

FACER - FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

EDUARDO MARQUES DE CARVALHO



Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

**PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E O COMBATE À
PERSONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO
DAS LICITAÇÕES.**

RUBIATABA - GOIÁS

2010

FACER - FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

EDUARDO MARQUES DE CARVALHO



Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

**PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E O COMBATE À
PERSONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO
DAS LICITAÇÕES.**

Monografia apresentada junto à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER – sob a orientação do professor Glayzer Antônio Gomes da Silva, especialista em Direito Público Constitucional e Administrativo.

RUBIATABA - GOIÁS

2010

32737
Saveri

Tombo n°	17699
Classif.:	34
Ex.:	J.
Origem:	d
Data:	03-02-11

FOLHA DE APROVAÇÃO

EDUARDO MARQUES DE CARVALHO

**PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E O COMBATE À
PERSONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO
DAS LICITAÇÕES.**

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO BACHARELADO EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

Resultado: _____

Orientador _____

**Glazer Antônio Gomes da Silva
Especialista em Direito Público Constitucional e Administrativo**

1º Examinador _____

**Geruza Silva de Oliveira
Mestre em Sociologia**

2º Examinador _____

**Valtecino Eufrásio Leal
Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual**

Rubiataba, 2010

DEDICATÓRIA

Toda a dedicação deste trabalho primeiramente a Deus, pois sem Ele não teria forças para estar aqui, desfrutando desta oportunidade de crescimento. Aos meus pais Alvimar e Maria, minha esposa e meu filho, pela ajuda incondicional que me proporcionaram.

Em especial, ao meu tio José Marques, quem mais me apoiou nesta etapa acadêmica, deu-me o apoio mais significativo para fazer diferença em meu possível êxito pessoal.

E, a todos os colegas que compartilharam comigo todos os momentos desta caminhada, amigos acadêmicos, professores e todos os demais que contribuíram durante a realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

As dificuldades não foram poucas...

Os desafios foram muitos...

Os obstáculos, muitas vezes, pareciam intransponíveis.

A Deus devo agradecer a minha perseverança nesta luta, aos meus pais constante admiração, à minha esposa e meu filho minha dedicação. Aos meus professores agradeço o exemplo de profissionalismo, ao meu orientador devo exímia admiração, e a todos que me ajudaram meu afeto.

RESUMO: Os princípios informativos que são premissas basilares de toda Administração Pública e, como delimitação do tema, aborda-se a questão do personalismo na própria Administração e com foco no processo de Licitação Pública, este que envolve contratação de serviços, compras, obras, alienações e locações pelo Poder Público, conseqüentemente percebe-se que são negociações de grande vulto. Foram açambarcadas temáticas relacionadas ao conceito de Direito Administrativo, corrupção pública, princípios informadores do processo de Licitação, crimes cometidos neste âmbito para identificar as respectivas condutas personalistas, implicações e obstáculos à aplicação do Princípio da Impessoalidade na Licitação e uma possível reação ao personalismo.

Palavras-chaves: Administração Pública, Princípio da Impessoalidade Administrativa, Personalização da Administração Pública, Licitação Pública.

ABSTRACT: The principles that are informative basic assumptions of the whole public administration and, as the delimitation of the topic, addresses the question of personalism in his own administration and focused on the Bidding process, this involves contracting services, procurement, construction, disposals and leases by the Government, therefore it is clear that negotiations are large scale. Were monopolized themes related to the concept of administrative law, public corruption, whistleblowers principles of the Solicitation process, crimes committed in this context to identify the respective managements personalist, implications and obstacles to implementing the principle of impersonality in the bidding and a possible reaction to personalism.

Keywords: Public Administration, Administrative principle of impersonality, Personalization of Public Administration, Competitive Bidding.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. HISTÓRICO E BREVES CONCEITOS SOBRE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONDUTAS CONCUPISCENTES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	14
1.1. Formação do Direito Administrativo.....	15
1.2. Conceito de Direito Administrativo.....	16
1.3. Origem da corrupção.....	18
1.4. Origem da corrupção administrativa no Brasil.....	19
2. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PROCESSO DE LICITAÇÃO.....	20
2.1. Princípios Constitucionais da Administração Pública.....	22
2.1.1. Princípio da Legalidade.....	22
2.1.2. Princípio da Impessoalidade.....	22
2.1.3. Princípio da Moralidade Administrativa.....	23
2.1.4. Princípio da Publicidade.....	23
2.1.5. Princípio da eficiência.....	24
2.2. Estudo com foco no Princípio da Impessoalidade em específico.....	24
2.3. Noções gerais sobre o Processo de Licitação Pública.....	28
2.4. Noções Peculiares ao Processo de Licitação Pública.....	30
2.5. Modalidades de Licitação Pública.....	31
2.5.1. Concorrência.....	32
2.5.2. Tomada de preços.....	33

2.5.3. Convite.....	33
2.5.4. Concurso.....	33
2.5.5. Leilão.....	34
2.5.6 Pregão.....	34
2.6 Princípios Aplicáveis à Licitação Pública.....	35
2.7 Abordagem Doutrinária do princípio da impessoalidade nas licitações públicas.....	39
3. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIDADE DO AGENTE.....	41
3.1. Sujeitos envolvidos e tipos de responsabilidade em relação à corrupção e crimes da Lei de Licitações.....	41
3.2. Sujeitos da corrupção em espécie.....	41
3.3. Condutas concupiscentes previstas na Lei de Licitações.....	44
3.4. Responsabilidades nos crimes cometidos por agente público personalista.....	52
4. IMPLICAÇÕES E OBSTÁCULOS À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE NA LICITAÇÃO.....	55
4.1. Breves noções sobre personalização da Administração Pública.....	55
4.2. Personalização da administração pública.....	56
4.3. Possível reação ao personalismo.....	59
4.4 Divisão do processo de licitação em fases e procedimentos.....	61
4.4.1. Aplicação do princípio da impessoalidade na fase interna.....	62
4.4.1.1 A delimitação do objeto.....	64
4.4.1.2 Estimativa de preço ou valor.....	65
4.4.1.3 Elaboração do instrumento convocatório.....	66

4.4.1.4 Situações de dispensa e inexigibilidade de licitação.....	71
4.4.1.5 Formação da Comissão de Licitação.....	73
4.4.2. Aplicação do princípio da impessoalidade na fase externa.....	74
4.4.2.1. Publicação.....	75
4.4.2.2. Habilitação.....	77
4.4.2.3. Julgamento e classificação das propostas.....	78
4.4.2.4. Homologação.....	80
4.4.2.5. Adjudicação.....	80
4.4.2.6. Revogação.....	81
4.4.2.7. Anulação.....	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	87

INTRODUÇÃO

O objetivo primordial e temático proposto para o trabalho é um estudo sobre os Princípios da Administração Pública, em especial o da Impessoalidade Administrativa dentro do Processo de Licitação Pública, e como ele é aplicado na Administração Pública contemporânea, peculiaridades sobre o tema da corrupção que se tornou um problema do cotidiano da sociedade. Se há uma solução e quais as maneiras de combater a personalização da Administração Pública, em especial dentro do processo de Licitação Pública.

Esse enfoque gira em torno da aplicação do Princípio da Impessoalidade Administrativa dentro do processo de Licitação Pública, com uma proposição de trabalho, a compreensão de onde o erário se confunde com o patrimônio pessoal do administrador, no Processo de Licitação, compreender de forma sucinta porque o cidadão geralmente não tenha interesse em acompanhar os fatos da Administração Pública, porque o personalismo passa de maneira tão trivial ao senso crítico da sociedade.

A corrupção e fraude administrativas em Licitações é tema corriqueiro em jornais, revistas, televisão, internet, informativos, entre outras mídias informativas. No dia a dia, nas rodas de conversa, quando se fala em política, já se assimila uma idéia de um sistema desacreditado.

É notório que todos os servidores da Administração Pública devem obediência ao princípio da impessoalidade, não é de forma diferente dentro do processo de Licitação que é ato e princípio administrativo, então surgem as indagações: se é possível ou não barrar o personalismo administrativo? O que pode ser feito na prática? Porque o cidadão não se interessa? Há alguma reação no que diz respeito ao combate ao personalismo administrativo? O que pode acontecer com o administrador ímprobo?

Todas estas indagações serão postas em análise, estudo e possível elucidação. Tentando assim, identificar as imperfeições do processo de Licitação, propor soluções práticas em algumas fases e procedimentos da mesma, que possivelmente poderão fazer a diferença.

Toda esta sistemática de estudos depende de uma noção sucinta sobre Direito Administrativo, os capítulos desenvolvidos aÇambarcam o histórico e definições sobre este ramo de Direito e sobre a conduta concupiscente do ser humano no processo de Licitação.

Assim, partindo para uma abordagem mais específica dos princípios informadores da Administração Pública com foco no da Impessoalidade Administrativa.

E, como delimitação ao de pesquisa científica, é abordado o Processo de Licitação Pública e suas modalidades, os princípios aplicáveis a este processo, condutas concupiscentes previstas na Lei de Licitações e Contratos da Administração, identificação dos sujeitos e tipos de responsabilidades, personalização da Administração Pública, possível reação ao personalismo e, de mister importância, como essência do trabalho, as implicações e obstáculos à aplicação do princípio da impessoalidade na licitação. Chegando a este ponto, há uma divisão sistemática no processo de Licitação em fases interna e externa, também seus procedimentos específicos, para melhor elucidação de como ocorrem e, se possível, quais as maneiras de erradicação do personalismo neste âmbito.

Para o alcance do objetivo proposto à compreensão acadêmica do tema em questão, é utilizada a metodologia bibliográfica de estudo, monografia de compilação pela pesquisa bibliográfica e de legislações, e organização dos argumentos com base em posturas doutrinárias. Utiliza-se um método de abordagem indutivo do tema em questão por se tratar de um tema consolidado, mas com possibilidade de conclusão de raciocínio de forma verossímil, que, em outras palavras, é *“um raciocínio que parte de premissas para sua conclusão, a conclusão de um fundamento particular através de uma proposição geral”*¹.

A temática é área de profundos debates e discussões entre os cidadãos que têm interesse em se interar dos acontecimentos que envolvem a Administração Pública e o erário. Há uma utilização de métodos de pesquisa secundários como meios eletrônicos / internet, jornais e legislação para fins de informação suplementar.

O primeiro capítulo expressa um breve histórico sobre o Direito Administrativo e condutas concupiscentes na Administração Pública. Envolvendo a formação deste ramo do Direito, conceitos, e origem e conceito de Corrupção Administrativa.

Já, no segundo capítulo, encontra-se os princípios informadores da Administração Pública e do Processo de Licitação. Os princípios constitucionais da Administração Pública com enfoque no Princípio da Impessoalidade, noções gerais e peculiares sobre Licitação e seus respectivos princípios aplicáveis.

¹ Disponível em < http://www.philosophy.pro.br/dedutivo_indutivo.htm > acesso em 05 jan. 2011.

Logo após, o terceiro capítulo, que traz os crimes contra a Administração Pública e as respectivas responsabilidades dos agentes que os cometem.

