

VITÓRIA MARQUES DE OLIVEIRA DIAS

**O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO PELO PODER PÚBLICO E O ARTIGO  
59 DA LEI 8.666/93**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2021

VITÓRIA MARQUES DE OLIVEIRA DIAS

**O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO PELO PODER PÚBLICO E O ARTIGO  
59 DA LEI 8.666/93**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor M.e Alessandro Gonçalves da Paixão.

ANÁPOLIS — 2021

VITÓRIA MARQUES DE OLIVEIRA DIAS

**O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO PELO PODER PÚBLICO E O ARTIGO  
59 DA LEI 8.666/93**

Anápolis/GO, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021.

Banca Examinadora

---

---

## RESUMO

O presente estudo de conclusão de curso expõe algumas das fragilidades da Administração Pública diante da falta de outros institutos e mecanismos para solucionar vícios e irregularidades presentes em licitações e contratos de prestação de serviços, que não seja o instituto do reconhecimento de dívida. A Lei de Licitações estabelece normas gerais para a formalização de contratos administrativos e licitações referentes as obras e serviços nos âmbitos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Nesse aspecto, é também através desta lei, que se prevê a possibilidade de indenização ao particular, quando as contratações resultarem irregulares ou viciosas. O questionamento principal está em torno do instituto legal, previsto no art. 59 da referida lei, pois apesar deste estabelecer certas exigências para se reconhecer a dívida e de fato gerar uma indenização, estas são questionáveis e superficiais diante dos casos em que é utilizado. Portanto, é possível visualizar lacunas deixadas pelo legislador e ainda, verificar sérias consequências, tornando necessário a análise acerca do enriquecimento ilícito pelo Poder Público sob a ótica do artigo 59 da Lei 8.666/93.

**Palavras chave:** Dívida. Licitações. Enriquecimento. Ilícito. Poder. Público.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>01</b>
<b>CAPÍTULO I – VÍCIOS E NULIDADES NOS CONTRATOS E LICITAÇÕES PÚBLICAS</b> .....	<b>03</b>
1.1 – O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NO BRASIL .....	03
1.2 – OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM ESPÉCIE .....	06
1.3 – O GESTOR PÚBLICO COMO APLICADOR DA LEI .....	12
1.4 – O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO .....	15
<b>CAPÍTULO II – VÍCIOS E NULIDADES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO ADMINISTRATIVO</b> .....	<b>19</b>
2.1 – AS PRINCIPAIS NULIDADES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO .....	19
2.2 – AS PRINCIPAIS NULIDADES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO .....	22
2.3 – O PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA A APURAÇÃO DO ERRO .....	24
2.4 – DESFAZIMENTO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO PELOS INSTITUTOS DA REVOGAÇÃO E ANULAÇÃO .....	26
<b>CAPÍTULO III – AS PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DE DÍVIDA E DA INDENIZAÇÃO AO PARTICULAR</b> .....	<b>28</b>
3.1 – BANALIZAÇÃO DO INSTITUTO LEGAL .....	28
3.2 – APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS .....	30
3.3 – A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO .....	33
3.4 – O IMPACTO NEGATIVO NA RELAÇÃO EMPRESA E ENTE ESTATAL .....	35
3.5 – O RECONHECIMENTO DE DÍVIDA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES .....	37
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>39</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>41</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico aborda uma análise sobre o mecanismo do reconhecimento de dívida, alternativa apresentada pela Lei de Licitações para a Administração Pública em casos concretos de contratação para prestação de serviços ou de aquisição de objetos de forma irregular. O instituto legal, artigo 59 da Lei 8.666/93, cada vez mais é utilizado como mecanismo de fuga para a indenização ao particular pelo Poder Público.

Em 03 (três) capítulos serão abordados os principais aspectos em torno do tema, desde as características gerais do procedimento licitatório, os tipos de contratos administrativos, os vícios e nulidades nas licitações públicas, finalizando com as consequências do instituto legal. Desse modo, será possível analisar o tema tanto de uma forma geral como específica, passando por todas as fases que levam a indenização ao particular, bem como constatar a conexão complexa entre esse mecanismo e o enriquecimento ilícito pelo Poder Público.

O primeiro capítulo abordará os vícios e nulidades nos contratos e licitações públicas, apresentando as características gerais acerca do tema, bem como os tipos de contratos que estão previstos no Direito Administrativo. Além disso, traz também a análise da aplicação das leis pelos gestores públicos, com enfoque na aplicação da lei de licitações e a análise para entendimento do que é o enriquecimento ilícito.

Esse capítulo se mostrará extremamente importante, no qual será possível entender com maiores detalhes o tema a ser abordado, pois conterá informações necessárias para compreender de ponta a ponta o que é o procedimento licitatório, suas características, até a formação dos contratos administrativos. Também será possível somar a este entendimento o papel do gestor público, principalmente ao

aplicar devidamente as leis, para com isso, chegarmos ao enfoque do tema, que é o enriquecimento ilícito.

Já no capítulo dois, poderão ser encontrados aspectos mais específicos acerca dos vícios e das nulidades do procedimento licitatório e do contrato administrativo, pois nesse capítulo serão abordadas as principais nulidades, tanto do procedimento, tanto do contrato, bem como a forma de atuação da Administração Pública diante de casos concretos, que culmina na tomada de decisões necessárias e corretas.

Entender como é realizado o procedimento administrativo para a constatação e apuração da nulidade ou erro, é importante pois, está intrinsecamente ligado ao tema abordado além de ser peça chave para compreender a problemática do presente estudo.

Por fim, no terceiro capítulo poderá ser verificadas as principais consequências do instituto legal do reconhecimento de dívida e da indenização particular. Cada subcapítulo trata de determinadas problemáticas enfrentadas pela Administração Pública. Esse capítulo adentra de maneira mais profunda o tema, pois os assuntos que foram abordados no primeiro e segundo capítulo, desenvolveram uma estrutura lógica e fundamentada, para permitir uma análise objetiva das consequências do enriquecimento ilícito e o Poder Público e o art. 59 da Lei nº 8.666/93.

# **CAPÍTULO I – VÍCIOS E NULIDADES NOS CONTRATOS E LICITAÇÕES PÚBLICAS**

## **1.1 – O procedimento licitatório no Brasil:**

Segundo (MAZZA, 2013), a licitação é um procedimento administrativo pelo qual entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, estabelecendo uma competição a fim de celebrar contrato com quem oferecer a melhor proposta. Desse modo, para a Administração Pública celebrar todo e qualquer contrato de prestação de serviços e ou produtos, é obrigatório a realização de um procedimento licitatório. Justifica-se tal exigência, uma vez que é através deste procedimento que o Estado garante a todos os que possam se interessar, uma concorrência justa e isonômica.

Dessa forma, é possível então definir a licitação como um conjunto de atos administrativos que visam como objetivo final o procedimento licitatório, pois os atos da administração somados com os atos do licitante, formam a vontade mútua contratual. Sendo assim, o ente público exercendo sua função administrativa, abre a todos os interessados que se enquadrem nas condições estabelecidas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentar suas propostas e dentre estas, será escolhida a mais benéfica ao interesse público para a celebrar o contrato. (DI PIETRO, 2017).

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, inciso XXI, estabelece as condições para a realização de licitações e contratos pela Administração Pública, regulamentado e disciplinado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, vigente até o presente estudo. É através desta lei, que o Estado encontra o

caminho da legalidade para garantir que os atos por ele realizados, estejam de acordo com os princípios básicos do direito e, essencialmente com o princípio da isonomia, estabelecendo a principal função do procedimento licitatório, conforme o artigo 03 da respectiva lei.

O procedimento licitatório no Brasil garante a celebração de contratos para prestação de serviços e ou aquisição de produtos de forma isonômica e pública, a todos os interessados, conforme o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal (1988). É um procedimento burocrático, em razão da sua complexidade e do objetivo pelo qual é realizado, entretanto, a contratação pela Administração Pública, significa não só a garantia de serviços e produtos essenciais para a população, mas, também garantia do controle da aplicação da verba pública.

A obrigatoriedade do procedimento licitatório estabelecido pela Constituição Federal de 1988, artigo 37, inciso XXI, determina a Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios que a contratação de obras, serviços, compras e alienações serão mediante processo de licitação pública, a fim assegurar a paridade dos interessados e as condições, conforme os termos da lei. Portanto, o procedimento licitatório é indispensável para todos os entes públicos no exercício da função administrativa, sendo válido também aquelas entidades privadas que exerçam função pública, ainda que possuam personalidade jurídica privada (DI PIETRO, 2017).

Dessa forma, o Ente Público com a necessidade de realizar contratações, seja para prestação de serviços ou para a aquisição de produtos, deverá recorrer ao procedimento licitatório como obrigatoriedade, devendo nessa etapa verificar qual a modalidade que melhor se enquadrará na necessidade apresentada, levando em consideração o objeto, a finalidade, o caráter de urgência e o recurso financeiro.

A Lei nº 8.666/93 instituiu cinco modalidades de licitação, conforme o artigo 22, quais sejam, concorrência; tomada de preços; convite; concurso; leilão. O legislador, ao desenvolver a regulamentação do processo licitatório, não só estabeleceu as modalidades que compreenderiam este instrumento administrativo, mas também se preocupou em determinar critérios para a aplicação de cada uma. Tais critérios estão previstos no artigo 23 da Lei de Licitações e devem, os servidores

públicos, se atentarem as condições preestabelecidas, uma vez que a aplicação nos moldes da lei, resulta em um procedimento licitatório célere e eficaz.

