrentamento vivenciado pela crise do judiciário brasileiro (NEVES; FERREIRA FILHO, 2017, p. 60).

Por esta forma, é possível observar que a inserção do método de solução de conflitos como viés para decidir sobre atos que violem a probidade administrativa tem se mostrado propenso a ser vantajoso para a Administração Pública, visto que evita-se a abertura de novas ações civis públicas, alcançando assim uma decisão de forma célere e eficaz ao caso concreto (NEVES; FERREIRA FILHO, 2017).

Veja-se, o instituto da não persecução cível possui como base para sua aplicação o mencionado na Resolução 119/2020 do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público de São Paulo, tendo as seguintes pontuações:

[...] a possibilidade de duração razoável do processo, a efetividade das sanções aplicáveis e a maior abrangência de responsabilização de agentes públicos, de terceiros envolvidos no ilícito ou que dele tenham auferido vantagem indevida de qualquer natureza (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2020)

Desta forma, destaca-se a eficiência dos acordos transacionados entre o Ministério Público e o agente do ato ímprobo, propiciando ao poder público a preservação de seus interesses. Tal instituto possui como fulcro basilar que viabiliza a sua aplicação, o artigo 17-B da Lei 14.230/2021, facultando ao Ministério Público a utilização da não persecução cível, no caso concreto. Neste feito, o promotor, após observar o fato e as circunstâncias envolvidas, possui como decisão facultada propor ao autor do ilícito ação de não persecução cível, podendo por este ser aceita ou não (BARELLI, 2021).

Entretanto, cumpre-se destacar que é estabelecido pela lei 14.230/2021, em seu inciso I e II, parâmetros para a legitimidade da aplicação da não persecução cível, devendo o acordo celebrado resultar em pelo menos um dos itens mencionados, tais sendo: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. Também como fator requisitório possui-se os incisos I, II e III, do parágrafo 1º, do artigo e lei acima mencionados, tais expressam que:

§ 1º A celebração do acordo a que se refere o **caput** deste artigo dependerá, cumulativamente: I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa (BRASIL, 2021, art. 17-B).

Deste modo, a aplicação da não persecução cível dar-se-á em conformidade aos fatores externos ocorridos, sendo analisado o grau de dano ao poder público outrora cometido, como também a permanência do princípio da prevalência do interesse público, como a vantagem proporcionada à Administração (BARELLI, 2021).

No decorrer da aplicação deste instituto, as sanções cabíveis estão dispostas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, tendo como exemplo a perda da função pública exercida pelo agente, suspensão dos direitos políticos por até 14 anos, perda dos valores ou bens somados ao patrimônio de forma ilícita, dentre demais hipóteses de sanção. A aplicação das referidas sanções se darão em conformidade com o ato praticado, sendo analisado o fato concreto e o real dano ao erário público, utilizando-se do princípio da proporcionalidade. Veja-se, como um adendo a este entendimento, expressa da seguinte forma o autor Castro, (2020):

[...] o desvalor da ação materializa-se na análise das características pessoais do agente público, assim como sua posição hierárquica na estrutura organizacional, fatores indispensáveis para sopesar, a maior ou menor, responsabilidade do agente público, ao passo que o desvalor do resultado se materializa no grau de afetação ou das consequências advindas do ato ímprobo. O exame dos referidos fatores é fundamental para se aquilatar as sanções que devem ser propostas no acordo de não persecução cível (CASTRO, 2020, p. 224).

Concernente a isto, no momento da aplicação da sanção, em que se procede com o acordo de não persecução cível, será utilizado dos fatores principiológicos derivados da proporcionalidade, a fim de aplicar uma multa tangível e de acordo com a realidade do agente. Desta forma, o juízo tem a possibilidade de homologar uma multa aumentada visto a situação econômica do autor do ilícito (CASTRO, 2020).

6. COMARCA DE PRESIDENTE KENNEDY/ES: DADOS E APLICAÇÕES PRÁTICAS

Conforme disposto na legislação que versa sobre a Improbidade Administrativa, quando ocorre um ato ímprobo o Ministério Público deverá oferecer uma denúncia em face do agente do ato ilícito. Com efeito, em julho de 2020, o Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo ofereceu uma representação em face do Prefeito interino, à época, de Presidente Kennedy-ES, como também em face do Secretário de Meio Ambiente, do Engenheiro Ambiental, de dois Engenheiros Cíveis e do Procurador-Geral, agentes e servidores do Município de Presidente Kennedy (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2020).

Os fatos que propiciaram a representação contra os servidores públicos mencionados, chegaram ao conhecimento do Ministério Público através de uma averiguação no portal da transparência da Prefeitura de Marechal Floriano e por meio do pregão oficial número 003/2019, tomou-se conhecimento do processo de licitação feito com o objetivo de contratar empresa de engenharia especializada em limpeza e conservação pública, tanto urbana como rural. O valor do pagamento mensal fixo na proposta da empresa vencedora Fortaleza Ambiental Gerenciamento de Resíduos Ltda. foi de R\$ 519.900,00 e valor anual de R\$ 6.238.800,00 (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2020).