E, por final, no quarto capítulo aborda-se as implicações e obstáculos à aplicação do princípio da impessoalidade na licitação, ou seja, formas de personalização da Administração Pública na Licitação.

1. HISTÓRICO E BREVES CONCEITOS SOBRE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONDUTAS CONCUPISCENTES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para desenvolver uma pesquisa hábil na definição de corrupção administrativa dentro das licitações tema principal deste trabalho, faz-se necessário entender sobre o Direito Administrativo, especificamente sobre seus princípios informativos, sem os quais não se teria um pilar sustentador para uma posterior estruturação do que hoje é este ramo do direito. O Direito Administrativo é a ferramenta pela qual se pode identificar e combater as várias formas de corrupção e realizar seu controle.

O Direito Administrativo, como ramo autônomo do direito público, regulamenta as relações jurídicas advindas das ações da administração pública, ações estas que possibilitam aos administradores a prática da corrupção contra o patrimônio público, sendo assim contra os administrados.

O Direito Administrativo compreende as regras que delimitam as funções do Estado no serviço público, regras que compreendem a obediência aos dispositivos infra constitucionais, em destaque no trabalho o que dispõe o caput do artigo 37 da Carta Magna ao se referir sobre os cinco princípios que aqui se enfatizar, focando em especial o princípio da impessoalidade.

Partindo para o objeto específico do trabalho, o princípio da impessoalidade aplicado ao processo de Licitação Pública disposto constitucionalmente no artigo 37, em seu inciso XXI. Princípios administrativos que todos os servidores da administração pública devem obediência, e que os administrados também devem ter o devido respeito. Isto posto a fim de evitar a fraude ou corrupção na forma ativa ou passiva dentro da administração pública ou, especificamente, venha a macular o processo de Licitação conforme é previsto legalmente.

A corrupção administrativa e a fraude à licitação entram neste contexto como sendo uma forma de deturpar os princípios aqui aludidos, um atentado contra o múnus público, depravação e devassidão por parte dos que lhe são confiados o bem público. A corrupção, em fim, podridão que merece um profundo estudo e conseqüente entendimento o bastante para que se possa encontrar, se é possível uma solução, ou pelo menos uma maneira de eliminar o máximo possível da Administração Pública, no âmbito do procedimento licitatório.

1.1. Formação do Direito Administrativo

Este ramo do direito nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX, embora antes já existirem normas de direito administrativo de forma esparsa, da mesma maneira que antes existiram mais normas de outros ramos de direito hoje existentes, desta forma todas estas compunham um direito civil de forma geral.

O que havia eram normas esparsas relativas à coordenação e funcionamento da administração pública, não existia um ramo específico do direito administrativo, até mesmo porque não se configurava uma elaboração dos seus regulamentos baseados em princípios informativos como acontece hoje, é o que lhe garante sua autonomia.

Na idade média o Direito Administrativo não encontrou ambiente favorável ao seu desenvolvimento, época em que o poder era absoluto e monárquico. O rei tinha sua vontade equiparada ao que hoje é a lei, e cabia aos servos ou vassallos a devida obediência. Como soberano o rei não podia ser submetido aos tribunais, seus atos se colocavam acima destes, sendo que numa primeira fase o rei é quem tinha o poder de decidir conflitos particulares, somente numa fase posterior que tais conflitos eram postos à apreciação de um conselho mediante delegação da função judicial do rei para este conselho. O conselho, apesar de decidir os conflitos, tinha sua função judicante delegada pelo soberano o rei, como consequência existia uma subordinação para com ele.

Em outro tempo, com a implantação do Império, existiu a divisão de poderes: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador. Sendo que o Poder Executivo e o Moderador eram concentrados na mão do Imperador. Já existia nesta época, uma administração pública organizada, porém regida pelo direito privado, em que ao Conselho de Estado era incumbida somente a aplicação deste direito.

Em fim, a formação do Direito Administrativo com sua devida autonomia se deu juntamente com a do Direito Constitucional e outros ramos do direito, na fase do Estado moderno com a definição do que hoje é o Estado de Direito, fixando sua estrutura sobre os princípios da legalidade e da separação de poderes. O princípio da legalidade imprimiu que todos se submetessem à lei, até mesmo os governantes e, em paralelo; o princípio da

separação de poderes com o objetivo de assegurar a proteção dos direitos individuais que são aplicados em relações com particulares e destes com o Estado. Com o fim dos regimes absolutistas é que surgiu o conceito de Estado moderno: o Estado de Direito. Um marco histórico do surgimento do Direito Administrativo foi a Revolução Francesa, de 1789.

A formação do Direito Administrativo no Brasil, como ocorreu na Europa continental, não nasceu de forma autônoma enquanto esteve sob o regime absolutista da monarquia. No período colonial, época das capitânicas, os donatários destas detinham em suas mãos o poder delegado pelo monarca português. Logo após, com a criação do governo-geral no Brasil, o governador-geral concentrava em suas mãos a grande parte dos poderes divididos para: governador-geral, provedor-mor e ouvidor-geral, sendo entendido assim que ele detinha no lugar do rei, o poder monárquico brasileiro.

1.2. Conceito de Direito Administrativo

Na definição de Direito Administrativo podem se observar vários critérios, que serão abordados neste momento, para posterior definição geral sobre o ramo de direito em questão.

Primeiramente, o critério do serviço público, que teve sua formação na França, teve sua inspiração na jurisprudência do caso Blanco, em 1873, em que o Conselho de Estado francês passou a considerar a competência dos Tribunais Administrativos em função da execução de serviços públicos. Tal critério, não teve êxito por considerar de competência administrativa as situações em que houvesse o serviço público, porém existem serviços que mesmo sendo públicos podem ser exercidos parcialmente em regime de direito privado.

Outro critério usado para definição foi o do Poder Executivo, que consistia na tese que as atividades deste Poder eram disciplinadas e organizadas pelo Direito Administrativo. O que não procede, pelo fato de que o mesmo poder em questão tem suas atividades controladas também por outros ramos do direito, como é o caso do Direito Constitucional, Direito Penal, Direito Internacional, dentre outros.

Existe também o critério das relações jurídicas, que também não é o bastante, pois considera o Direito Administrativo como sendo um conjunto de normas para o fim de regulamentar as relações entre administradores e administrados. Este critério não considerou

que as relações entre administradores e administrados também são regidas por outros ramos do direito, e não exclusivamente pelo Direito Administrativo, os outros ramos podem ser o Direito Constitucional, Eleitoral, Penal, Processual, Tributário, que aqui também são competentes para conduzir algumas relações jurídicas.

O critério teleológico definiu o Direito Administrativo como sendo um sistema de princípios jurídicos, responsável pela condução da atividade estatal e conduzindo seu fim, o de utilidade pública. Sistema jurídico para organização do Estado em suas funções.

No critério negativo, há que se considerar que o aspecto positivo abarca todos os meios jurídicos pelos quais o Estado busca a realização de seus fins de utilidade pública, assim sendo, o critério negativo define com a exclusão das funções do Estado de legislar, jurisdição e atividades de caráter patrimonial privado.

O critério da administração pública diz que o Direito Administrativo é, de forma simplificada, o conjunto de princípios que norteiam a administração pública. De forma mais ampla, é o ramo do direito que rege a administração pública, definindo seu pessoal, sua organização política. Sua definição neste critério emprega que são os princípios jurídicos que regem a administração pública em seu todo.

Partindo para uma definição geral, tomados pelo Direito Administrativo como sendo um ramo do direito público que tem por objetivo regulamentar a atividade estatal em sua finalidade de utilidade pública, traçando suas finalidades e limites para sua atuação, objetivando regular toda sua estrutura funcional. Não obstante do que se expressa, neste sentido assevera (DI PIETRO, 2008, p. 47):

Partindo para um conceito descritivo, que abrange a Administração Pública em sentido objetivo e subjetivo, definimos o Direito Administrativo como o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

Na mesma orientação, destaca-se entre os doutrinadores de Direito Administrativo a definição de (MEIRELLES, 2001, p. 34):

O conceito de Direito Administrativo Brasileiro, para nós, sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.

Assim desta forma, entendendo mais sobre a definição de Direito Administrativo e logo sobre os princípios administrativos é que se tem uma bagagem suficiente para passar a discorrer sobre a corrupção administrativa em espécie dentro das licitações. Tem-se que entender o papel do administrador que é agente público, e do administrado dentro das licitações, para facilitar posterior definição de como acontecem algumas espécies de corrupção ou fraude às licitações, e possíveis soluções.

1.3. Origem da corrupção

Primeiramente abordar-se-á uma visão ou crença religiosa e assim adentrar ao nascedouro da corrupção que vem desde a história que Lúcifer, um dos anjos de Deus, não se satisfaz com a sua posição de criatura e tentou tomar para si a posição como criador, algo que Deus nunca prometeu dar. Além da história de Adão e Eva que foram criados por Deus e experimentaram a corrupção pelo pecado ao desobedecerem a uma imposição divina. E por fim, o discípulo Judas Iscariotes, que veio a entregar Jesus aos seus perseguidores em troca de trinta moedas.

Na Mitologia existiu também a figura de Deuses, concupiscentes que, como nós humanos, tem essa tendência natural somadas às características como: ciúme, inveja, traição e violência.

A palavra corrupção vem do latim *corruptus*² que não significa nada mais que “quebrado em pedaços”, “apodrecido”, “pútrido”, depravação, devassidão ou decomposição, em uma primeira acepção.

Percebem-se que desde a origem da humanidade e a conseqüente evolução do homem em sociedade, existiu a concepção desta forma de adquirir vantagem, em infringência a

² Disponível em < http://www.fjb.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=137:corrupcao&catid=51:artigos&Itemid=11 > acesso em 05 jan. 2011.

preceitos existentes, assim o caminho mais fácil para adquirir algo é atração para que o homem caia nesta modalidade de comportamento, a corrupção.

1.4. Origem da corrupção administrativa no Brasil

No campo administrativo, pode-se dizer que a autoridade ou poder conferido ao indivíduo tem como uma consequência direta a suscetibilidade à corrupção. Em outras palavras, o ser humano não é perfeito e dentre estas imperfeições existe a de que o indivíduo, ao ser investido de uma função que lhe dê poder, privilégios, distinções e imunidades, tenha concomitantemente somado o sentimento de concupiscência.

Existiu a disseminação da crença de que o brasileiro herdava má índole, e que em seus genes a predisposição à corrupção sempre existiu, o que hoje em uma análise consciente não procede.

A origem exata da corrupção brasileira não se consegue identificar, mas, desde que foi estabelecido um Brasil Império, até hoje com nossa República Federativa, foram identificados casos de corrupção. Neste raciocínio, segue a origem mundial da corrupção, desde a constituição da sociedade e a possibilidade de adquirir vantagens de maneira ilícita ou imoral, aqui no caso, adquiridas em razão da usurpação do patrimônio público, assim é o caso da corrupção administrativa brasileira.

Nesta linha de pensamento, conclui-se que a corrupção administrativa no Brasil surgiu desde o momento da organização estatal, ou seja, desde quando foi constituída uma administração para o País. Por conseguinte, esta conduta dentro das licitações deve ter sido verificada desde a instituição do procedimento de aquisição de obras ou serviços observando este princípio.

2. PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PROCESSO DE LICITAÇÃO

Tendo como proposição que os princípios formam os pilares e a base do ordenamento jurídico, tem-se a idéia de que eles são a estrutura sobre o qual se constrói este ordenamento, são premissas basilares que norteiam a Administração Pública em sua função social de utilidade pública. Atentos à devida importância destes princípios, resta ao menos a definição e entendimento de cada um.

A Administração Pública se pauta nestes princípios para garantir legalidade e validade em seus atos. Existem os princípios administrativos da: legalidade, supremacia do interesse público, impessoalidade, presunção de legitimidade ou de veracidade, especialidade, controle ou tutela, autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, publicidade, moralidade administrativa, razoabilidade e proporcionalidade, motivação, eficiência e da segurança jurídica, dentre outros.

Sem desmerecer os demais, a Constituição Federal da República, no caput de seu artigo 37, expressa os cinco princípios observados obrigatoriamente pela Administração Pública contemporânea, que se irá abordar especificadamente: da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O mesmo artigo 37 da Carta Magna traz disposições gerais da Administração Pública que podem dar ensejo a algumas das possibilidades de corrupção administrativa ou fraude a licitação, assim apresenta-se o referido artigo e os principais dispositivos deste que nos interessam em nosso estudo, segue *in verbis*³:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

³ A expressão em latim *in verbis* significa nestes termos. Disponível em: <<http://www.diretonet.com.br/dicionario/exibir/871/In-verbis>> acesso em 30 mai. 2010.

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão 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.

§ 7º A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Por conseguinte, analisar-se-á um a um, os cinco princípios que compõem o norteamento da Administração Pública para melhor proceder na verificação das condutas de personalização por parte dos administradores, sendo que em muitas situações necessita-se conhecer tais princípios para a correta análise do tema.

2.1. Princípios Constitucionais da Administração Pública

2.1.1. Princípio da Legalidade

Nasceu com o Estado de Direito como umas das principais garantias aos direitos individuais. A lei, ao mesmo tempo que define a atuação da administração, a restringe de modo que esta não sobrevenha prejudicando o interesse da coletividade na ilegalidade. Isso se resume na forma de que a administração pública não fará nada que não seja em virtude de lei que defina esta atuação.

O mesmo princípio, aplicado de forma geral, garante a liberdade individual de maneira que ninguém é obrigado a deixar de fazer algo que não seja em virtude de lei, diz respeito à obediência legal. Na esfera administrativa, o princípio aqui estudado tem uma aplicação diversa: a administração pública é obrigada a se pautar em sua atuação pelo que lhe é expresso em lei, somente pelo que a lei prevê.

2.1.2. Princípio da Impessoalidade

Abordando a proposição geral sobre o princípio em tela, esse atributo de conduta impessoal deve ser observado em relação ao administrado, e também em relação à própria administração.

Significa que em relação aos administrados, a administração pública deve se pautar sem prejudicar ou beneficiar indivíduos determinados, seguindo o sentido expressado no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Em relação à própria administração, significa que os atos administrativos são imputáveis não ao próprio agente que os executou, mas a quem este representa em sua função pública, e ressalta-se que os atos administrativos realizados por ele não são próprios, são em nome da entidade que o mesmo representa. Neste sentido, a promoção pessoal da autoridade ou agente em nome de cargo ou função pública é vedada constitucionalmente.

Esta foi a disposição geral sobre o referido princípio, posteriormente se realçará o significado deste princípio em definição específica de seu conteúdo e peculiaridades.

2.1.3. Princípio da Moralidade Administrativa

Alguns autores não sustentam a existência deste princípio, sob a égide de que a definição de moral administrativa é vaga e imprecisa, ou até mesmo que o princípio da legalidade absorva a referida definição.

Uma das distinções que se pode entabular entre o direito e a moral é que o primeiro tem haver com a questão de legalidade e o segundo a respeito de honestidade. Às vezes nem tudo que é imoral é ilegal, pois a moralidade depende da vontade interior do indivíduo, pois mesmo que seja permitida legalmente uma atitude, por sua possível desnecessidade ela se tornaria imoral se executada. Há que se observar neste contexto os costumes: o que a sociedade toma por definição de o que é honesto ou não.

Tomando por idéia a distinção entre moral e direito, desenha-se um breve conceito sobre o que seria a moralidade administrativa, que é a conduta em conformidade com a moral, ética, bons costumes, boa-fé, regras de boa administração, justiça e equidade, ou seja, um conceito ampliado de honestidade.

2.1.4. Princípio da Publicidade

Publicidade traz ideia de público ou propaganda, neste sentido este princípio exige a ampla divulgação dos atos administrativos, todavia têm de ser observados os casos de sigilo na defesa da intimidade ou mesmo interesse social o exigir, e demais casos expressos em lei.

A própria Constituição Federal tem dispositivos que restringem ou exigem a publicidade administrativa.

Tem o objetivo de oferecer transparência na Administração Pública, favorecer o interesse coletivo com a divulgação dos atos administrativos, divulgando os atos e ações da Administração Pública. Sendo assim, uma das ferramentas de controle da administração

pública por parte da sociedade, embora possivelmente não utilizado de forma plena e proveitosa, talvez pelo desinteresse por parte da sociedade.

Este princípio é uma importante conquista democrática, fazendo-se como a ferramenta mais adequada para o controle da administração pública, aliada ao princípio da impessoalidade que traça os devidos parâmetros. Maneira de fazer ciência dos atos administrativos a sociedade em geral, para possível posterior elucidação de qualquer destes atos.

2.1.5. Princípio da eficiência

Acrescido em nossa Carta Magna, no seu artigo 37, pela emenda nº 19 de 04 de junho de 1998, que dispôs sobre modificação no regime, princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, entre outras providências que foram tomadas.

Traz em sua definição, como sendo o exercício das funções pelo agente público de forma mais perfeita possível, com total presteza e rendimento profissional, ou seja, alcançando uma eficiência satisfatória no desempenho de cargo administrativo.

No bom desempenho, em outras palavras a eficiência, de suas funções públicas o agente conseguirá automaticamente o melhor resultado possível. Impõe aos seus agentes a persecução do bem comum, a atuação de forma mais proveitosa dentro dos princípios administrativos e parâmetros legais, para objetivar um resultado mais proveitoso possível à sociedade.

2.2. Estudo com foco no Princípio da Impessoalidade em específico

Já foi abordada a posição deste princípio em relação ao administrado e à própria administração, a conduta administrativa sem prejudicar ou beneficiar indivíduos determinados e a característica de que os atos administrativos são impessoais.

Agora, resta adentrar no que pode ser o princípio que atrai toda a atuação da Administração Pública, está presente em concursos públicos, provimento de cargos e funções de confiança, contratações temporárias, intervenção da propriedade privada, atuação de empresas estatais, pagamentos devidos pela Fazenda Pública, entre outras funções administrativas.

Como visto nas áreas de atuação da administração, o princípio da impessoalidade pode ser ferido de diversas maneiras, como exemplificou (CARVALHO, 2005, p. 19):

... Os concursos públicos fraudados, a distribuição de cargos em comissão e das funções gratificados como instrumento de barganha política, a utilização das desapropriações como forma de perseguição e a publicidade dos atos administrativos como forma de promoção pessoal dos agentes públicos são alguns exemplos ainda presentes que traduzem a resistência do personalismo em pleno século XXI.

Será que em uma administração pública tão enraizada na modalidade personalista, conseguir-se-á apontar como um dispositivo racional, o princípio da impessoalidade, poderá contribuir para uma evolução cultural da população afim de que se consagre a equidade administrativa?

A não observância de um princípio desta grandeza implica na inobservância do que mais é relevante e consagrado em uma sociedade. Este princípio expressa a vontade da coletividade edificada através dos tempos e solidificada em dispositivo constitucional, norma jurídica.

O papel aqui representado, pelo princípio da impessoalidade, é uma estruturação por uma idéia central que represente todas as demais, todos os outros dispositivos aplicados à licitação têm relativa subordinação e dependência a este, é uma espécie de alicerce ou coluna sustentadora sem a qual a legalidade e moralidade do certame desabariam.

Enquanto foi destacada a inquestionável relevância aos princípios, em especial ao da impessoalidade, para a administração pública desdobrar suas funções de maneira mais próxima ao ideal de conduta administrativa assevera (CARVALHO, 2005, p.51): “Desta forma, percebe-se que, com propriedade, só se pode falar na idéia de função pública em um Estado que se caracterize pela irrestrita submissão de seus governantes aos preceitos constitucionais”.

O surgimento de regulação constitucional que toma o princípio da impessoalidade como tema é de inovação verificada na Constituição Federal de 1988, além da renovação principiada no que se diz respeito a um capítulo específico dedicado à Administração Pública, expresso no artigo 37 e subsequentes. Alguns doutrinadores, antes da Constituição Federal de 1988, já anteviam a impessoalidade como necessidade iminente como é o caso de (LIMA, 1962, p. 07) quando expõe: “Opõe-se à noção de administração a de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade servir”.

Segundo o autor (CARVALHO, 2005, p.54):

O princípio da impessoalidade administrativa, além dos demais relativos à administração pública, advém de um mandamento maior, o princípio republicano. Porém verificamos que os princípios administrativos só tiveram a devida valorização depois da constitucionalização dos mesmos, com o advento da Constituição Federal de 1988.

No sentido do contexto doutrinário a respeito do surgimento do princípio da impessoalidade na Constituição Federal da República assevera (ZAGO, 2001, p.180):

Para a doutrina, a constitucionalização da impessoalidade surgiu em atenção a fatos reais detectados que, pela gravidade, exigiram tal atitude, como é o caso da corrupção, do poder invisível, da necessidade de limitação da discricionariedade em razão da ocorrência de desvio e abuso de poder, da personalização, do favorecimento e das perseguições.

Em atenção ao estudo anterior sobre o princípio da impessoalidade, verifica-se que este surgiu em meio a uma situação gritante de ingerência da coisa pública. É uma conduta que todo agente público deve tomar como direção, é a finalidade da atuação estatal em prol da coletividade. Neste sentido, assevera (MEIRELLES, 2001, p.85), sobre a finalidade da Administração Pública:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

No sentido de entendimento da impessoalidade equiparada à finalidade da administração, levando em conta esta teoria, existe outra consideração de que o agente público não pode se pautar somente pela finalidade ou somente por parâmetros objetivos, assim expressa (CARVALHO, 2005, p.60):

Com efeito, uma conduta administrativa só poderá ser considerada impessoal se for direcionada à satisfação de uma finalidade pública. Para atender à impessoalidade, não basta o administrador agir de acordo com parâmetros objetivamente estipulados, afastando quaisquer considerações de ordem subjetiva.

Percebe-se que, o princípio da impessoalidade se qualifica pela diferenciação entre a pessoa do administrador com a Administração Pública propriamente dita, distinguindo a personalidade jurídica da Administração Pública daquela pessoa física que a exerce. Então, o ato administrativo é imputável não ao funcionário que o pratica, mas ao órgão a que este funcionário é subordinado. É plenamente caracterizada a impessoalidade pela ausência de marcas particulares do agente público em exercício da atividade administrativa.