É importante ressaltar que o artigo 22, parágrafo 8º, veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das modalidades já preexistentes. Entretanto, houve a criação de uma nova modalidade através da Medida Provisória nº 2026 de 04 de maio de 2000, denominada Pregão, que posteriormente foi convertida na Lei nº 10.520, de 17 de fevereiro de 2002. Essa modalidade é regulamentada pela respectiva lei e em caso de lacunas, aplica-se as normas da Lei nº 8.666/93 subsidiariamente e os respectivos decretos.

Na modalidade de concorrência, é considerado para (DI PIETRO, 2017) como o carro-chefe, a ampla publicidade do procedimento, uma vez que, quanto mais é divulgado, maior o alcance em busca de licitantes interessados que irão se enquadrar nos requisitos previstos em edital. Destaca-se também a universalidade, através da publicação nos Diários Oficiais e jornais de grande circulação, ressaltando o limite orçamentário desta modalidade em que, para obras e serviços de engenharia, o valor total da licitação deve ser acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais) e, para compras e serviços não incluídos acima o valor deve ser acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão e quatrocentos e trinta mil reais), conforme o Decreto nº 9.412 de 18 de junho de 2018, art. 1º, inciso I, alínea c), e inciso II, alínea c).

Já a modalidade de tomada de preços, em que os interessados são aqueles que possuem registro cadastral, para (MAZZA, 2013), é a contratação de objetos de vulto intermediário. Possui um limite de valor total de até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais) para obras e serviços referentes a engenharia, e para as demais compras e serviços um valor de até R\$ 1.430.000,00 (um milhão e quatrocentos e trinta mil reais), conforme art. 1º, inciso I, alínea b) e inciso II, alínea b), do Decreto nº 9.412 de 2018.

Quanto a modalidade convite, para (DI PIETRO, 2017) é considerada dentre as modalidades a mais simples, exigindo-se o mínimo de três interessados conforme o objeto licitatório, sendo possível serem escolhidos e convidados pelo Ente público e possui um quantitativo máximo ideal para pequenas aquisições e serviços a serem prestados. Outra vantagem encontrada nessa modalidade é a faculdade dada

a Administração Pública quanto a publicação de edital, o que torna o procedimento menos burocrático e mais rápido. Para serviços e obras de engenharia é limitado o valor de até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), e para os demais serviços e obras valor limite de até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais), conforme o art. 1º, inciso I, alínea a) e inciso II, alínea a), do Decreto nº 9.412 de 2018.

Dessa forma, é possível então concluir que a Administração Pública possui diversas modalidades de licitação ao seu dispor em que, conforme a sua realidade e necessidade a Lei nº 8.666/93 ainda prevê alternativas a fim de garantir as melhores condições. Exemplo claro de tais alternativas é a utilização de tomada de preços quando couber convite, e em qualquer caso a concorrência, ou seja, ficando facultativo a escolha entre as modalidades convite e tomada de preços, e como último caso, a concorrência. A definição da modalidade é obrigatória, uma vez que para cada uma, há um procedimento distinto.

Por fim, após a escolha da modalidade, inicia o procedimento licitatório que, nada mais é que uma série de atos administrativos e preparatórios que possuem como finalidade última, a celebração do contrato, conforme definição de (DI PIETRO, 2017). Desse modo, é instaurado um processo administrativo, no qual se reunirão todos os documentos relativos a licitação como, autorização da pasta respectiva, edital, propostas, indicação do objeto, documentação dos interessados, indicação do recurso financeiro, justificativa, minuta contratual, pareceres, entre outros, conforme o artigo 38 da Lei nº 8.666/93. Cabe ressaltar que, em face da distinção de procedimentos de cada modalidade, todos devem ser submetidos aos encargos de uma comissão nomeada com fins específicos, que ficará responsável por todas as etapas, desde a abertura do processo até a celebração e publicação do contrato.

## **1.2 – Os contratos administrativos em espécie:**

A Lei nº 8.666/93 em seu art. 2º, parágrafo único definiu contrato administrativo como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”. Entretanto, o doutrinador (JUSTEN FILHO, 2015), prefere definir contrato administrativo em sentido amplo como o “acordo de vontades

destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que, pelo menos, uma das partes atua no exercício da função administrativa”.

Dessa forma, os contratos administrativos nada mais são do que instrumentos formalizados para a aquisição de bens ou serviços entre o ente público e o ente privado interessado. Entretanto, é importante ressaltar que, os contratos administrativos se diferem dos contratos oriundos do Direito Civil, em razão de possuírem características e peculiaridades próprias, pois são contratos celebrados com a Administração Pública, sendo esta considerada privilegiada na relação contratual. Esse privilégio é decorrente das chamadas “cláusulas exorbitantes”, e das orientações jurisprudenciais e decisões dos tribunais de contas, tais cláusulas podem ser definidas como “aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares” (DI PIETRO, 2017) e que são amparadas pelo Princípio da Supremacia do Direito Público e existem implicitamente nos contratos.

O legislador ainda se preocupou em estabelecer que os contratos que tiverem sua origem na Lei nº 8.666/93 devem se regular pelas cláusulas e princípios que norteiam o Direito Público, aplicando complementarmente a Teoria Geral dos Contratos e as normas do direito privado, submissas ao Direito Civil, conforme o art. 54.

Ainda em relação a supremacia das partes, para (DI PIETRO, 2017), as prerrogativas e sujeições são características do regime jurídico-administrativo, fato este que confere a Administração Pública poderes que a colocam em local privilegiado sobre o particular. Cabe ressaltar que as sujeições são limitações para os atos de administração, necessários para garantir o dever do ente público para com a população.

Para (ALEXANDRINO; PAULO, 2013) as principais características dos contratos administrativos são o seu caráter formal, considerando-os como contratos de adesão e sua personalidade. Enquanto isso (CARVALHO FILHO, 2014) aponta a relação contratual como principal característica, levando em consideração a supremacia da Administração Pública sobre o particular. Entretanto, (DI PIETRO, 2017), abrange de forma mais profunda as características de tais contratos, sendo

possível elencar oito: Administração Pública como Poder Público; Finalidade Pública; Forma prescrita em lei; Procedimento Legal; Natureza de contrato de adesão; Natureza *intuitu personae*; Cláusulas Exorbitantes; Mutabilidade.

As características mais abrangentes trazidas por (DI PIETRO, 2017) refletem uma visão mais ampla sobre o que é o contrato administrativo, uma vez que fica ainda mais claro, quais são suas principais necessidades e seus objetivos. É possível ainda dizer que, a finalidade pública do contrato somado as cláusulas exorbitantes, são as características determinantes e predominantes pois todos os atos realizados pela Administração Pública devem ser fundados e justificados para que o interesse público seja defendido e garantido acima de tudo.

Quanto à forma prescrita em lei, está prevista no art. 60 e subsequentes da Lei de Licitações, estabelece que os contratos administrativos devem ser lavrados nas repartições interessadas, que manterá em seus arquivos todos os documentos e o registro do seu extrato, salvo os contratos relativos a direitos reais sobre imóveis que se concretizam com instrumento notarial registrado em cartório. Em relação ao contrato verbal, este é vedado a Administração Pública e é considerado nulo e não produz nenhum efeito caso formalizado (art. 60, parágrafo único), entretanto o legislador previu uma exceção desta regra para as pequenas aquisições de produtos em regime de adiantamento que tiverem o seu pronto pagamento, com valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite previsto no art. 23, inciso II, alínea a) da referida lei.

Outra condição indispensável para sua eficácia é a publicação do resumo do contrato e seus aditamentos em forma de extrato na imprensa oficial, ou seja, em Diário Oficial da respectiva repartição administrativa, com prazo previsto de até o quinto dia útil do mês subsequente ao de assinatura, conforme previsto no art. 61, parágrafo único.

O contrato administrativo é formalizado conforme previsto no o art. 62 que nos termos da lei discorre que:

[...] o instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a

Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço (lei 8.666 de 1993, art. 62).

Para (DI PIETRO, 2017) a critério da Administração e independentemente do valor, em caso de aquisições para entrega imediata dos bens adquiridos, a dispensação do contrato se dá pelo fato do contrato se exaurir em um único fato e por não resultar direitos e deveres futuros, portanto justificável.

Os contratos administrativos são considerados por muitos doutrinadores como um contrato de adesão, sendo esta uma das principais características deste. Segundo (ALEXANDRINO; PAULO, 2013) definiu como contrato de adesão como aquele em que uma das partes possui autonomia para propor as cláusulas do contrato, e a outra parte se limita em aceitar tais condições sem propor alterações, supressões ou acréscimos. Dessa forma, essa característica é aplicada aos contratos administrativos uma vez que, conforme o art. 40, parágrafo 2º, da Lei nº 8.666/93, constitui documento obrigatório a minuta do contrato a ser firmado com a Administração Pública, pois o ente interessado ficará ciente das cláusulas e condições preestabelecidas e só se apresentará como interessado se for de comum acordo com o exposto.

Cabe ressaltar que, mesmo nos casos em que não há procedimento licitatório, é de responsabilidade do Ente Público estabelecer unilateralmente todas as cláusulas e condições do contrato previamente, garantindo mais uma vez o Princípio do Interesse Público sobre o particular.

As contratações pela Administração Pública são realizadas levando em consideração a natureza *intuitu personae*, o que significa que, o contrato foi realizado observando as condições que o contratado apresentou no procedimento licitatório. Para (DI PIETRO, 2017), é por essa razão que o legislador vedou a subcontratação do objeto, a associação do contratado a outrem, a cessão ou transferência, seja ela total ou parcial conforme o art. 78, inciso VI, lei de licitações, e ou a fusão, cisão ou incorporação que possam afetar a execução do contrato. Essas medidas só são possíveis caso sejam previamente estabelecidas em edital e contrato.