Ocorre que, o Município de Presidente Kennedy - ES também, em seu processo licitatório, contratou a referida empresa para a prestação do mencionado serviço especializado, por meio do contrato 180/2019. Deste modo, instaurou-se pela Procuradoria de Contas através da Portaria de Instauração n. 00001/2019-7, um inquérito Administrativo, com o fim de analisar possíveis incoerências do processo licitatório com a lei (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2020).

A fundamentação basilar da representação em face dos servidores públicos de Presidente Kennedy - ES, foi constituída primeiramente da ausência de demonstração da vantajosidade na licitação para o poder público, visto que, no documento do contrato o processo administrativo n. 19612/2019 de adesão do município de Presidente Kennedy à ata de registro de preços n. 001/2019 de Marechal Floriano não continha documentação que comprovasse a vantagem gerada ao poder público por meio do contrato mencionado, como também não ocorreu a devida pesquisa de preços, a fim de encontrar as empresas com melhores propostas. Neste certame, redige o art. 8º do Decreto n. 7/2011, expondo que:

Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem (g. n.)

Ademais aos fatos expostos, tem-se o sobrepreço no valor de contratação dos serviços da empresa, em comparação a demais contratações referentes ao mesmo tipo de serviços, em que feitos os cálculos o superfaturamento aproxima-se do valor de R\$ 1.344.113,56, em comparação à Prefeitura de João Neiva e de Fundão.

Noutro giro, tem-se como fato ilícito praticado o descumprimento do prazo para inserção de dados no sistema Geo-obras, afinal, não respeitaram o prazo estabelecido pela Resolução TC n. 245/2012 para a disponibilização de informações ao Geo-obras referentes ao contrato 180/2019, sendo classificada tal conduta como omissiva (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2020).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por derradeiro, conclui-se que a Licitação é procedimento indispensável no meio da administração pública, visto que objetiva zelar pela igualdade de condições às empresas interessadas em um contrato público, oportunizando a todos a possibilidade de participar de tal processo de contratação e apresentar os valores de seus serviços. Destaca-se também, como fator relevante da licitação a busca pela vantajosidade ao poder público, em que só será contratada a empresa que possuir a melhor proposta ofertada.

A licitação além de zelar pelos princípios constitucionais conferidos às empresas, como a igualdade e a livre concorrência, também zela pelos princípios constitucionais conferidos à Administração Pública, tais sendo a transparência, a supremacia do interesse público, dentre outros. De modo que, advindo fato ilícito referente à licitação, o agente autor do ato será responsabilizado nos limites da lei de improbidade administrativa. Desta forma, observa-se que a Lei de Improbidade tutela a prevalência da probidade nos atos públicos, não permitindo que o servidor retire vantagens para si ou para outrem do erário público. Tal ilícito gera crime de responsabilidade, pois ao violar a moralidade, sujeita-se o agente à obrigação de ressarcir os cofres públicos e de ser submetido às demais sanções previstas em lei.

Deste modo, passando a estar sujeito às sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa, o agente do fato ilícito, além de ser determinado ressarcir os cofres públicos, poderá ser aplicada multa, sendo o valor relativo, afinal o princípio da proporcionalidade impulsiona a analisar o caso concreto e a situação econômica do agente. Há, inclusive, a perda do cargo público exercido pelo autor do fato, sendo analisadas as circunstâncias processuais a fim de determinar qual a proporcionalidade adequada de medidas sancionatórias que serão aplicadas ao servidor.

Com efeito, a Lei de Improbidade Administrativa tutela a moralidade, e a supremacia do interesse público, princípios exigidos no seio público para a permanência da probidade, que se violada no ato da licitação, gerar-se-á responsabilização para o agente e se tornará nulo tal processo.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. **Lei de Improbidade Administrativa**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Municipal nº788 de Presidente Kennedy**, Disponível em: <http://legislacaocompilada.com.br/kennedy/Arquivo/Documents/legislacao/html/D72011.html>. Acesso em: 19 set. 2022.

CASTRO, Renato de Lima. **Acordo de não persecução cível na lei de Improbidade administrativa**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 77, p.209- 235, jul./set. 2020. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato_de_Lima_Castro.pdf. Acesso em: 10 set. 2022

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forence, 1970.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 7ª ed. p. 525, São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 13ª ed. P. 1065, São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 7ª ed. p. 821, São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Nota técnica nº 02/2020. PGJCAOPP**. Fornece subsídios aos membros do Ministério Público para a celebração de acordos de não persecução cível, em conformidade com a Lei nº 13.964/2019, com a Resolução 179/2017 do CNMP e com a Resolução 1.193/2020 do CPJ.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. **Contrapesos de uma administração pública consensual: legalidade versus eficiência.** Interesse Público, Belo Horizonte, v.19, n.103, p. 49-77, maio/jun. 2017. Disponível em: <https://www.procuradoria.go.gov.br/files/ArtigosPRO/Marcilio/Artigo4.pdf>. Acesso em: 06 set. 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa.** 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

SÁ, Acácia Regina Soares de. **O acordo de não persecução civil nas ações civis públicas por improbidade em curso.** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 1 fev. 2021. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-01/acacia-sa-acordo-naopersecucao-civil-improbidade#author>. Acesso em: 10 set. 2022