Fechando sobre as características do princípio da impessoalidade, assevera (ZAGO, 2001, p.179):

A vedação do subjetivismo, de privilégios, de perseguições e de arbitrariedade constitui a característica fulcral, o busilis do princípio da impessoalidade, seu traço mais marcante e destacado, em qualquer época e sob qualquer denominação. Esta característica é que imprime ao princípio da impessoalidade seu sentido ético, que o entrelaça e identifica de maneira muito estreita e especial a outros princípios jurídicos [...]

Em suma, a impessoalidade se define pela vedação ao subjetivismo de modo geral, esta vedação expressa o sentido ético deste princípio jurídico.

2.3. Noções gerais sobre o Processo de Licitação Pública

A administração pública, com o sistema Republicano derivando do modo Imperial de gerência da coisa pública, onde o patrimônio era considerado do próprio do governante, antes do surgimento do Processo de Licitação, possuía certa liberdade para contratar com o particular, já que a própria não conseguia gerir os negócios da máquina pública sem a divisão de serviços com este.

Em outras palavras, a grandeza da máquina pública e sua diversidade de atribuições foi um fator preponderante para a concessão de alguns serviços que seriam realizados pela própria administração pública aos particulares, estes podem possuir mais condições técnicas para realizá-los, assim garantindo maior eficiência dos mesmos, sem deixar de elencar que a própria administração possa não ter capacidade para total realização destes serviços.

É notório o saber de que uma grande parte dos serviços públicos não são prestados diretamente pela Administração Pública, pois esta, com seu aparelhamento técnico e físico, não seria capaz de gerir todos os ramos de serviço de que a mesma demanda.

Esta incapacidade relativa em gerir a máquina pública, levou à divisão de serviços com o particular, divisão esta que acrescenta eficiência e até mesmo economicidade aos serviços públicos, e por outro lado permitiu ao administrador ímprobo uma forma de corrupção e fraude, e a deturpação dos princípios aqui aludidos.

Assim, percebe-se que a contratação de serviços, compras, obras, alienações e locações pelo Poder Público, além de acrescer no que se diz respeito à eficiência, também trouxe às mãos do administrador uma inquestionável forma de corrupção ao erário em desventura dos administrados, uma ferramenta que reclamava por uma forma de contenção.

Em antemão ao surgimento da licitação, houve um profundo debate acerca da discricionariedade ou vinculação da Administração Pública em contratar serviços de particulares, como assevera (ZAGO, 1998, p.02):

Profundo debate doutrinário existiu com referência à questão da liberdade que teria, ou não, a Administração para contratar. Alguns, com fulcro na liberdade formal do ato administrativo e no poder discricionário, entendiam equipará-la à liberdade para contratar de que gozam os contratantes

particulares, independentemente da sujeição a um processo licitatório. Para outros, no entanto, o princípio da licitação é vinculante para a Administração Pública, justamente em homenagem ao princípio da isonomia.

Por conseguinte, houve a pacificação desta questão por meio da Constituição Federal de 1988 através da inserção do princípio da licitação, através da disposição do artigo 37, em seu inciso XXI, tornando assim, por regra, obrigatório o Processo de Licitação Pública para contratação de obras, serviços, compras e alienações, uma forma de contenção à personalização da coisa pública. Desta maneira, expressa o referido dispositivo da Constituição Federal *in verbis*:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A satisfação das necessidades da coletividade pressupõe a função estatal, esta função demanda a realização de obras, serviços, compras ou alienações. Os meios para a Administração Pública contratar com o particular dependem diretamente do princípio da licitação, e esta é o instrumento que ressalta o republicanismo estatal, pois em nossa república a vontade é democrática, não pode ser objeto de discricionariedade dos agentes públicos.

Desta maneira, observando a vontade popular, ressalta-se um princípio que propicia participação mais ampla e isonômica dos interessados no certame da licitação, o da impessoalidade. É importante verificar o que expressa o artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Na administração pública brasileira, até o advento da República, concentrava-se na mão do governante a gestão pública, o próprio patrimônio do Estado se confundia com o dele. Após a instalação da República é que se verificou a consagração de pressupostos burocráticos no Estado que poderiam se pautar pela coletividade, combatendo gradualmente o personalismo na administração pública, através da racionalidade e da desconcentração de funções públicas.

2.4. Noções Peculiares ao Processo de Licitação Pública

Conforme ressaltado no capítulo primeiro deste trabalho, a licitação advém da necessidade da divisão de tarefas da Administração Pública com o particular, para realização de obras, serviços, compras ou alienações. Essa divisão de tarefas depende legalmente do princípio constitucional da licitação e seu ordenamento pertinente.

Aqui chega o momento de se adentrar superficialmente sobre o tema. Essa abordagem, diga-se que de modo sucinto, pois a delimitação do tema e objetivo do nosso trabalho não é o processo de licitação em espécie, e sim a aplicação do princípio da impessoalidade neste.

Então, é possível definir o processo de licitação como sendo procedimento administrativo disciplinador da Administração Pública que é obrigatório na celebração dos contratos administrativos, com objetivo da escolha de um contratante.

Sobre a natureza Jurídica, afirma (MONTEIRO, 2000, p.02):

A Constituição da República, no art. 37, disciplinador da Administração Pública, estabelece o procedimento licitatório como requisito prévio e obrigatório para a celebração dos contratos administrativos. Trata-se, pois, de um procedimento administrativo – sequencia de atos com finalidades específicas, porém preordenados à produção de um único resultado jurídico, que é a escolha de um contratante.

Daí ser correto afirmar que a natureza jurídica da licitação é a de um procedimento administrativo.

Tem procedimento formal, obrigatório, garante o amplo acesso de oportunidades para quem quer contratar com a Administração Pública observadas as exigências editalícias, tem princípios peculiares ao seu nascimento, desenvolvimento e conclusão e é assegurada pelo princípio da impessoalidade na contratação de serviços, obras, compras ou alienações.

Para melhor entender sobre o assunto é importante subdividir o tema em modalidades licitatórias, princípios aplicados a estas e, fechando com o nosso enfoque de estudo, o princípio da impessoalidade nas licitações.

2.5. Modalidades de Licitação Pública

Em atenção ao procedimento licitatório propriamente dito, conta-se com cinco modalidades de licitação pública, previstos na Lei 8.666/93, a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, além da possibilidade de dispensa e inexigibilidade do certame, são elas: a concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso. Conforme o disposto anteriormente, analisaremos o que expressa o artigo 22 da referida lei *in verbis*:

Art. 22. São modalidades de licitação:
I - concorrência;
II - tomada de preços;
III - convite;
IV - concurso;
V - leilão.
§1º [...]

E também existe a recente modalidade criada acerca de uma Medida Provisória convertida na Lei 10.520/02 que é denominada pregão, conforme expressa sua ementa: “institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns”, que iremos abordar mais adiante.

Estando atento ao descumprimento do princípio da impessoalidade nas licitações, existem peculiaridades a cada modalidade licitatória, existem modos mais céleres e com exigência burocrática inferior a de outros. Diante da observância dos critérios de

complexidade, valor e peculiaridades de cada modalidade, perseverar-se-á a imposição da definição superficial de cada um deles em espécie, pois como expresso anteriormente, é de caráter superficial, pois não é o enfoque delimitado no trabalho.

2.5.1. Concorrência

De acordo com o artigo 22, § 1º da Lei de Licitações, esta modalidade é mais adequada para os contratos de grande vulto econômico, onde é assegurado o princípio da publicidade para garantir a ampla concorrência dos interessados, observados os requisitos de qualificação do edital. Os requisitos em relação aos valores de todas as modalidades podem ser atualizados e regulados por ato administrativo competente.

Alguns casos de obrigatoriedade desta modalidade de acordo com a lei 8.666/93 são expressos, *in verbis*:

Art. 23 ...

I - para obras e serviços de engenharia: ...

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: ...

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)...

§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:

III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão.

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

2.5.2. Tomada de preços

Em conformidade com a definição anterior, esta modalidade envolve as contratações de valor médio, valor inferior ao que é o mínimo para a licitação por concorrência. É realizada também quando existe o objeto de interesse por parte de pessoas previamente cadastradas, ou que até ao terceiro dia, antes do recebimento das propostas, preencham os requisitos para cadastramento e qualificação.

O valor estipulado para os limites em relação às modalidades licitatórias que está no artigo 23 da Lei de Licitações, para esta modalidade é de: para obras e serviços de engenharia, até R\$ 1.500.000,00 (Um milhão e quinhentos mil reais); para compras e serviços não referidos no anteriormente de até R\$ 650.000,00 (Seiscentos e cinquenta mil reais).

2.5.3. Convite

Este, por sua vez, é encaixado quando se verifica contratação de pequeno valor, tanto que sua estipulação para obras e serviços de engenharia é de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais, enquanto que, para compras e serviços não referidos anteriormente é de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Tem peculiaridades como: participação de no mínimo três interessados pertencentes ao ramo de atividade pertinente ao objeto da contratação sem exigência de cadastro anterior, não exige a obrigatoriedade de publicação do edital devido à convocação ser realizada por escrito.

2.5.4. Concurso

É realizada quando da contratação de serviços de trabalho técnico, científico ou artístico. É instituída assim, no edital, uma remuneração prévia ou prêmio ao vencedor. A convocação é feita por edital, que esteja publicado na imprensa oficial para a convocação genérica de interessados pelo menos 45 dias do certame.

Deve ser precedido de regulamento próprio. A disposição legal acerca destes regulamentos está contida no artigo 52 da Lei de Licitações. No caso da referida modalidade, o julgamento será realizado por uma comissão especial formada por pessoas de reputação ílibada e notório reconhecimento da matéria a ser examinada, podem ser servidores públicos ou não.

2.5.5. Leilão

À respeito expressa (GRECO FILHO, 2007, p. 19):

É utilizado no caso de alienação de bens móveis que não tem mais utilidade à Administração Pública, venda de produtos legalmente apreendidos ou que tenham sido objeto de penhora, na venda de bens imóveis advindos de um procedimento judicial ou em dação em pagamento. Usando sistema de leilão com o vendedor caracterizado pelo maior lance, desde que maior ou igual ao valor avaliado.

É como o leilão que conhecemos em âmbito particular, o vencedor é quem dá o maior lance, com a garantia de que o bem não pode ser alienado abaixo do valor de avaliação. Esta modalidade de licitação pode ser desempenhada tanto por servidor da Administração Pública, quanto por leiloeiro oficial.

2.5.6 Pregão

Acerca desta modalidade existe uma característica específica, ela não está prevista na íntegra do texto da Lei de Licitações e Contratos da Administração. Isso se deve ao seu surgimento recente através da Medida Provisória nº 2.026/2000, e este histórico agora é ressaltado por (GRECO FILHO, 2007, p.22):

Originária da Medida Provisória nº 2.026, de 2000. Até que fosse promulgada a Lei 10.520/2002, a introdução ao sistema jurídico do pregão,

por meio de medida provisória, foi bastante questionada pelos Tribunais, já que, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, não é possível instituir modalidade privativa de licitação da União...