Ressalta ainda a doutrinadora (DI PIETRO, 2017) que, o artigo 72 da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de subcontratação parcial conforme as limitações

estabelecidas pelo Ente Público, entretanto, há a necessidade de conjugar o artigo 72 com o artigo 78, inciso VI para entender que essa medida só é possível, caso seja prevista no edital e no contrato. Portanto, se as medidas vedadas, não constituídas em edital ou contrato, forem colocadas em prática é motivo válido e justificado para a rescisão unilateral do contrato.

Por fim, as cláusulas exorbitantes e a mutabilidade dos contratos administrativos, são as características que se complementam, pois conforme entendimento de muitos doutrinadores a mutabilidade destes contratos decorre de determinadas cláusulas exorbitantes, como por exemplo, aquelas que conferem poderes unilaterais a Administração Pública (DI PIETRO, 2017).

De uma forma geral, as cláusulas exorbitantes nada mais são que cláusulas que conferem ao Ente Público, prerrogativas, em razão de possuir uma posição de privilegiada sobre o Ente Privado conforme o Princípio da Supremacia do Interesse Público. É possível encontrar diversas normas na Lei de Licitações que possuem essa característica e que são aplicadas em favor da Administração Pública. Um exemplo claro é o artigo 58, incisos I, II, III, IV e V.

O contrato administrativo é um gênero de contrato que pode ser subdividido em espécies, uma vez que existem várias modalidades. São elas: concessão; gestão; obras; parcerias público-privadas.

A modalidade de concessão, é um contrato bilateral, oneroso, com prazo determinado e regido pelo Direito Administrativo (BRAZ, 2009). Nessa espécie de contrato ocorre a transferência do poder e dos deveres da Administração Pública ao interessado, uma vez que contratado sob o regime de concessão ficará responsável por realizar os serviços em nome do Poder Público. O regime de concessão compreende-se não só o de serviços públicos, mas também a concessão de obra pública, de bem público, a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Essa modalidade passou a ser regida por lei própria, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, regulamentando o art. 175 da Constituição Federal de 1988.

Já a espécie de contrato de gestão foi desenvolvida a partir da Emenda Constitucional nº 19 de 1998 que introduziu o parágrafo 8º ao artigo 37 da Constituição Federal. Para (DI PIETRO, 2017) o contrato de gestão é utilizado como uma forma de ajuste entre entes da Administração Pública Direta e Indireta ou entre entidades privadas que possam se enquadrar como entidades paraestatais.

Os contratos de gestão possuem como objetivo principal a troca de benefícios, que serão determinadas pelo Poder Público, por metas a serem alcançadas pela entidade sujeita. Possui tempo determinado e há um controle do resultado das metas para verificação do cumprimento destas.

A Administração Pública indireta que for sujeita a um contrato de gestão torna-se mais autônoma para realizar o serviço designado especificamente a ela e ainda reduz de custos da sua repartição através do controle de produtividade. Nas palavras de (AGUILAR, 2004), o contrato de gestão visa adequar a prestação de serviços públicos através da descentralização ou desconcentração do poder.

Mais uma modalidade compreendida no gênero contrato administrativo se encontra o contrato de obra. A Lei de Licitações, em seu artigo 6º, inciso I, definiu a obra como “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”. Dessa forma, os contratos administrativos cujo seu objeto se enquadrar nesse conceito, então deve ser considerado um contrato de obra.

Ainda sob a previsão do mesmo artigo, o contrato de obra possui 04 regimes distintos, elencados no inciso VIII, alíneas a), b), d), e), sendo estes taxados no rol de execução indireta, ou seja, a obra é realizada por particulares, denominados, empreitada por preço global; empreitada por preço unitário; tarefa; empreitada integral.

Conforme Medauar, discorre acerca dos tipos de contratos de obra:

Se a obra é contratada para realização por particulares, trata-se de execução indireta, sob qualquer dos seguintes regimes: a) empreitada por preço global, quando contratada por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário, quando é fixado preço por unidades determinadas (por exemplo, metro de área construída); c) tarefa, quando se ajusta mão de obra para pequenas obras, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; d) empreitada integral, no caso em que o empreendimento é contratado de modo completo, sob inteira

responsabilidade da contratada até a entrega ao contratante em condições de início de uso (art. 6º, VIII) (MEDAUAR, 2009, p. 215-216).

Por fim, as Parcerias Público-Privadas, modalidade mais recente no gênero contrato administrativo, foi instituída através da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro 2004, no qual estabelece normas próprias e gerais para esse tipo de licitação e contratação.

O artigo 2º da referida lei, define a parceria público-privada como um contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada e administrativa, sendo estas definidas como concessão de serviços públicos ou de obras públicas quando envolver tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, e como o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, conforme os parágrafos 1º e 2º, respectivamente.

O legislador ainda se preocupou em definir aquilo que não é considerado como parceria público-privada, conforme estabelecido o artigo 2º, parágrafo 3º, no qual diz que não constitui parceria público privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Conforme a autora (DI PIETRO, 2017), apesar de existirem vários tipos de parcerias entre entes públicos e privados, as que efetivamente são denominadas através da expressão “parceria público-privada” são as 02 modalidades compreendidas em lei, a patrocinada e a administrativa. Existem várias diferenciações entre as duas modalidades, entretanto ambas devem seguir as normas gerais previstas em lei como, contraprestação pecuniária, equilíbrio econômico e financeiro, prazo específico contratual, e submissas a Lei de Responsabilidade Fiscal.

### **1.3 – O gestor público como aplicador da lei:**

Segundo (MAZZA, 2013), o termo “Agente Público” é a denominação encontrada para fazer referência a todas as pessoas que se relacionam profissionalmente com a Administração Pública, termo este utilizado de forma

genérica e em sentido amplo. A Constituição Federal de 1988, conforme prevê no capítulo I referente a Administração Pública, introduz a expressão “servidores públicos” para se referir as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas (DI PIETRO, 2017).

Dessa forma, ao abordar o tema “gestor público como aplicador da lei” é necessário definir quem são os gestores públicos e quais são suas características, uma vez que a identificação destes é de extrema importância como por exemplo, para figurar a autoridade coatora em eventuais mandados de segurança, ou para identificar quem são aqueles que se enquadram na categoria de agentes públicos, para serem submetidos a Lei de Responsabilidade Fiscal e de Improbidade Administrativa.

Portanto, podemos definir como Agente Público “todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal” conforme definição de (MIERELLES, 2008). Contudo, para o doutrinador (MAZZA, 2013), Agente Público pode ser definido como “todos aqueles que têm uma vinculação profissional com o Estado, mesmo que em caráter temporário ou sem remuneração”. E por fim, define-se Gestor Público como “funcionário público, ocupante de cargo de carreira, ou agente de empresa estatal que pratica atos de gestão, administra negócios, bens ou serviços”.

Desse modo, é possível concluir que a Administração Pública vista de forma abstrata como um ente público, que se configura como pessoa nas relações, passa então a ser visto de forma mais concreta através de seus agentes públicos, pois é através deles que os atos e procedimentos administrativos são colocados em prática.

A Administração Pública pauta todos os seus atos administrativos conforme os Princípios e Normas Constitucionais, conforme o art. 37, e estes princípios e normas se estendem a todos os agentes públicos, independente da hierarquia. Nesse sentido, o doutrinador (MEIRELLES, 2008), discorre sobre a diferença entre o particular que, poderá realizar tudo aquilo que a lei permitir e também tudo aquilo que ela não proibir. Já para o agente público atuando em função na Administração Pública, é permitido apenas realizar aquilo que a lei autorizar.

Ainda acerca da observância dos princípios constitucionais, (MEIRELLES, 2008) elucida:

A Administração Pública, em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização. Até mesmo nos atos discricionários a conduta de quem os pratica há de ser legítima, isto é, conforme as opções permitidas em lei e as exigências do bem comum (MEIRELLES, 2008, p. 658).

Nesse sentido, os agentes públicos representam a Administração Pública e, portanto devem garantir que a competência desta, esteja de acordo com os preceitos da lei, uma vez que os gestores públicos como aplicadores das normas, são os que conduzem o serviço prestado e, se estes não fazem jus ao conhecimento assíduo necessário da lei e princípios para colocarem em prática as necessidades apresentadas pela sociedade, não saberão gerir com eficiência e em acordo com a legalidade, os atos administrativos.

É nesse mesmo pensamento que se faz importante a transparência dos atos realizados pela Administração Pública e consequentemente dos seus gestores. O acesso as informações e dados de qualquer ente público são garantidos pela Constituição Federal de 1988, pois estabelece princípios fundamentais como a legalidade, impessoalidade e publicidade. Essa transparência para com os cidadãos é dever implícito a todo aquele que desempenha sua função de agente público, uma vez que garantem a credibilidade do serviço público e não abre espaço para inseguranças e criminalidade (NETO, 2009).

A Lei Complementar nº 101, estabelece normas de finanças públicas para a responsabilidade da gestão, regulamentando e dando amparo ao Capítulo II do Título VI da Constituição (1988), e em seu artigo 1º, parágrafo 1º, discorre sobre o objetivo principal do legislador ao desenvolver a lei, qual seja, a responsabilidade na gestão fiscal que pressupõe uma ação planejada e transparente.

Dessa forma, a LC nº 101 garante uma responsabilidade fiscal por parte da gestão da Administração Pública, uma vez que há uma necessidade de preocupação pelos gestores públicos que devem trabalhar observando que ações planejadas, transparentes e em acordo com a lei, previnem riscos, nulidades, vícios e desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas e o serviço público. Cabe ressaltar que, os agentes públicos estão sujeitos a sanções de caráter administrativo, civil e penal, em caso de infrações as normas estabelecidas na LRF.

Sendo assim, para o doutrinador (MATTOS, 2006), o agente público deve sempre observar pelas vontades da população, uma vez que ao ocupar o cargo dentro da Administração Pública, antes de qualquer pensamento particular, deve se atentar aos interesses coletivos, prevalecendo a noção de função pública representativa a todos os cidadãos.

Para (MEIRELLES, 2008), os gestores públicos ao assumirem seus cargos, são submetidos a um rol taxativo de poderes e deveres, expressos na Lei nº 8.112/90, pela moral administrativa e pelos interesses da população. Desse modo, possuem como principal obrigação, a demanda pública, somado com a demanda funcional, a fim de equilibrar as ações administrativas com o interesse coletivo.

A Lei nº 8.112/90, estabelece o regime jurídico dos servidores públicos da União, entretanto em decorrência desta lei muitos Estados e Municípios já incluíram em seus estatutos as principais normas decorrentes dela como por exemplo o artigo 116 que prevê os deveres dos servidores públicos, a saber, o dever de agir, o dever de prestar contas, o dever de probidade, entre outros.

Por fim, tendo em vista que a Administração Pública, composta por agentes públicos, está submissa às normas e princípios constitucionais, devem exercer sua função através de ações planejadas, uma vez que através de um planejamento e ação eficazes, os gestores públicos impedem graves consequências de riscos, nulidades e vícios, como por exemplo o enriquecimento ilícito.

#### **1.4 – O enriquecimento ilícito:**

A Constituição Federal de 1988 acompanhada do Direito Administrativo possuem como princípios basilares a legalidade, moralidade e probidade. Para (DI PIETRO, 2017) tais princípios são expressões que significam a mesma coisa, pois todos se relacionam com a ideia de honestidade. Dessa forma, para a Administração Pública, os princípios éticos são regras essenciais que estão diretamente ligadas a uma boa administração e em observância da Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992.

A Lei de Improbidade Administrativa, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública. O legislador se preocupou em

absorver todos os princípios essenciais da Constituição e do Direito Administrativo, a fim de garantir a sua obediência e o combate a desonestidade e a corrupção.

Em seu artigo 1º define que, todos os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, serão punidos. Nesse sentido, caracteriza-se como condutas de improbidade administrativa, os atos que importam enriquecimento ilícito, os atos que causam prejuízo ao erário e os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, conforme aos artigos 9, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, respectivamente.

Segundo a doutrinadora (DI PIETRO, 2017) para que os atos de improbidade administrativa possam acarretar a aplicação de medidas sancionatórias, conforme previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988, é essencial a presença de elementos que caracterizarão o ato, quais sejam: sujeito passivo; sujeito ativo; ato danoso; dolo ou culpa.

Os elementos são compreendidos através da própria lei de improbidade administrativa. O sujeito passivo, quem sofrerá com o ato, deve ser uma das entidades elencadas no art. 1º. Já o sujeito ativo, quem praticará o ato, é o agente público ou terceiro que concorra com a prática conforme a definição estabelecida pelo art. 1º e 3º. Quanto ao ato danoso, é aquele trazido pelo rol taxativo da lei, que ao ser analisado se enquadra em uma das 03 hipóteses previstas, enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou atentado aos princípios da Administração Pública (DI PIETRO, 2017).

O elemento culpa ou dolo por parte do agente público é exigido pela lei conforme o artigo 5º da LIA. Com a ocorrência de ato danoso é necessário verificar se houve culpa ou dolo, ou no mínimo má-fé por parte do sujeito ativo, revelando a real intenção da prática (DI PIETRO, 2017). Entretanto, ainda há controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto a este entendimento em relação aos atos de improbidade elencados no art. 11, que atentam contra os princípios da Administração Pública. O Superior Tribunal de Justiça (REsp nº765.212/AC), recentemente, consolidou que é necessário a demonstração de dolo genérico para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu, ou seja, demonstração de que houve a vontade ou consciência do risco em concretizar o ato improbe.

Cabe ressaltar que para (DI PIETRO, 2017) apesar de comumente ser falado “ato” de improbidade administrativa, estes não se correspondem a apenas atos administrativos como improbidade, podem ocorrer omissões e condutas que caracterizam a improbidade, portanto, é necessário compreender ato administrativo no seu sentido amplo.

Dessa forma, tendo em vista quais são os 03 tipos de atos de improbidade administrativa, e quais são os elementos necessários para caracterizá-lo, o ato de improbidade administrativa para fins de caracterização do enriquecimento ilícito, objeto de estudo do presente subcapítulo, está elencado no art. 9 da LIA, como, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade, conforme os incisos I ao XII.

A atuação para instaurar uma investigação a fim de apurar a prática dos atos de improbidade administrativa está prevista no capítulo “Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial” da Lei nº 8.429/92, em que estabelece as normas de representação e de apuração, nos artigos 14 ao 18, que regulamentou o art. 5º, inciso XXXIV, alínea a) da Constituição Federal de 1988.

A investigação é realizada mediante um procedimento administrativo, e conforme o art. 14, parágrafo 1º, exige-se a representação por escrito ou reduzida a termo e assinada, em que deve conter a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas que de tenha conhecimento (DI PIETRO, 2017).

Dessa forma, a autoridade administrativa, observando as exigências estabelecidas em lei sobre o processo administrativo disciplinar, determinará a imediata apuração dos fatos através de uma Comissão Processante em que esta deverá, conforme o art. 15, dar conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas dos Municípios. O Ministério Público poderá, conforme o parágrafo único, designar um representante que acompanhará procedimento administrativo, ficando claro que este não poderá interferir na realização do procedimento, restando-lhe apenas verificar alguma omissão ou irregularidade e tomar as providências dentro da sua competência como, instaurar inquérito civil ou criminal (DI PIETRO, 2017).

A doutrinadora (DI PIETRO, 2017) discorre ainda acerca da possibilidade do Ministério Público, tendo em vista a gravidade da representação do procedimento administrativo, de propor ação judicial de improbidade administrativa com a natureza de ação civil pública conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (CF. Alexandre de Moraes, 2000:330-331) em razão da proteção ao patrimônio público.

Por fim, os atos de improbidade administrativa deverão ser punidos conforme previsão constitucional, art. 37, parágrafo 4º da CF/88, que poderão importar em suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. As sanções estão previstas na Lei de Improbidade Administrativa no artigo 12, que independente das sanções penais, civis e administrativas prevista em legislação específica, os atos de improbidade estão sujeitos as cominações próprias que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, conforme os incisos I ao IV.

## **CAPÍTULO II – VÍCIOS E NULIDADES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO ADMINISTRATIVO**

### **2.1 – Principais nulidades no procedimento licitatório:**

Entendendo que a licitação é um procedimento administrativo aplicado pelas entidades governamentais para realizar todo e qualquer contrato de prestação de serviços e ou produtos (MAZZA, 2013), as modalidades, os requisitos necessários, bem como, quais os princípios e leis norteadores do procedimento, ponto de partida do presente estudo acerca do Enriquecimento Ilícito do Poder Público e o artigo 59 da Lei nº 8.666/93, abordado no capítulo I, faz-se necessário o estudo e a abordagem das fases do procedimento licitatório, enquanto processo administrativo, de forma a entender quais são as principais etapas e quais são os erros que podem acarretar a anulação e a nulidade destas.

Segundo (ALEXANDRINO; PAULO, 2013), o processo administrativo para a realização da licitação se inicia através de um planejamento pelo ente estatal, dentro da unidade ou entidade onde será realizada o certame, em que este período é denominado como fase interna. A Lei de Licitações, apesar de estabelecer as modalidades, a forma de atuação do agente público e os requisitos necessários do procedimento, não se preocupou em definir quais as seriam as etapas do processo licitatório, sendo estas estabelecidas posteriormente através da doutrina. Cabe ressaltar que, apesar das etapas definidas para cada fase processual, nem todas são utilizadas nas modalidades licitatórias, fazendo-se necessário valer-se do Princípio da Discricionariedade da Administração Pública e da complexidade da modalidade pretendida.

A fase interna é também denominada como fase preparatória (CARVALHO FILHO, 2014), pois é nessa etapa do procedimento licitatório em que ocorre por exemplo, a elaboração dos termos de referência do objeto a ser contratado, estabelece os critérios que serão exigidos para que os interessados apresentem suas propostas, bem como a simulação do contrato a ser firmado.

Conforme o art. 38 da Lei nº 8.666/93, o procedimento licitatório será iniciado com a abertura de um processo administrativo, que deverá ser autuado, protocolado e numerado, e possuir autorização expressa do respectivo Gestor da administração pública e a princípio, a indicação sucinta do objeto a ser contratado ou adquirido, bem como a indicação do recurso financeiro a ser aplicado. Deverá ainda, o processo administrativo ser instruído com toda a documentação necessária exigida nos incisos I ao XII, do artigo mencionado.

A próxima fase, denominada como fase externa, é na qual a Administração Pública através da apresentação de propostas pelos terceiros interessados, define a melhor e qual destes é o licitante vencedor (CARVALHO FILHO, 2014). Essa fase possui diferentes etapas que são consideradas de extrema importância para a conclusão do certame, quais sejam: convocação; julgamento; habilitação; classificação final; recursos; adjudicação; homologação (CARVALHO FILHO, 2014).

Das etapas da fase externa, a convocação é a ação de publicar os avisos a imprensa oficial, tornando público o edital a todos aqueles que possam se interessar em participar da licitação, conforme o Princípio da Publicidade e o art. 21, inciso II e III da Lei nº 8.666/93. Após a convocação dos terceiros, estes possuem um prazo de dias para apresentarem suas propostas e firmarem a vontade em participar da contratação, conforme o art. 21, §2º, incisos I, II, III, IV, que será especificado no edital, de acordo com a modalidade pretendida pela Administração Pública.