Essa modalidade de licitação superou a previsão do artigo 22, § 8º, da Lei de Licitações que expressa da seguinte maneira: “é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”. Essa superação se deve ao fato de a modalidade pregão ter sido concebida como norma geral.

Esta modalidade, é usada obrigatoriamente, para aquisições de bens e serviços comuns, contando também com a modalidade de pregão eletrônico, que é a preferência. Atualmente ela foi regulada pelo Decreto Federal nº 5.450 de 2005, no âmbito da União, trazendo sua obrigatoriedade e preferência pelo modo: pregão eletrônico. Tal obrigação é referente às entidades públicas ou privadas que forem fazer uso de recursos federais.

2.6 Princípios Aplicáveis à Licitação Pública

Concebidas as definições superficiais sobre o processo e as modalidades de licitação, neste momento se faz importante discorrer quais, além dos até aqui elucidados, são os princípios ligados ao processo de licitação.

Em antemão à abordagem sobre os referidos princípios do Direito Administrativo, (MELO, 2001, p.48) ressalta que “para a efetiva compreensão dos vários institutos que compõem do Direito Administrativo, nesse caso os princípios, se faz necessário a identificação das noções radicais que os embasam”. No sentido usado no termo radical, refere-se à raiz, o que é fundamental ou essencial, deste modo nos cabe atentar para as peculiaridades mais relevantes aos princípios que iremos estudar.

A comparação do sistema jurídico administrativo brasileiro com os estrangeiros não será aqui abordada por causa da sistemática que lhes envolve, segundo (MEIRELLES, 2001, p.255) a correspondência entre estes não é verificada, então ele alerta:

Deixamos de indicar autores estrangeiros porque a sistemática da licitação no Brasil não corresponde à de outros países. Até mesmo a terminologia é diferente. Na França, p. ex., licitação é adjudication, adjudicação é attribution e concurrence não é a nossa concorrência, mas sim a participação em qualquer licitação. A mesma divergência ocorre no Direito Alemão, no Belga e no Italiano. Os que mais se assemelham ao nosso são o Português, o Espanhol, o Argentino e o Uruguaio, mas com sensíveis diferenças de sistema. Fica a advertência para evitar-se a indevida invocação da doutrina estrangeira em tema de licitação...

De posse das elucidações transmitidas pelos dois autores citados anteriormente, agora pode-se definir cada um dos princípios que aqui se fazem importantes para o decorrer do nosso trabalho. Desta forma, adentrar-se-á às peculiaridades essenciais e fundamentais de cada um, estando restritos ao ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios a serem abordados que se aplicam às licitações e que elas se submetem, segundo (CARVALHO, 2005, p.94), “são os cinco princípios constitucionais da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Existem também os considerados peculiares ao processo de licitação, (DI PIETRO, 2008, p.335) segue mais a linha de Hely Lopes Meirelles que ressalta o artigo 3º do Decreto-Lei nº 2.300, de 21-11-86, enquadrando neste rol os “princípios básicos da igualdade ou isonomia, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”, que também podem ser os princípios da adjudicação compulsória, da ampla defesa, da concorrência, da transparência e do sigilo na apresentação das propostas.

O princípio da isonomia pode se confundir com o da igualdade, porém a igualdade é mais abrangente, pelo que se entende de igualdade é que esta pode tratar até mesmo pessoas diferentes de maneira diferente a fim de igualar as disparidades, enquanto no princípio da isonomia é aplicado em um grupo de indivíduos com classes, desempenho no corpo social, e outras características que os igualem, então verifica-se que a isonomia é a igualdade perante a uma classe, não de modo geral entre os indivíduos.

A probidade administrativa, de acordo com o entendimento, é intrinsecamente ligada ao princípio da legalidade e da moralidade pública, nem tudo que é imoral é ilegal, porém a conduta em desacordo com a legalidade administrativa expressa a conduta de improbidade, conseqüentemente uma imoralidade estará sendo lançada. Neste sentido assevera (MONTEIRO, 2000, p.05), considerando que “a moralidade pública e probidade

administrativa são conexos, a significar que o procedimento licitatório deve pautar-se por padrões éticos, nos termos da lisura e da honestidade”.

O edital de convocação ou a carta convite fazem lei entre as partes contratantes dentro do certame licitatório, nisto consiste o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tanto a administração pública quanto os particulares devem seguir os termos constantes nestes documentos. Contêm os requisitos, prescrições e procedimento para realização do certame, sendo que se alterado algum termo constante, a administração pública deve conceder novo prazo integral ao que antes era estipulado, para iniciar nova convocação dos interessados.

O julgamento objetivo advém dos termos previstos no instrumento convocatório, conforme expressa (MONTEIRO, 2000, p.05):

Exige que o instrumento convocatório estabeleça, com precisão, quais os fatores e como serão eles considerados pela Comissão, bem como que o julgamento seja reproduzido em ata, em que reste demonstrado que o colegiado se conduziu, exclusivamente, por aqueles fatores, na forma prevista”.

Neste sentido, assevera (GRECO FILHO, 2007, p.16): “Como decorrência do princípio da legalidade, o julgamento objetivo impõe ao administrador o dever de julgar as propostas de acordo com os critérios fixados no edital, conforme dispõem os arts. 44 e 45 da lei”.

Encerrado o certame e concluído o procedimento licitatório é chegado o momento da contratação, através do princípio da adjudicação compulsória é garantido o direito do vencedor, adjudicação significa dar a alguém a posse de determinado bem. Este princípio impede que depois de concluído o procedimento de licitação o contrato seja feito pela Administração Pública com outro que não seja o vencedor. Como expressa (MEIRELLES, 2001, p.260):

A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

(ZAGO, 1998, p.13) expressa que:

É assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, com meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF), os princípios do contraditório e ampla defesa traduzem-se, na licitação, no processo de seleção dos contratantes e na efetiva possibilidade de participação e colaboração, inclusive mediante impugnações e recursos.

Então percebe-se que pode ser aplicado no procedimento licitatório a ampla defesa, como expressa o artigo 109 da Lei de Licitações, versando sobre recurso, representação ou pedido de reconsideração.

A concorrência deve ser ampla, pois já vem do princípio da publicidade a ampla divulgação do procedimento licitatório, neste sentido expressa (CARVALHO, 2005, p.133): “A própria expressão licitação pública já reflete a idéia de um confronto de propostas (licitação), que ocorrerá a partir da ampla divulgação e, conseqüentemente, participação de interessados em celebrar ajustes com as entidades estatais (pública)”.

A transparência advém do princípio da publicidade, da legalidade e da moralidade pública, como diz (MEDAUAR, 1998, p.17):

... alcançando, no que concerne ao agir administrativo, o cumprimento irrenunciável dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, participação real e efetiva, habilitação, razoabilidade, responsabilidade e controle, nada mais é do que desdobramento dos mesmos princípios da publicidade, da legalidade e da moralidade referidos.

A publicidade é o princípio que oferece ao princípio da transparência a almejada efetividade, tal publicidade não pode se sobrepor ao princípio do sigilo na apresentação das propostas. Esta afirmação anterior é ressaltada por (MEIRELLES, 2001, p.258):

Não há confundir, entretanto, a abertura da documentação e das propostas com seu julgamento. Aquela será sempre em ato público; este poderá ser realizado em recinto fechado e sem a presença dos interessados, para que os julgadores tenham a necessária tranqüilidade na apreciação dos elementos

em exame e possam discutir livremente as questões a decidir. O essencial é a divulgação do resultado do julgamento, de modo a propiciar aos interessados os recursos administrativos e as vias judiciais cabíveis.

Desta maneira pode-se perceber a importância destes princípios peculiares ao Processo de Licitação Pública, sem os quais este processo não poderia ter seu correto desenvolvimento.

2.7 Abordagem Doutrinária do princípio da impessoalidade nas licitações públicas

Este princípio já foi abordado anteriormente, mesmo com considerações já realizadas ainda é importante abordar sua aplicação dentro das licitações, pois desta configuração se ressalta o tema de nosso trabalho. Em atenção a esta observação pode-se abordar as diversas visões doutrinárias a respeito do assunto.

Primeiramente, a visão de (MONTEIRO, 2000, p.05): “Impessoalidade – desdobramento do princípio da igualdade, exige que a Administração se porte com isenção frente aos administrados, inadimplindo tanto o favoritismo como a perseguição”.

Atento à relação do princípio da impessoalidade com o da igualdade e ressaltando os acontecimentos contemporâneos, assevera (MEIRELLES, 2001, p.258) que:

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público.

Aqui então, é encontrada a caracterização do personalismo na Administração Pública em relação ao Processo de Licitação.

Já (DI PIETRO, 2008, p.339) aborda uma definição que se pauta pela visão objetiva da licitação:

... aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.

O doutrinador (MELO, 2001, p.477) expressa que:

O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.

(CARVALHO, 2005, p.101) expõe que:

Dentre os princípios da licitação, possui grande importância o da impessoalidade. Através dele, busca-se evitar a ingerência de subjetivismos na escolha da melhor proposta; procura-se afastar a possibilidade da adoção de regras motivadas por razões pessoais do administrador e não é tolerado o tratamento discriminatório entre os licitantes.

E, por fim, observa-se a abordagem doutrinária de (TOLOSA FILHO, 2000, p. 04):

O princípio da impessoalidade se caracteriza no ajuste ao princípio da isonomia e da igualdade, na medida em que, através da formulação de um instrumento convocatório que se restrinja ao permitido pela lei (princípio da legalidade), tenha um objeto de acordo com as necessidades sociais (princípio da moralidade) e se balize num julgamento objetivo.

Como-se pode perceber a abordagem doutrinária, não só em relação ao princípio da impessoalidade, envolve peculiaridades como a de alguns considerarem como princípio um atributo de outro princípio. Como é o caso do último expressado em relação ao julgamento objetivo, que por outros é considerado como princípio de Direito Administrativo.

3. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIDADE DO AGENTE

3.1. Sujeitos envolvidos e tipos de responsabilidade em relação à corrupção e crimes da Lei de Licitações

Cabe neste momento adentrar no sentido estrito de corrupção, possíveis sujeitos envolvidos e a conseqüente responsabilidade de cada um deles, seja na esfera administrativa, cível ou penal.

Desta maneira se possibilitará um aprofundamento no tema em questão, entendendo sobre a corrupção, os sujeitos envolvidos e a conseqüente responsabilidade de cada um deles, sem esquecer as condutas realizadas, possíveis sanções e a especificação dos modos de corrupção admitidos hoje na legislação brasileira, seja adstrito ao Código Penal ou, em análise específica ao tema, os crimes da Lei de Licitações.

Tendo por base, que corrupção é uma maneira de deturpar os princípios da administração pública e a infração de tais preceitos, entende-se que é necessário um ou mais agentes para a realização da conduta. Assim sendo, pode-se com a identificação da modalidade de corrupção administrativa, possibilitar a respectiva imputação ao responsável com todas as conseqüências administrativas, cíveis ou penais descritas em diploma legal.

3.2. Sujeitos da corrupção em espécie

O próprio Código Penal brasileiro, em seu artigo 327, e a Lei de Licitações, em seu artigo 84, trazem as definições do que seria um servidor público. Porém, não se pode deixar de nos atentar à conduta dos próprios particulares que podem ter papel de agente em alguns tipos de crime contra a administração pública.