Após a apresentação das propostas, estas serão abertas em sessão de julgamento, em que serão avaliados toda a documentação encaminhada pelo interessado, bem como julgar se esta se encontra em conformidade com as exigências do Edital e qual possui menor preço. Essa etapa deve ser realizada com bastante cuidado pela Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2014), uma vez que, é nesse momento do procedimento licitatório que o interessado pode ser

considerado inabilitado. Sendo assim, passa-se então a fase de habilitação daqueles interessados classificados e a declaração do vencedor.

Por fim a fase externa do procedimento licitatório, assim que o vencedor é declarado, e este toma conhecimento que o foi, inicia-se a adjudicação e homologação da licitação conforme o art. 3º da lei de licitações, que nada mais é que atribuir ao vencedor todas as necessidades que este precisará para executar o contrato celebrado (CARVALHO FILHO, 2014). Cabe ressaltar que, as etapas mencionadas não são utilizadas em todas as modalidades, como por exemplo, na modalidade de tomada preços ou leilão.

Desse modo, durante todo o procedimento licitatório a Administração Pública, ao aplicar corretamente todas as fases, interna e externa, garante aos interessados um procedimento dentro da legalidade e regido pelos Princípios do Direito Administrativo, evitando que os atos praticados sejam anulados ou passíveis de vícios, o que faz com que as licitações não se prolonguem no tempo mais que o necessário para a sua conclusão.

Entretanto, apesar de a Administração Pública fazer uso quase que reiteradamente do procedimento licitatório para realizar a contratação e aquisição de bens ou produtos, há que se falar na grande quantidade de procedimentos eivados de vícios e nulidades, situações que acontecem na mesma medida da abertura de novas licitações.

Em se tratando de vícios e nulidades, estes se estendem tanto a violação dos Princípios basilares que regem a licitação pública, bem como a violação da própria Lei 8.666/93, uma vez que a lei foi desenvolvida com base nos princípios e nos ensinamentos de (BANDEIRA DE MELLO, 1993), a violação de um princípio é considerada muito mais grave que a violação de uma norma, pois esta implica na ofensa não apenas de um específico mandamento obrigatório, mas a todos o sistema de comandos.

Quanto ao assunto nulidade e vícios em procedimentos licitatórios, o Supremo Tribunal Federal elaborou a Súmula 473 (1969), e para (MAZZA, 2013), os conceitos possuem o mesmo teor da Lei nº 9784/99, trazendo a possibilidade da Administração Pública de anular seus próprios atos, quando estes são eivados de

vícios que os tornam ilegais, pois, para o STF, dos atos que são eivados de vícios deles não se originam direitos. Há também, a possibilidade de os atos serem revogados por motivo de conveniência ou oportunidade da Administração, o que não despreza os direitos que foram adquiridos e garante ainda a possibilidade de serem submetidos a apreciação judicial.

A anulação e a revogação decorrem do chamado Controle de Legalidade dos atos administrativos, que pode ser exercido por meio de provocação ao Poder Judiciário ou pela própria Administração Pública (MAZZA, 2013). Entretanto, apenas a anulação possui efeitos da anulação são *ex tunc*, ou seja, retroagem a origem do ato, como se este nunca tivesse sido praticado. Quanto a revogação, apenas a Administração Pública é capaz e possui competência para revogar um ato próprio, dessa forma, possui efeitos *ex nunc*, ou seja, os efeitos serão a partir da sua vigência, pois até o momento em que se tornou inconveniente ou inoportuno a Administração, o ato era válido (MAZZA, 2013).

Dessa forma, compreende-se que a Administração Pública, diante de uma situação concreta de nulidade ou vício, deve agir imediatamente, evitando assim que ocorra danos mais graves, como por exemplo a improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito, dano ao erário e outros.

## **2.2 – Principais nulidades do contrato administrativo:**

Nas lições do capítulo anterior, (JUSTEN FILHO, 2015) define o contrato administrativo como um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que, pelo menos, uma das partes atua no exercício da função administrativa. Portanto, os contratos administrativos são de fato, instrumentos formalizados para a aquisição de bens ou serviços, em que há um ente público em um polo e o ente privado no outro.

Devemos lembrar também outra característica presente nos contratos administrativos, que é a diferença existente destes com os contratos provenientes do Direito Civil, uma vez que a Administração Pública é considerada privilegiada na relação contratual, portanto realiza diversos atos administrativos que não comum ou que seriam ilícitos nos contratos particulares (DI PIETRO, 2017). Como consequência desse privilégio, temos a garantia que a Administração Pública dá a população, uma

certeza que esta cumprirá o seu dever observando o Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Outra característica importante, trazida por (ALEXANDRINO, PAULO, 2013), é o fato do contrato administrativo ser considerado um contrato de adesão, pois apenas a Administração Pública possui autonomia para propor as cláusulas do contrato e limitando ao interessado o seu poder em apenas aceitar as condições a ele propostas. Essa característica está intrinsecamente ligada ao procedimento licitatório, uma vez que, conforme o art. 40, §2º da Lei nº 8.666/93, constitui como documento obrigatório a minuta do contrato que será celebrado.

Dessa forma, compreendendo que o contrato administrativo é o resultado máximo de todo o procedimento licitatório, então todos os atos administrativos executados do início ao fim do processo o atingem em sua integralidade. Portanto, se há vícios ou nulidades a serem declaradas de atos que ocorreram durante o procedimento, há também vício ou nulidade no contrato administrativo. Sendo assim, aplica-se novamente o entendimento consagrado da Súmula 473 do STF, pois com base no seu poder de autotutela a Administração Pública pode ir em busca de anular seus atos próprios quando eivados de vícios que os tornem ilegais (DI PIETRO, 2017).

Outro aspecto que deve ser levado em consideração pela Administração Pública diante de uma ilegalidade é o caráter vinculado e discricionário que possui para declarar um ato administrativo nulo, uma vez que, este deve ser baseado necessariamente no Princípio da Legalidade, sob pena de fazer caí-lo por terra. Entretanto, (DI PIETRO, 2017) entende que, a luz do caso concreto a Administração poderá deixar de anular quando o prejuízo resultante da anulação for maior do que a convalidação do ato, decisão que será baseada no Princípio do Interesse Público.

Portanto, o Poder Público, para tomar a sua decisão deve reiteradamente levar em consideração os princípios basilares do Direito Administrativo como o Princípio da Legalidade, do Interesse Público, da Segurança Jurídica e da boa-fé, para, por fim, anular ou convalidar um ato administrativo (DI PIETRO, 2017).

A Lei nº 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito federal, estabelece um prazo decadencial a Administração Pública para exercer o poder de autotutela de anulação de atos administrativos eivados de vícios, conforme

o art. 54, de 05 (cinco) anos contados da data em que foram praticados, salvo se houver a comprovação da má-fé. Esse prazo não admite interrupção ou suspensão e é aplicável em todas as esferas públicas. (DI PIETRO, 2017).

### **2.3 – Processo administrativo para a apuração do erro:**

Mais importante do que identificar um ato administrativo eivado de vício ou passível de nulidade/anulação, é apurar e esclarecer os motivos que o ensejaram, bem como, buscar identificar quem deu causa, para que, através da apuração ele seja ou anulado, ou revogado, ou convalidado. Para (DI PIETRO, 2017) o processo é um fenômeno em desenvolvimento, uma forma ou instrumento, que a Administração Pública possui de proceder em casos concretos e não devem ser confundidos com os procedimentos.

O processo administrativo é considerado um instrumento indispensável para o exercício, pela Administração Pública, da sua função administrativa (DI PIETRO, 2017). Desse modo, tudo aquilo que for praticado em função da administração pública deve ser documentado em um processo, como por exemplo, a celebração de um contrato, a tomada de uma decisão, a edição de um regulamento e outros, com o objetivo de instruir e fundamentar os atos praticados (DI PIETRO, 2017).

Como citado no subcapítulo anterior, o processo administrativo é disciplinado pela Lei nº 9.784 de 1999, lei federal aplicável em todas as esferas públicas e conforme o seu art. 1º estabelece normas básicas, que visam especialmente a proteção dos direitos administrados e a melhor forma de cumprimento dos fins da Administração Pública. Entretanto, o legislador não se preocupou em estabelecer um procedimento específico, que obrigatoriamente deveria ser aplicado aos processos de uma forma geral, mas é possível verificar 03 (três) etapas necessárias, quais sejam, instauração, instrução e decisão (DI PIETRO, 2017).

A lei do processo administrativo, conforme o artigo 2º, estabelece que os processos deverão ser norteados pelos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Para (DI PIETRO, 2017), os princípios são comuns tanto para o processo administrativo, quanto para o processo judicial e devem ser rigorosamente observados.

A instauração do processo administrativo pode ser de ofício, pela Administração Pública, levando em consideração o seu poder estatal dinâmico, ou a pedido do interessado, conforme o art. 5º da Lei nº 9.784/99 (MAZZA, 2013). Quanto ao pedido do interessado, não basta que este apresente sua vontade de ver instaurado um processo administrativo, a lei é clara em estabelecer alguns requisitos, como por exemplo, um requerimento formulado por escrito, contendo a indicação obrigatória de elementos indispensáveis.

Uma vez que, o requerimento por parte do interessado for apresentado, a Administração Pública é proibida de recusar o pedido, sem que apresente uma justa causa ou motivos relevantes, conforme estabelece o artigo 6º da lei do processo administrativo.

Quanto a instrução, é a fase de aplicação do Princípio da Oficialidade, em que são atribuídos aos órgãos competentes a instrução do processo, com o dever de providenciar os documentos necessários para a análise da lide processual, sem prejuízo do dever atribuído ao interessado de também juntar provas dos fatos que queira alegar, juntando documentos e pareceres que julgar necessários (DI PIETRO, 2017).

Por fim, a fase de decisão, imposta através do artigo 48, da Lei nº 9.784/99, no qual estabelece a Administração Pública o dever de tomar providências quanto aos fatos alegados no processo administrativo, decidindo pelo que julgar necessário no prazo de até 30 (trinta) dias, sendo possível a prorrogação por igual período por motivo justificado.

É importante ressaltar que, há também a possibilidade de instauração de um processo administrativo disciplinar, regulamentado através da Lei nº 8.112 de 1990, uma vez que, o processo administrativo geral é aquele cujo objetivo é estabelecido de forma mais genérica, ou seja, quanto a anulação, revogação ou convalidação do ato administrativo questionado.

Já o processo administrativo disciplinar, conforme o artigo 148, é o instrumento destinado a apuração da responsabilidade do servidor público no exercício de suas funções, quando da ocorrência de supostas irregularidades, ou seja,

verifica quem deu causa na necessidade de anulação, revogação ou convalidação do ato administrativo.

Dessa forma, o processo administrativo para a apuração do erro, nada mais é do que um processo administrativo geral com o objetivo de analisar e apurar o ato administrativo eivado de vício, para que a Administração Pública possa, por meio do que for constatado, corrigir e sanar o vício, de forma a garantir a população segurança jurídica necessária, bem como agir de acordo com o princípio da legalidade para não prejudicar os serviços que são prestados e os interessados envolvidos.

#### **2.4 – Desfazimento do contrato administrativo pelos institutos da revogação e anulação:**

O Poder Público, ao exercer sua função administrativa, estabelece diversas relações jurídicas com terceiros interessados desenvolvendo vínculos intergovernamentais, dos quais decorrem uma natureza contratual, que é submetida aos princípios e normas do Direito Administrativo, formando os contratos administrativos (MAZZA, 2013). Com a formação de um contrato, o seu fim mais esperado é a sua extinção, seja pela conclusão ou pela execução do seu objeto, que ocorre quando as partes contratantes cumprem perfeitamente as cláusulas do contrato.

Entretanto, um contrato administrativo também pode vir a ser extinto ou desfeito em razão de uma anulação motivada e também através da rescisão amigável ou judicial (MAZZA, 2013), conforme o artigo 79 da Lei de Licitações, que em seu parágrafo 1º deixa claro que a rescisão deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada pela autoridade competente e nesse sentido é o pensamento de Marçal Justen Filho:

A Administração está obrigada a demonstrar que a manutenção do contrato acarretará lesões sérias a interesses cuja relevância não é a usual. A 'alta' relevância indica uma importância superior aos casos ordinários. Isso envolve danos irreparáveis, tendo em vista a natureza da prestação ou do objeto executado. Ou seja, não se admite a invocação a razões imprecisas e indeterminadas, de cunho duvidoso ou meramente opinativa. Há necessidade de extinguir-se o contrato porque sua manutenção será causa de consequências lesivas (JUSTEN FILHO, 2014, p.1106).

Dessa forma, a Administração Pública para demonstrar sua motivação e fundamentar sua decisão, instaura o processo administração para apurar o erro presente no contrato administrativo e em razão dessa apuração, é possível decidir pelo desfazimento do contrato, por anulação ou revogação.

É importante ressaltar que, esses atos administrativos internos do Poder Público são necessários para que a sociedade e os interessados não sejam verdadeiras vítimas do serviço público, uma vez que é através dos processos administrativos, que são baseados no Princípio da Transparência e da Publicidade, que o cidadão pode valer-se do contraditório e ampla defesa, caso sintá-se prejudicado de alguma forma e, por fim, ir em busca dos seus direitos.

Por outro lado, quando a Administração Pública desfaz um contrato administrativo, seja por erro, revogação ou vício, o ato demonstra preocupação em exercer sua função administrativa de acordo com a legalidade e dos Princípio Básicos que norteiam o Direito Administrativo. É através dessa decisão, que a omissão é tirada de campo, e o dever como Ente Estatal de garantir a sociedade um serviço público de qualidade prevalece.

## **CAPÍTULO III – AS PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DE DÍVIDA E DA INDENIZAÇÃO AO PARTICULAR**

### **3.1 – Banalização do instituto legal:**

O instituto legal do reconhecimento de dívida está previsto no art. 59 da Lei nº 8.666 de 1993, e é o principal objeto de estudo deste trabalho acerca do enriquecimento ilícito do Poder Público. Esse artigo determina a Administração Pública o dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado, diante de um vício ou nulidade constante no contrato administrativo firmado entre as partes.

Como vimos no capítulo anterior, a Administração Pública não está isenta de erros ou de vícios, uma vez que os serviços públicos são fornecidos através de mão de obra humana, passível de errar e de ir em desconcontro com os preceitos legais. Dessa forma, preveniu-se o legislador ao desenvolver mecanismos que poderiam ser aplicados em situações de nulidade ou vício, em específico, de contratos administrativos, tais como o desfazimento do contrato ou da declaração de nulidade deste.

Em caso de contratos administrativos nulos ou inexistentes, (MEIRELLES, 2013) preceitua que pode se tornar devido o pagamento dos serviços prestados em favor da Administração ou daquilo que foi fornecido a ela, uma vez que esse pagamento será fundamentado no dever moral de indenização ao benefício que foi auferido pelo Ente Estatal, que diante do vício não pode tirar proveitos da atividade do particular sem o correspondente pagamento.

Sob tal ótica, a Advocacia-Geral da União (AGU) emitiu a Orientação Normativa nº 4, de 01 de abril de 2009, que trata sobre o assunto, reconhecendo a obrigação de indenizar o contratado, baseando a sua decisão no art. 59 da Lei de Licitações, e na Lei nº 4.320 de 1964, que dispõe sobre Direito Financeiro, com ênfase ao art. 63. Sendo assim, podemos observar que a AGU trouxe uma perspectiva para tratar sobre a questão, utilizando-se de outra esfera do direito para fundamentar e sustentar o direito a indenização.

O Direito Financeiro para (MENDES, 2016) é o ramo do Direito Público que regulamenta o exercício financeiro do Estado e possui como objetivo principal a gestão e planejamento dos recursos públicos. Desse modo, é perfeitamente aplicável quando o assunto é indenização, uma vez que essa forma de pagamento não é a regra e teve sua origem em ato administrativo vicioso.

Como previsto na Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, toda contratação, seja para prestação de serviço ou fornecimento de objetos, devem prescindir de procedimento de licitação público, ressalvados os casos especificados na legislação, obedecendo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (DI PIETRO, 2017), portanto, o instituto legal do reconhecimento de dívida, é exceção da exceção e quando a Administração Pública o usa de forma recorrente perde o seu caráter excepcional, banalizando o mecanismo.

O interessado que se encontra diante de uma situação concreta em que cabe a aplicação do instituto do reconhecimento de dívida, deseja ter o seu direito seja garantido e principalmente, a indenização que lhe é devida seja realmente paga, e esse pagamento deve observar os critérios estabelecidos pela Lei Federal nº 4.320 de 1964 e é nesse momento que muitos credores podem encontrar dificuldades.

A Lei Federal nº 4.320/64, é a lei que institui as normas gerais do direito financeiro, estabelecendo os orçamentos e balanços da União, Estados e Municípios (MENDES, 2016). Portanto, a organização das despesas da Administração Pública deve seguir um planejamento certo e pré elaborado de acordo com um Plano Plurianual, objetivando atender as necessidades e realidades regionais e locais (MENDES, 2016). Dessa forma, ao utilizar de forma recorrente o instituto do

reconhecimento de dívida, a Administração Pública lança fora o orçamento planejado, ocasionando o fato de não conseguir efetivar o pagamento da indenização.

Situação que tende a se agravar com o passar do tempo, pois conforme o art. 36 das Normas Gerais de Direito Financeiro, as despesas deixadas indevidamente pela gestão anterior, mesmo que empenhadas, liquidadas e não pagas se transformam em restos a pagar, e constituem a modalidade de dívida denominada como dívida pública flutuante e como tal deverão ser equacionadas e pagas de acordo com uma ordem cronológica, conforme art. 36 da Lei nº 4.320/64, e art. 5º da Lei nº 8.666/93 (MENDES, 2016).

Sendo assim, a dívida vai ao encontro de uma fila de outras dívidas que já se encontravam nessa modalidade, de anos anteriores e pela ordem cronológica estará longe de ser adimplida, o que dificulta ainda mais o pagamento da indenização. Fato este, que faz com que muitos Contratados ingressem com as ações judiciais buscando seus direitos, o que nos leva a questionar a viabilidade do pagamento após o processo administrativo para reconhecer a dívida na esfera administrativa.

Dessa forma, questiona-se mais uma vez acerca do enriquecimento ilícito pelo Poder Público, uma vez que, diante da conexão complexa entre este e o instituto do reconhecimento de dívida, deixando o contratado de mãos atadas, prejudicado por questões burocráticas e pela inexecução do devido procedimento legal pela Administração Pública e mesmo com a dívida reconhecida, liquidada, não recebe a devida indenização.

### **3.2 – Apuração da responsabilidade dos agentes públicos:**

Para (MAZZA, 2013) o termo agente público é uma denominação genérica para se referir aos profissionais que desempenham suas funções no Poder Público. O doutrinador conceitua os agentes públicos como aqueles que, mesmo em caráter temporário ou sem remuneração, possuem vínculo profissional com o Estado. Já (DI PIETRO, 2017) preceitua que agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta.

É importante ressaltar que o termo agente público indica de uma maneira geral aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado e muitas vezes é

confundido com o termo servidor público, que se refere a as pessoas físicas que desenvolvem serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, através de vínculo empregatício e remuneração pelos cofres públicos (DI PIETRO, 2017). A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe o termo servidor público quando estabeleceu em seu art. 39 o regime jurídico para os servidores da Administração Pública, Direta, Autarquias e Fundações Públicas (DI PIETRO, 2017).