O funcionário público entra na categoria administrativa de Agentes Públicos, que são as pessoas físicas que executam as funções estatais (agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público). Neste sentido assevera (MEIRELLES, 2001, p.69):

Agentes Públicos - são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. A regra é a atribuição de funções múltiplas e genéricas ao órgão, as quais são repartidas especificamente entre os cargos, ou individualmente entre os agentes de função sem cargo. Em qualquer hipótese, porém, o cargo ou a função pertence ao Estado, e não ao agente que o exerce, razão pela qual o Estado pode suprimir ou alterar cargos e funções sem nenhuma ofensa aos direitos de seus titulares, como podem desaparecer os titulares sem extinção dos cargos e funções.

Não obstante à definição anterior, ao servidor ou funcionário público dentro daquela categoria de Agentes Públicos assevera (DI PIETRO, 2008, p. 484):

A Constituição de 1988, na seção II do capítulo concernente à Administração Pública, emprega a expressão “Servidores Públicos” para designar as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas. É o que se infere dos dispositivos contidos nessa seção.

No entanto, na seção I, que contém disposições gerais concernentes à Administração Pública, contempla normas que abrangem todas as pessoas que prestam serviços à “Administração Pública direta e indireta”, o que inclui não só as autarquias e fundações públicas, como também as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado.

Na seção III, cuida dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Isso significa que “servidor público” é expressão empregada ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado. Nenhuma vez a Constituição utiliza o vocábulo funcionário, o que não impede seja este mantido na legislação ordinária.

Em observação às definições doutrinárias existentes, não se pode deixar de verificar a definição de (GRECO FILHO, 2007, p. 25) que expressa sobre o conceito de servidor público:

A lei redefiniu o conceito de servidor público (art. 84), dando a abrangência que a doutrina e a jurisprudência já davam ao art. 327 do Código Penal, atualizando-o à terminologia administrativa moderna. Considera-se servidor público não só aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público, mas também aquele que exerce atividade em fundação, empresa pública, sociedade de economia mista e entidades sob o controle direto ou indireto do Poder Público.

Então não se pode confundir os termos agente público, que são as pessoas incumbidas do exercício de uma função estatal, e servidor público que é a definição empregada para designar as pessoas físicas que exercem essas funções, e esse também pode ser funcionário público (termo usado na Constituição antes de 1988).

Assim dessa forma, identifica-se o principal e mais incidente sujeito da corrupção administrativa, o que detém o múnus público, confirmando a tese de que a autoridade ou poder conferido ao indivíduo tem como uma consequência direta a suscetibilidade à corrupção e incidência da personalização da coisa pública. O Agente Público revela uma das imperfeições do ser humano, que é ser suscetível a concupiscência ao se deparar com vantagens oferecidas, mesmo que seja contra preceitos legais e/ou morais, isso se verifica com muita incidência nos problemas relativos ao processo licitatório.

O patrimônio público seduz aos que veneram a comodidade e a fortuna, esta sedução trai os que não tem resistência e os que agem com boa fé, até mesmo os particulares que podem praticar, por exemplo, a corrupção na modalidade ativa, que está descrita no artigo 333 do Código Penal brasileiro, *in verbis*:

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Em resumo, os sujeitos da conduta geral de corrupção podem ser o particular, os agentes públicos e, em especial, a própria Administração Pública. A Lei de Licitações, em seu artigo 81, traz a possibilidade de o particular figurar como agente do tipo, tratando-o como adjudicatário. Mediamente atingida é a própria sociedade que é representada pelos agentes públicos na condução de seus interesses no gerenciamento do patrimônio público.

3.3. Condutas concupiscentes previstas na Lei de Licitações

A análise dos crimes praticados na Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública contará com a versão doutrinária de Vicente Greco Filho, um grande nome no que se diz respeito ao nosso tema.

Existem alguns tipos penais que podem se verificar na condução de um processo licitatório. Desta maneira, adentrar-se-á à Lei de Licitações para melhor e mais abrangente abordagem das ações que se desferem dentro do procedimento licitatório em seu detrimento, definindo-as de modo sucinto.

Os crimes da Lei de Licitações que se estudará estão previstos no artigo 89 até o artigo 98 do diploma legal em questão.

O crime do artigo 89 consiste na inobservância do princípio da legalidade e o da impessoalidade, em que a Administração Pública deve se pautar pelo que é previsto em lei e que o agente público atue de maneira impessoal. Suas ações deverão ser previstas legalmente, não deverá fazer nada que não seja em virtude de lei que defina a sua atuação. A conduta como expressa (GRECO FILHO, 2007, p. 58) é dividida em duas partes:

A primeira parte do dispositivo incriminador (dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais) consiste no ato de declarar dispensada ou inexigível licitação em situação que não corresponda a um dos casos dos arts. 24 e 25 já citados, não só pela alegação de hipótese não prevista, mas também pela inexistência da situação fática que legitimaria a dispensa ou inexigibilidade. Ou seja, ocorrerá a infração, por exemplo, se o administrador afirma emergência, mas ela não existe, ou se afirma a notória especialização do contratante e não tem ele essa qualidade.

A segunda parte do dispositivo comentado, a incriminação consiste em deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, formalidades essas descritas no art. 26 e que consistem na justificação e comunicação dentro de três dias à autoridade superior para retificação e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, devendo, ainda, o processo ser instruído, no que couber, com elementos caracterizadores da situação emergencial ou calamitosa, a razão da escolha do fornecedor ou executante e a justificativa do preço.

Aqui se verifica dispositivo, *in verbis*:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Agora o disposto no artigo 90, que se diz respeito, como expressa o dispositivo, *in verbis*:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Esta conduta, vai de frente ao princípio da ampla concorrência e publicidade, está contido no disposto artigo 335 do Código Penal, com o ato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação. Neste sentido assevera (GRECO FILHO, 2007, p. 74):

A conduta consiste em fazer ajuste, combinação ou utilizar-se de qualquer outro expediente que frustre a competitividade do procedimento. Ajuste e combinação envolvem pelo menos duas pessoas, dois concorrentes ou um concorrente e o administrador responsável pelo certame. Quanto a outro expediente, pode ser unilateral. Na primeira hipótese estaria, por exemplo, o acordo entre empresas que predefinam os valores das ofertas ou mesmo

coordenam a forma das propostas para, previamente, estabelecer o vencedor. Na segunda, estaria, por exemplo, a divulgação de notícia falsa para afastar concorrente. Essa situação, aliás, seria méis bem enquadrada no art. 95, mas, como as penas são absolutamente idênticas, qualquer um dos dispositivos pode ser aplicado.

O artigo 91 consiste na infração ao princípio chave do trabalho, o princípio da impessoalidade na administração pública, prevalecendo o interesse privado em detrimento do coletivo, neste sentido assevera (GRECO FILHO, 2007, p. 82):

A conduta consiste em patrocinar interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, sabendo de sua irregularidade e que irá ser invalidada pelo Poder Judiciário. Observe que o patrocínio deve referir-se a uma licitação ou a um contrato terminado.

A objetividade jurídica deste tipo é a tutela da moralidade administrativa e o interesse público em prevalência, ou em outros termos, o princípio da impessoalidade prevenindo a personalização da Administração Pública.

Segue o artigo 91 da Lei de Licitações, *in verbis*:

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Os crimes do artigo 92 são definidos em várias condutas, como expressa (GRECO FILHO, 2007, p. 91):

Admitir é consentir em que ocorra algo. É conduta omissiva e somente pode ser imputada a quem teria o dever de evitar o resultado, como superior hierárquico que tem conhecimento da prorrogação ilegal e, podendo fazê-lo, não toma providências para impedi-la ou anulá-la.

Possibilitar é dar ensejo a algo, dar condições a que algo ocorra.

Dar causa é praticar qualquer ato que leve à realização da alteração ilegal, incluindo o próprio ato de autorizar e assinar o aditamento contratual.

Na segunda parte do artigo a conduta consiste em pagar, mas obviamente a lei não quer referir-se ao caixa do banco que entrega o dinheiro. Refere-se ao agente público que, dentro das competências administrativas, autoriza o pagamento, desencadeando o procedimento para efetivá-lo. Observe-se, porém, que pode haver um órgão que autoriza um órgão pagador, podendo, em ambos, Haber subversão da ordem.

No parágrafo, a conduta consiste em praticar qualquer ato que ocorra com a ilegalidade da alteração contratual.

Para fins de verificação, expressa o artigo 92, *in verbis*:

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Já no artigo 93 se verifica a previsão do artigo 335 do Código Penal, em parte, pois não tem todas as previsões constantes neste diploma, assim sendo, verificado pela conduta do impedimento, perturbação ou fraude, como dispõe sobre o tema (GRECO FILHO, 2007, p. 99):

A conduta consiste em impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.

Impedir significa impossibilitar, tornar inviável, não permitir, por meio de conduta comissiva ou omissiva.

Perturbar significa embaraçar, criar dificuldade, tumultuar.

Fraudar é enganar, tornar viciado em virtude de engodo, artifício ou ardil.

O objeto da ação é o ato licitatório, entendendo-se como tal desde o ato de abertura do procedimento administrativo, que ceve ser protocolado e numerado, contendo a autorização da autoridade, a indicação sucinta do objeto e do recurso próprio para a despesa, os atos subseqüentes, como o edital, sessões de apresentação e abertura das propostas, até os atos finais de julgamento e adjudicação, conforme descrição do art. 38 da lei.

Para fins de verificação, expressa o artigo 93, *in verbis*: “Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Logo após, a previsão do artigo 94 que expressa o desvio ao princípio do sigilo na apresentação das propostas, como assevera (GRECO FILHO, 2007, p. 105):

Consiste em devassar, que significa violar, tomar conhecimento indevidamente, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassar, que significa possibilitar, permitir podendo evitá-lo. Basta que a violação ocorra em face de uma das propostas, não havendo necessidade de atingir todas. Não há necessidade, também, de que o conteúdo na proposta devassada seja divulgado. É essa a intenção do agente, com certeza, mas essa circunstância não faz parte do tipo.

Como pode se verificar no artigo 94, *in verbis*: “Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa”.

O artigo 95 traz previsão ao crime de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo. Então verifica-se que são três as maneiras de afastar algum licitante do certame, a respeito assevera (GRECO FILHO, 2007, p. 111):

A violência é a física, que vai das vias de fato até o homicídio, podendo estar contida em crime mais grave, como o sequestro ou o cárcere privado, que constituem, também, violência para os fins do dispositivo.

A grave ameaça é a promessa de causar mal injusto e grave. A promessa de causar mal injusto, como, por exemplo, “vou avisar que sua empresa tem títulos protestados”, ou “se sua empresa entrar nessa licitação eu entrarei em todas as outras em que ela vier a participar”, não constitui ameaça nos termos do artigo. Não há, igualmente, ameaça se o mal prometido é de menor importância, não suficiente para constranger.