Para tanto, os agentes públicos são divididos em espécies, quais sejam: agentes políticos; ocupantes de cargo em comissão; contratados temporários; agentes militares; estatutários; empregados públicos; particulares em colaboração (MAZZA, 2013).

Dessa forma, o conceito de agente público está intrinsecamente ligado ao termo servidor público, também trazido na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos, em seu art. 2º, em que, considera servidor a pessoa legalmente investida em cargo público e na Lei de Improbidade Administrativa, que conceitua como agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública.

Para o presente estudo acerca do enriquecimento ilícito do Poder Público e o instituto legal do reconhecimento de dívida, basta compreender que, os agentes públicos são as pessoas que desempenham seu papel na Administração Pública e deverão ser considerados para eventual responsabilização dos atos exercidos, principalmente por aqueles viciados, nulos e por aqueles que ocasionarem prejuízos ao Poder Público e a qualquer pessoa, direta ou indiretamente, mediante Processo Administrativo Disciplinar ou Sindicância.

A doutrinadora (DI PIETRO, 2017) aborda a sindicância trazendo o seu significado na própria língua portuguesa, qual seja, a “operação cuja finalidade trazer à tona, revelar, mostrar algo, que se acha oculto”, o que já deixa claro com o intuito desse procedimento, além de considerar a sindicância como uma fase preliminar ao processo administrativo disciplinar, fazendo um paralelo com o inquérito policial e ao processo penal.

O processo administrativo disciplinar conforme preceitua (DI PIETRO, 2017) é iniciado através de despacho da autoridade competente, determinando a instauração diante da constatação de uma irregularidade. É, portanto, o meio para apuração de ilícitos administrativos e a forma com que se pode responsabilizar o agente público ou o servidor público.

A Lei Federal nº 8.112/90, estabelece em seu art. 143 a apuração de irregularidade, do qual pode ter os seguintes resultados: arquivamento do processo; aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias; instauração do processo disciplinar (DI PIETRO, 2017). Sendo assim, o legislador ao estabelecer no art. 59, parágrafo único, da lei de licitações que haverá a promoção da responsabilidade de quem deu causa a indenização ao particular, automaticamente se refere a sindicância ou ao processo administrativo disciplinar, definido a luz do caso concreto.

Vimos no segundo capítulo que o procedimento administrativo, bem como, as suas fases. Sendo assim, concluído a sindicância ou o processo administrativo disciplinar, pela responsabilização do agente público, em específico a culpa ou dolo que ensejou no reconhecimento de dívida e indenização ao particular, pode-se então pressupor que deverão ser aplicadas as penalidades previstas na Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, lei de improbidade administrativa, sem prejuízo daquelas que podem ser aplicadas no âmbito cível ou criminal (art. 12).

A lei de improbidade administrativa em seu art. 11 constitui como de ato de improbidade administrativa, os que atentam contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão de viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade as instituições. Nessa hipótese, o art. 12, inciso III, estabelece como penas, o devido o ressarcimento integral do dano, se houver, bem como, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoas jurídica da qual seja sócio majoritário.

O agente público ou servidor público é amparado pelos Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, e como não há o mesmo formalismo dos processos judiciais,

o servidor poderá se fazer representar no processo administrativo, seja de sindicância seja disciplinar, sozinho ou por advogado, em que, na fase defesa apresentará razões, apontamentos ou novas instruções, fazendo valer o seu direito (CARVALHO FILHO, 2013).

O Ministério Público, o Tribunal ou Conselho de Contas tomará conhecimento da existência do processo administrativo com o objetivo de apurar o ato de improbidade, mediante a representação da Comissão Processante, que em caso de fundados indícios de responsabilidade, requererá a investigação em Ação Judicial, conforme estabelece o art. 15 e 16 da lei de improbidade administrativa.

A efetiva responsabilização dos agentes e servidores públicos é necessária uma vez que, a luz de casos concretos, estes se tornarão mais responsáveis ao desempenhar suas funções na Administração Pública, observando o dever de prudência para com os seus atos, bem como aos princípios que regem o Direito Administrativo, garantindo assim, uma administração cada vez mais eficiente e transparente para com a sociedade. E como consequência dessa prudência, eficiência e transparência, e uma máquina estatal cada vez melhor, que de fato traz benefícios a sociedade.

### **3.3 – A atuação dos órgãos de fiscalização:**

Os órgãos de fiscalização exercem o controle da Administração Pública, e nesse sentido (CARVALHO FILHO, 2013) denomina controle como um conjunto de medidas jurídicas e administrativas por meio das quais o Poder Pública poderá exercer o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder.

Para (DI PIETRO, 2014) a fiscalização é um elemento básico do controle exercido na Administração Pública e consiste na verificação das atividades dos órgãos, dos agentes administrativos e da finalidade pública. Outro elemento básico de controle trazido pelo doutrinador (CARVALHO FILHO, 2013) é o de revisão, que é caracterizado pelo poder de corrigir os atos administrativos, ausentes de pressupostos de legalidade, em desconformidade com os Princípios do Direito Administrativo, buscando como fim último o interesse da coletividade.

A função maior do controle exercido pelos órgãos de fiscalização é a garantia jurídica que se dá, quando atuam de maneira efetiva, à sociedade. A Administração Pública ao desempenhar seu papel buscando administrar os interesses da população, não é livre, devendo atuar dentro dos limites que a ela estão estabelecidos em lei, possuindo como prioridade os interesses coletivos. Portanto, a Administração Pública possui legitimidade para atuar, ainda que de forma conveniente, pois através desse controle fiscalizador as condutas administrativas serão garantidas a todos (CARVALHO FILHO, 2013).

Esse controle exercido pela Administração Pública é essencial, uma vez que, através dele se combate a corrupção, impede que ocorra enriquecimento ilícito ou causas de improbidades administrativas. Entretanto, é importante que seja observado um equilíbrio, em razão de não transformar as condutas e atos administrativos demasiadamente burocráticos, de forma a atrapalhar a gestão em alcançar seus objetivos.

O controle de fiscalização no Poder Público pode ser dividido em controle interno e controle externo. O controle interno é aquele exercido pelo Poder sobre seus próprios atos e agentes, sendo o processo administrativo disciplinar e a sindicância, exemplos claros de atuação desse modo de fiscalização. Já o controle externo, é aquele exercido por um dos Poderes sobre o outro, sendo que na Administração Pública o Poder Legislativo é o legalmente instituído para tal, com o auxílio do Tribunal de Contas.

A Constituição de 1988, prevê em seu art. 71 o papel do controle externo a cargo do Congresso Nacional, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, portanto, órgão com função constitucional cujo principal objetivo é o controle financeiro externo da Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2013). Desse modo, as finanças do Poder Público, além de serem apreciadas por um tribunal, devem observar a Lei de Responsabilidade Fiscal, LC nº 101, de 04 de maio de 2000.

A Lei nº 101, de 04 de maio de 2000, dispõe sobre as medidas que a gestão pública deve tomar para tornar as finanças públicas transparentes, organizadas e controladas observando as receitas e despesas, bem como estabelece a responsabilidade fiscal dos seus agentes para com o dinheiro público.

Acerca do instituto do reconhecimento de dívida e do enriquecimento ilícito do Poder Público, são mecanismos observados atentamente pelo Tribunal de Contas uma vez que, a atribuição contida no inciso II, do art. 71 da CF/88, é bastante clara ao dizer que o órgão de controle externo, possui competência para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, bem como as contas daqueles que provocaram a perda, extravio ou outra irregularidade, causando prejuízo ao erário (CARVALHO FILHO, 2013).

O Tribunal de Contas, órgão de cúpula da fiscalização e controle externo da Administração Pública, teve suas atribuições divididas com a criação do Tribunal de Contas dos Estados e o Tribunal de Contas dos Municípios. O objetivo permaneceu o mesmo, sendo observado agora a organização, transparência e regularidade de acordo com as esferas, Estaduais e Municipais. É importante ressaltar que, não foram todos os Estados e Municípios que desenvolveram essa divisão, ficando assim submetidos ao Tribunal de Contas da União.

Outro órgão fiscalizador com destaque na atuação de controle e fiscalização é o Ministério Público conforme estabelecido no art. 1º da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, que estabelece as normas gerais adotadas na organização do Ministério Público Estadual. Fica claro a responsabilidade e o dever de atuação do Ministério Público como instituição que, de forma permanente e essencial, age em defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, principalmente na fiel observância da Constituição e das leis.

Desse modo, os órgãos de fiscalização são necessários para garantir que, a Administração Pública atue sempre respaldada na legalidade e nos princípios que norteiam o direito brasileiro, pois exercem uma função essencial a sociedade, de fiscalização e de fazer com que o Poder Público não haja de forma discricionária ignorando os seus deveres. Evita que, a população saia prejudicada pela inoperabilidade dos seus agentes ou pela corrupção que tem dominado a máquina estatal nos últimos anos.

### **3.4 – O impacto negativo da relação empresa e ente estatal:**

Para (MAZZA, 2013) o procedimento licitatório é realizado para atingir 02 (duas) finalidades essenciais a Administração Pública, quais sejam, buscar a proposta mais vantajosa e por consequência estimular a competitividade entre os interessados e oferecer a todos as mesmas condições para que possam todos concorrer em pé de igualdade. Dessa forma, dentro do nosso objeto de estudo, pode-se dizer que é através desse procedimento que o Poder Público dá início a sua relação com interessado, em que muitas vezes é uma pessoa jurídica ou uma empresa.

O Ente Estatal então apresenta uma necessidade de contratação, seja para a aquisição de produtos, seja para a prestação de serviços, utilizando-se da licitação para fazê-lo, que dentro da respectiva modalidade, chama os interessados, anunciando o objeto da contratação e, portanto, estabelece uma relação de contratante e possível contratado.

Ao chegar o fim do procedimento licitatório e com o contratado administrativo firmado entre as respectivas partes, essa relação fica ainda mais clara, pois é através desse ajuste que a Administração Pública garante a consecução dos fins públicos na forma de regime jurídico de direito público (DI PIETRO, 2014).

Os contratos administrativos se divergem dos contratos privados pelas suas peculiaridades que para (MEIRELLES, 2013) se dá em razão das interpretações serem sempre favoráveis ao interesse público e da legitimidade relativa das cláusulas contratuais que até que se prove o contrário, estão em conformidade com o direito. Outra característica indispensável do contrato administrativo são as chamadas cláusulas exorbitantes, que são regras especiais conferidas ao Poder Público garantindo uma posição de superioridade diante do particular contratado (MAZZA, 2013).

Desse modo, é possível dizer que a Administração Pública em relação aos particulares contratados, sempre exercerá prerrogativas que lhe serão favoráveis por atuar em nome do interesse público e portanto, os interessados em contratar com o Poder Público deverão se atentar as regras aplicadas de forma unilateral.

Essa relação que é estabelecida entre o Ente Estatal e os particulares que demonstram interesses de firmar contratos, se parece muito burocrática e onerosa para ambas as partes, pois, a Administração Pública não é livre para contratar como

bem entender e deve observar uma série de procedimentos imprescindíveis para garantir a legalidade das contratações (DI PIETRO, 2014). Bem como, o interessado deve seguir intrinsecamente as condições estabelecidas por esta e observar a idoneidade moral e jurídica para celebrar contrato com o Poder Público. A burocratização do processo não é de todo negativo para os procedimentos, uma vez que coíbe as possíveis irregularidades ou a corrupção no caminho.

Somado a essa burocratização e onerosidade, há também que se falar do desgaste gerado pelo processo para o reconhecimento de dívida, uma vez que o particular contratado se vê em situação de prejuízo aguardando as medidas da própria Administração Pública diante do caso concreto. E mesmo que o art. 59, parágrafo único, da Lei de Licitações garante ao particular uma indenização, este depende de outras medidas administrativas, como a declaração da nulidade do contrato, a instauração do procedimento administração para apuração do erro e outros, até chegar de fato ao pagamento daquilo que houver executado. É nesse sentido que umas das principais consequências é o enriquecimento ilícito do Poder Público.

Por fim, o desgaste da relação empresa e ente estatal acaba se tornando inevitável, e o interesse que o particular deveria ter para contratar com a Administração Pública acaba se perdendo. Fato que deve ser levado em consideração pelos Agentes Público, pois haverá casos que apenas determinadas empresas serão capazes de oferecer o serviço ou os objetos pretendidos, se estas estiverem com as relações com o Poder Públicos desgastados, o processo se torna ainda mais delicado.

### **3.5 – O reconhecimento de dívida na nova lei de licitações:**

Após 25 (vinte e cinco) anos de tramitação no Legislativo, a Nova lei de Licitações, Lei nº 14.133, foi sancionada em 1º de abril de 2021, trazendo os ajustes necessários decorrentes da prática e da aplicabilidade da Lei nº 8.666 de 1993, e também das leis complementares como, a Lei nº 10.520/2002, Lei do Pregão e a Lei nº 12.462/2011, Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), entre outras.

Em um exame básico da nova legislação, pode-se perceber que houve a reunião das leis esparsas e a concentração dos entendimentos da doutrina e da jurisprudência que foram constituídos ao longo desses anos. E para o presente estudo

acerca do art. 59 da Lei 8.666/93 e do enriquecimento ilícito pelo poder público, faz-se necessário relatar em como esse instituto legal foi abordado pela nova lei, bem como se houve mudanças significativas.

De forma simplista, o art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93, foi transcrito na sua literalidade e pode ser encontrado na nova Lei nº 14.133/2021 no art. 149. Apesar da transcrição na sua forma literal, o art. 149 agora deve contar com os artigos 147, 148 e 150 para melhor aplicabilidade do instituto.

Para que houvesse o reconhecimento da dívida, bastava que o contrato administrativo ou o procedimento licitatório que deu origem a tal contrato apresentasse uma nulidade ou vício insanável, ou seja, a Administração Pública não tinha critérios ou condições preestabelecidas que limitassem a aplicação do instituto, mesmo que esse possuía caráter de excepcionalidade. Agora com a Nova Lei de Licitações esse cenário é transformado, pois o art. 147 apresenta em quais condições e hipóteses há interesse público, com a devida avaliação, em anular um contrato administrativo ou um procedimento licitatório. Portanto, o ponto inicial para o reconhecimento de dívida será seguindo os aspectos trazidos por tal artigo.

Dessa forma, com a nova disciplina legal, a Administração Pública deverá avaliar os impactos e as consequências da nulidade ou extinção do contrato administrativo e o procedimento licitatório poderão gerar, ponderando se fato essa decisão será de acordo o interesse público e ou em favor da coletividade. Inovação trazida pelos legisladores impactará de forma positiva os casos concretos daqui em diante, uma vez que, essa análise prévia e a devida observância de critérios e condições, ofertando uma maior segurança jurídica para aqueles que estabelecerem contratos com o Poder Público.

## **CONCLUSÃO**

O estudo acerca do enriquecimento ilícito do Poder Público sob a ótica do art. 59 da Lei 8.666/93 teve início com a análise do procedimento licitatório e da elaboração dos contratos administrativos no Brasil. Por meio dessa análise foi possível destrinchar os requisitos estabelecidos em lei acerca do processo de licitação da Administração Pública, apresentando suas principais características e aspectos que permitissem a compreensão do recorte do tema, além de estruturar o entendimento acerca dos aspectos dos contratos administrativos que é, em regra, o objetivo principal de um processo licitatório.

Dessa forma, conhecer as regras do processo licitatório e as regras para a elaboração de um contrato no âmbito do Poder Público foi extremamente importante pois, por meio dessa noção geral prévia, o estudo se tornou relevante e necessário, compreendendo-se que o instituto legal do reconhecimento de dívida, trazido no art. 59, parágrafo único, da Lei de Licitações, é uma exceção e não deve ser aplicado de maneira usual e sem o devido dever de cuidado pelos agentes públicos.

Nessa perspectiva, a análise do gestor público como aplicador da lei foi fundamental pois considerando que foram estabelecidas regras para a realização de processo licitatório ou contrato administrativo, e considerando que o legislador previu uma exceção a tais regras, isso demonstra que em algum caso ou momento a regra não será cumprida e, portanto, ensejará na aplicação do instituto legal do reconhecimento de dívida.

Entretanto, a complexidade dessa aplicação requer dos agentes públicos um dever de cuidado ainda maior pois o caráter excepcional desse instituto é inerente ao despreparado da Administração Pública para cumprir a regra estabelecida em lei.

Outro fator importante constatado pelo presente estudo é que as exigências do reconhecimento de dívida para gerar uma indenização ao particular não são suficientes para evitar o enriquecimento ilícito pelo Poder Público, pois quando a Administração Pública usa de forma inadequada esse mecanismo gera diversas consequências que não foram previstas pelo legislador.

Uma vez que a Administração Pública não garante o efetivo pagamento ao particular sob a ótica do reconhecimento de dívida, seja por falta de recursos não previstos em orçamento, seja pelo lapso temporal que faz com o débito caia no montante dos restos a pagar, o enriquecimento ilícito fica ainda mais explícito. Ou seja, o prestado tem o seu direito reconhecido, apurado em processo administrativo, a dívida empenhada, liquidada, mas não paga.

Além disso, as consequências principais dessa problemática como, a banalização do instituto legal, a falta de apuração da responsabilidade de quem deu causa a indenização, e relação desgastada entre o Ente Estatal e o Poder Público, tendem a se gravar com a uso recorrente de tal instituto, bem como pela ineficiência do pagamento dos serviços que foram prestados. Sendo assim, a Administração Pública deve atentar-se para as problemáticas que foram elencadas objetivando soluções para tornar o serviço público mais eficiente, célere, econômico e ideal a toda a sociedade.

## REFERÊNCIAS

AGUILAR, Ana Patrícia. Contratos de gestão. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 491, 10 nov. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5913>. Acesso em: 4 nov. 2020.

ALEXANDRINO, Marcelo, Paulo, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 21ª edição. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 3ª edição. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

BRASIL. Advocacia-Geral da União, Orientação Normativa nº 4, de 01 de abril de 2009.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto nº 9.412 de 18 de junho de 2018.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

BRASIL. Lei nº 40, de 14 de dezembro de 1981.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000.

BRASIL. Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº473.

BRAZ, Petrônio. Tratado de Direito Municipal, v.2. 3ª edição. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2009.

CARVALHO, Franklin Ramos de. Do pagamento por indenização na contratação sem licitação. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2627, 10 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17375>. Acesso em: 29 set. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34ª edição. São Paulo: Atlas. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27ª edição. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O direito dos particulares à indenização no caso de desfazimento (revogação e anulação) de licitações e contratos administrativos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2155, 26 maio 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12904>. Acesso em: 5 out. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27ª edição. São Paulo; Atlas S.A, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30ª edição. Rio de Janeiro; Forense, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LIRA, S. R. B. de. Os 10 pecados capitais do Gestor Público. 2009.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 3ª edição. São Paulo; Saraiva, 2013.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei 8.429/92. 3ª edição. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2006.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Sérgio. Administração financeira e orçamentária. 6ª edição. São Paulo: Método, 2016.

NETO, João Pedro Gebran. Transparência pública. Revista Online – Administração. Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. Disponível em <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=37>>. Acesso em 18 de novembro de 2020.

ODAIR, Raposo Simões. Reconhecimento de Dívida em Contratos Públicos Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 set 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38070/reconhecimento-de-divida-em-contratos-publicos>. Acesso em: 29 set 2020.

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. v. 6, n. 3, p. 3-20, out/dez. 2011.