A fraude é o ardil, o artifício, o engodo, a manipulação de circunstância que leva outrem a agir em detrimento de seus interesses. No caso do artigo, a fraude é unilateral, perpetrada por alguém em face de possível concorrente, diferente da fraude do art. 90, que pressupõe ajuste, combinação, conluio.

Oferecimento de vantagem é a promessa de algum benefício, de ordem econômica ou não, dada a especificação do artigo “de qualquer tipo”. Para a existência do crime, não há necessidade de que o possível concorrente aceite a vantagem. Se aceitar e se afastar, incide este no delito do parágrafo. Se aceitar e não se afastar, praticará estelionato, ainda que existindo torpeza bilateral.

Na hipótese do parágrafo único, a ação física consiste em abster-se ou desistir de licitar, isto é, não apresentar proposta ou retirar proposta apresentada em razão da vantagem oferecida. É crime omissivo.

Como se pode observar o que é expresso no artigo 95, *in verbis*:

Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

O artigo 96, traz uma conduta que decorre do não cumprimento do princípio da vinculação obrigatória ao edital perpetrada por diversas formas, como expressa (GRECO FILHO, 2007, p. 117):

Elevar arbitrariamente os preços. A situação pode ocorrer tanto no momento da licitação como no da execução do contrato. Teve em mira o legislador, certamente, a hipótese de o licitante ou contratante, aproveitando-se da necessidade ou falta de condições de verificação de preços da Administração, aumentar seus preços na certeza de contratar ou tendo já o contrato em andamento. Arbitrariamente, elemento normativo do tipo, significa sem justa causa, acima dos preços de mercado ou que poderiam ser obtidos de outros fornecedores, mas que não podem, dada a posição do licitante ou contratado em face da Administração. É a hipótese, v.g., do contratado que fornece alimentos ou material hospitalar e, sabendo que a Administração não pode paralisar o fornecimento sequer pelo tempo de realizar nova licitação, eleva seus preços acima do mercado. Observe-se que a infração independe do conhecimento do administrador responsável, o qual pode encontrar-se em estado de necessidade: ou concorda com a elevação ou provoca paralisação de serviço público essencial, como o serviço escolar ou o hospitalar.

Vender, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada. Essa conduta ocorre no momento da entrega, porque a venda de coisa móvel se dá com a tradição, mas pode já ser preconizada quando da licitação. A existência da infração não depende do conhecimento a respeito que tenha o administrador no momento da entrega ou da licitação.

Entregar uma mercadoria por outra. Trata-se de substituição da mercadoria contratada por outra na prevista contratualmente como admissível, por ocasião da entrega. Também, no caso, não há necessidade do conhecimento do administrador a respeito, sendo irrelevante a sua aceitação ou concordância.

Alterar substância, qualidade ou quantidade de mercadoria fornecida. Esta é uma variante das hipóteses anteriores. Pode, ou não, ter havido intenção de

fornecimento de mercadoria alterada desde a licitação; o que importa é, no momento do fornecimento, a substância, qualidade ou quantidade não corresponder ao que foi contratado.

Tornar, por qualquer modo, injustamente mais onerosa a proposta ou a execução do contrato. A norma é de chiusura, de encerramento, que abrange os demais, mas deve ser interpretada segundo os parâmetros ou padrões de comportamento estabelecidos nos incisos anteriores e na cabeça do artigo. Isto é, tornar injustamente mais onerosa a proposta não tem significado se não houver prejuízo para a Administração e se não representar fraude à licitação ou ao contrato. Assim, se a proposta não for a vencedora, a elevação de preços, ainda que arbitrária, não tem relevância penal.

Cabe observar que todas essas condutas não têm sentido no caso de venda de bens por parte da Administração, de modo que não encontramos razão para constar, na cabeça do artigo, essa situação, relativamente à qual, aliás, a elevação de preços, por exemplo, é vantajosa para a Administração e não em seu prejuízo.

Segue expresso, o artigo 96 da Lei de Licitações, *in verbis*:

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

O penúltimo item do estudo sobre os crimes na Lei de Licitações é o do artigo 97, que consiste na prática de admitir a participar da licitação ou celebrar contrato com parte que não é apta, capaz ou competente para tal. Nesse sentido, assevera (GRECO FILHO, 2007, p. 124):

Na cabeça do artigo, a conduta consiste em admitir à licitação ou celebrar contrato. Admitir à licitação significa declarar habilitado, declarar classificado, deixar de desclassificar. Celebrar contrato significa firmá-lo, consumir o ajuste. Há que observar que nem sempre o contrato administrativo é dotado de instrumento próprio. Este somente é obrigatório nos casos de concorrência e tomada de preços ou nos celebrados com dispensa ou inexigibilidade dentro dos limites de valor dessas duas modalidades. Nos demais, é facultativo, podendo ser substituído, nos termos da disciplina legal administrativa de cada unidade, por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço (art. 62). Esses documentos,

alternativos ao instrumento de contrato, valem como tal e, portanto, enquadram-se no artigo.

Na hipótese do parágrafo, a conduta consiste em licitar ou contratar. Licitar significa apresentar proposta, concorrer formalmente à licitação instaurada. Para contratar valem as observações ao caput.

Agora o artigo 97 da Lei de Licitações, *in verbis*:

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Por fim, o crime do artigo 98 da Lei de Licitações, expressa obstáculo ao alcance do princípio da concorrência, pois se caracteriza pela ação perpetrada afim de que algum indivíduo fique excluído da inscrição nos registros cadastrais mantidos pela Administração Pública.

Para melhor elucidação, segue o artigo 98 da Lei de Licitações, *in verbis*:

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

São dois momentos que este crime pode ser concretizado, antes ou depois que o registro tenha existência. A respeito assevera (GRECO FILHO, 2007, p. 130):

As condutas atingem dois momentos distintos do cadastramento. A primeira parte do dispositivo refere-se ao registro ainda não realizado; a segunda, ao registro já existente.

Antes do registro, a ação é a de obstar, impedir ou dificultar.

Obstar e impedir são sinônimos; obstar significa impedir mediante a criação de obstáculos ou óbices; impedir é não deixar que ocorra, por qualquer meio, inclusive fraude e violência.

Depois do registro, a ação é a de promover alteração, suspensão ou cancelamento.

Promover alteração é modificar o que consta, como, por exemplo, colocar o interessado em outra especialidade; promover suspensão é retirar temporariamente a eficácia ou validade; e promover o cancelamento é decretar sua extinção.

Depois de abordadas diversas condutas concupiscentes previstas na Lei de Licitações e no Código Penal, se ressalta também a importância em definir quais são as responsabilidades em relação à conduta tipificada, em especial ao agente público que acaba agindo de maneira a concretizar a personalização da Administração Pública.

3.4. Responsabilidades nos crimes cometidos por agente público personalista

Em relação às responsabilidades quanto ao cometimento de algum dos tipos da Lei de Licitações supracitados, pode-se subdividi-la em responsabilidade civil, criminal e administrativa. Cada uma destas modalidades tem seu cunho, seja punitivo ou reparatório, que se perceberá um pouco sobre cada um deles.

De acordo com a Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, o servidor público responde nas três esferas de responsabilidade citadas quando é verificado o exercício irregular das suas atribuições. A referida lei expressa da seguinte forma *in verbis*:

Capítulo IV Das Responsabilidades

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

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

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3o A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

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

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

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

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

Primeiramente a responsabilidade civil, que é a obrigação de o sujeito reparar dano causado a outrem. O Código Civil brasileiro expressa em seu artigo 927 que o dano causado por ato ilícito gera obrigação de indenizar, com peculiaridades em cada caso previsto em lei. Tem que ser observado o nexó causal, a culpa ou dolo em cada caso, desta maneira o funcionário público também, pode ser obrigado a ressarcir dano causado a outros no exercício de suas funções.

Em segundo momento, analisar-se-á a responsabilidade penal ou criminal, que é a conduta por parte do funcionário público tipificada em lei como infração penal. Neste caso, os tipos de corrupção anteriormente abordados trazem as condutas e as seguintes punições. Esta responsabilidade traz consigo um caráter punitivo e é apurada em juízo criminal, e não administrativamente.

Por fim, a responsabilidade administrativa do funcionário público. Esta deriva de um ato lesivo ao regulamento administrativo, configura-se na conduta do funcionário público que atente contra regulamento administrativo, de maneira omissiva ou comissiva. Os regulamentos administrativos estão contidos em leis, decretos e outros provimentos regulamentares, onde o funcionário público tem o dever e obrigação de segui-los.

Em relação às responsabilidades civil, penal e administrativa, não se pode deixar de observar que ambas podem ter sua aplicação cumulativa e são independentes entre si, ou seja, em um caso que um funcionário público seja responsabilizado penalmente, o mesmo poderá sofrer sanção civil de caráter indenizatório e, ao mesmo tempo, ter sua punição administrativa, como por exemplo afastamento do cargo exercido.

Assim se percebe que mecanismos legais não faltam, porém, uma grande dificuldade encontrada é a enraizada conduta concupiscente do ser humano. Usando uma figura de linguagem, pode-se dizer que quando uma mentira é dita várias vezes, ela, de certa forma,

pode se tornar verdade, o que em outras palavras significa que desde muitos séculos o ser humano procura justificações irreais para suas condutas de corrupção, de modo que hoje o indivíduo que leva uma vida pautada na equidade é diferente e discriminado pelos demais.

4. IMPLICAÇÕES E OBSTÁCULOS À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE NA LICITAÇÃO

4.1. Breves noções sobre personalização da Administração Pública

Destaca-se aqui um tema de fundamental entendimento para o trabalho: estudar a interação entre os elementos fáticos e jurídicos e análise histórica, política, social e administrativa. Buscar um ponto de correlação entre o ideal de Administração Pública pautada nos princípios e legislação específicos que lhes são conferidos e, por outro lado, o contexto fático da Administração Pública contemporânea, eivado de erros históricos e culturais que maculam a essência do múnus público. No sentido da referida análise, assevera (CARVALHO, 2005, p. 27):

Nesse trabalho, a verificação dos obstáculos à aplicação do princípio da impessoalidade nas licitações só será possível a partir da análise das efetivas condições históricas, políticas, sociais e administrativas que repercutem diretamente sobre o funcionamento da Administração Pública brasileira.

A análise que se abordou no parágrafo anterior vai se cruzar com mencionado elemento correlato, este que poderá ser a questão do personalismo da Administração Pública que se analisará mais adiante. Neste momento, cabe ter uma noção superficial do que seria a personalização na Administração Pública brasileira.

O personalismo na Administração Pública seria de modo pouco profundo, o tratamento pessoal dado aos bens e recursos que compõem o erário, em outras palavras, isso significa que o administrador se pauta pelo interesse particular em detrimento do interesse público, beneficia-se ou a outros usando de artifícios que ludibriam a íntegra interpretação do princípio da impessoalidade.

4.2. Personalização da administração pública

Para a análise geral do que vem a ser o personalismo público é importante, além de outros elementos, ter-se a noção anterior a respeito dos crimes cometidos na seara administrativa, o chamado Direito Positivo. Neste sentido assevera (CARVALHO, 2005, p. 20):

Os artifícios utilizados para burlar a licitação são bastante engenhosos, o que requer do operador do Direito um conhecimento aprofundado do Direito Positivo. Entretanto, não menos importante para o combate da manipulação dos procedimentos licitatórios é a descoberta dos referidos mecanismos fraudulentos. Somente a conjugação do domínio dos elementos jurídico-teóricos com a investigação das práticas administrativas será capaz de fornecer uma resposta eficaz à sociedade, garantindo a impessoalidade nas licitações.

Conforme verificado no tema do trabalho, é objetivo analisar quais são os fatores que formam os obstáculos à aplicação do princípio da impessoalidade nas licitações. Então se constata que não seria suficiente somente a verificação de como acontecem as condutas delituosas que atentam contra a Administração Pública, e em especial, dentro do procedimento licitatório.

Para o decorrer deste capítulo, faz-se necessário analisar se a coletividade está de alguma maneira absorvendo algum valor racional que contribua para o combate à personalização da Administração Pública, se as condições sócio-culturais contemporâneas são fatores de contribuição para a prática da personalização e o que falta para que seja instalado o princípio da impessoalidade na máquina pública e na licitação de modo satisfatório.

A personalização da Administração Pública no Brasil é uma das grandes preocupações do trabalho, isto posto para se encontrar uma maneira de a sociedade contribuir para evitar a corrupção administrativa. O princípio da impessoalidade pode ser a ferramenta mestra para que exista uma revolução contra o personalismo público, pois ele não é somente uma norma positivada, é também regra de conduta do funcionalismo público e a sociedade de modo geral. Se, se atentar contra este princípio, estará atentando contra a própria moralidade administrativa e, porque não dizer, contra nosso próprio modo de vida.

A legislação brasileira traz uma utópica realidade a ser observada, muito se tem positivado, porém pouco se faz na prática. Existe um imenso abismo entre a legislação brasileira que trata da matéria em análise e o conteúdo fático verificado. Acerca dessa barreira a ser transposta, veja o que diz (CARVALHO, 2005, p. 29):

Do discurso à realidade, ainda há um abismo considerável a ser superado. A presença de leis casuísticas baixadas por Casas Legislativas cujos membros representam tão-somente seus próprios interesses políticos, de sentenças parciais emitidas por magistrados que fazem de sua função uma atividade comercial, e de atos administrativos personalistas movidos pela finalidade de conceder favorecimentos a determinados grupos ou promover perseguições a outros, indica que o ideal republicano ainda está longe de ser alcançado no Brasil.

Existem muitos fatores que contribuem para o rompimento do conteúdo legislativo com o fático, entre eles pode-se destacar a complexidade da máquina administrativa e a cultura do permissionismo por parte da sociedade. O ideal republicano, a que o autor se refere, expressa um contexto do princípio da impessoalidade na Administração Pública. Este ideal é alavancado em discursos metódicos pelos administradores em vários momentos da história brasileira, porém há uma imensa barreira a ser transposta para a ruptura com esse passado permissionista.

A respeito da complexidade e grandeza da máquina administrativa, cabe ressaltar que, em comparação, é de dificuldade notória a fiscalização por parte da população. Até mesmo, além da complexidade aludida anteriormente, existe o permissionismo, a tolerância, o conformismo, a passividade, entre outras características culturais. Basta-se comparar o Poder Executivo e Legislativo com o Poder Judiciário, por exemplo, a superabundância de órgãos como ministérios, secretarias e outros que compõem os dois primeiros é sempre questionada pela população.

No que tange às dificuldades de caráter cultural elencadas, vê-se o que diz (CARVALHO, 2005, p. 30):

A outra dificuldade que se impõe para a eliminação do personalismo na Administração Pública brasileira é de natureza cultural. O permissionismo e

a tolerância da sociedade brasileira em relação aos que gerem a coisa pública como se estivessem diante de seus negócios privados é gritante.

Desde os tempos coloniais até a república existe uma classe personalista dentro da Administração Pública, e uma classe que se acomoda diante das atitudes paternalistas da primeira, ou seja, a população em grande parte, conforma-se com a situação diante do assistencialismo por parte dos agentes públicos, talvez pela idéia de que sua vontade não tem alcance o bastante ou por medo de que tudo fique pior se houver um questionado por parte desta população. Assim, o chefe soberano, provê necessidades básicas em benefícios, incentivos, distribui cargos e funções, e por outro lado, os súditos não participam da vontade coletiva que poderia modificar essa situação, contentam-se com o pouco que lhes é oferecido.

Dentro do sistema administrativo prevalecem algumas estratégias que ludibriam o sentido estrito da legalidade, moralidade e probidade administrativas. Entre estas estratégias pode-se citar os casos excepcionais que são previstos em lei, como exemplo as contratações temporárias, usadas demasiadamente, afastando o concurso público como método mais impessoal; política de boas relações na troca de favores dentro de órgãos da Administração Pública para burlar a burocracia legal; o conhecido “jeitinho brasileiro” que procura adaptar previsões legais a casos fáticos de maneira errônea; a própria corrupção administrativa pode entrar neste rol como intercâmbio de favores de um agente público, para com o particular em troca de vantagem indevida para ação ou omissão de função que seja de sua responsabilidade, para favorecimento que não seja da coletividade. A distribuição de recursos públicos ou privados, cargos e funções, privilégios e outras vantagens de cunho pessoal, em troca de apoio político. Estas são algumas maneiras de personalização da coisa pública.

O patrimônio público não se confunde somente com o patrimônio particular, verifica-se também acontecer o cooperativismo dentro da Administração Pública. Nesta modalidade de personalização cooperativista, o interesse é em âmbito de um grupo de indivíduos ou corporação, como por exemplo, os magistrados, os policiais, os deputados, os senadores, entre outros grupos coletivos. Um exemplo de personalismo nesta esfera, é o caso do aumento imoral de salários de uma categoria em isolado, imoral por ter a possibilidade de previsão legal, porém aos olhos da população e costumes da sociedade é visto de maneira abusiva e comprovadamente desnecessária.

O autor (CARVALHO, 2005, p.43) traça um perfil do administrador personalista segundo alguns critérios: o individualismo, fazendo a população acreditar que um governante fará o necessário; a idolatria por parte da população a este indivíduo; a promessa de imediatismo na resolução dos problemas; o administrador procurará o populismo em seus programas de auxílio, alcançando grandes contingentes populacionais com programas que não resolvem o problema, sendo desta maneira assistencialista; utilizará da submissão popular e a alienação da sociedade civil para ocultar e até justificar seus erros; distribuição de favores aos que lhe ajudaram em campanha política e barganhas indecorosas dentro de sua administração; conservação ou aumento de privilégios para casas poderosas e perseguição aos que não lhe apóiam ou apoiaram, configurando assim, respectivamente, o cooperativismo e a perseguição política; entre outras características para devida identificação personalista podem ser encontradas.

O mesmo autor (CARVALHO, 2005, p.43) ainda conclui que: “por mais terrível que possa parecer, na verdade, quem vier eventualmente a contrariar o perfil acima indicado está, muitas vezes, fadado ao isolamento, uma vez que estará indo de encontro a todo um modelo cultural já incorporado na sociedade brasileira”.

4.3. Possível reação ao personalismo

Hoje, com os vários escândalos que circundam a Administração Pública, pode-se dizer que há uma indignação gritante por parte da sociedade e até certa reação prática contra o personalismo. O Brasil não é o País mais corrupto do mundo, porém a situação calamitosa em relação à corrupção administrativa fez surgir várias frentes de combate que merecem destaque, como expressa (CARVALHO, 2005, p.44): “diversas frentes merecem ser destacadas neste processo de mudança: a popular, a da imprensa, a institucional e a jurídica”.

Dentro da reação institucional deve haver uma política que ressalte a educação popular como forma de conscientização política da sociedade, através da educação pública. Com a evolução da educação popular e conseqüente conscientização política, pode-se verificar uma correspondente evolução na aplicação do princípio da impessoalidade na Administração Pública, assim prevalecendo o interesse coletivo e a eficiência pública em relação à aplicação de recursos que hoje são desviados por causa da corrupção administrativa em geral.



Veja o que assevera (CARVALHO, 2005, p.45) em relação à imprensa, presença institucional e o plano jurídico:

No tocante à contribuição da imprensa, houve um incremento significativo no acompanhamento das ações do Poder Público pelos meios de comunicação. Entretanto, mais importante que o aumento do número de instrumentos de comunicação, de profissionais e de espaço na mídia destinados à cobertura das questões políticas, deve ser ressaltada a melhoria qualitativa, a atuação compromissada de boa parte da imprensa, que deixa de ser meramente informativa, para adquirir uma nova postura de fiscalização, de debate e de conscientização.

Quanto à presença institucional, o próprio Poder Público começa a se preocupar em fazer sua auto-avaliação e autocontrole. Nesse sentido, são criadas Ouvidorias, e repensado o papel dos Tribunais de Contas, dentre outras ações que estão sendo implementadas no âmbito do Estado. Atualmente, passou a ser destacado o papel das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's), como as que investigam as denúncias de irregularidades nos Correios, nos Bingos, na compra de votos de parlamentares ('Mensalão'), dentre outras.

Outras instituições como o Ministério Público e a Advocacia Pública se apresentam como focos de combate ao personalismo. Quanto às instituições da sociedade civil, as Igrejas, os sindicatos, as entidades representativas da classe empresarial e as associações comunitárias também passam a ocupar espaço no processo de discussão política.

No plano Jurídico, a Constituição da República de 1988 é considerada um marco, tanto para a redemocratização do país, como no compromisso que assumiu, ao prestigiar um Estado Social e Democrático.

Destaque-se, neste contexto, a inserção da impessoalidade no rol dos princípios norteadores da função administrativa previsto no art. 37 da Constituição, o que bem retrata a preocupação do Constituinte com o personalismo na Administração Pública.

Como decorrência direta do princípio da impessoalidade, foram reforçados institutos jurídicos, que apesar de já existentes no ordenamento jurídico, ainda não haviam vingado na prática administrativa brasileira. É o caso da licitação e do concurso público.

No tocante à reação ao personalismo no plano infraconstitucional, destacam-se as leis de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), de licitações e contratos administrativos (Lei nº 8.666/93) e de responsabilidade fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Não restam dúvidas que a personalização da administração pública é tema hodiernamente corriqueiro, seja em rodas de conversa, jornais, revistas ou internet. É notório o descaso dos agentes públicos sobre a impessoalidade e da sociedade civil a respeito da vida política. Talvez seja por causa da grande formalidade em torno da Administração Pública que deixa o indivíduo com aversão a este tema.

No que tange à questão do avanço e reação ao personalismo no Brasil, assevera (CARVALHO, 2005, p.99) que “apesar de inegável o avanço no tocante à moralização da Administração Pública brasileira, ainda existe um ambiente que favorece o personalismo”.

Também em relação à conduta personalista, afirma (CARVALHO, 2005, p. 99) que:

A corrupção e a fraude *'stricto sensu'* são os dois maiores inimigos dos procedimentos seletivos da Administração Pública.

Enquanto que a prática de corrupção representa oferta, doação, recebimento ou solicitação de algo de valor para direcionar a ação do agente público no processo de seleção, a prática fraudulenta consiste na falsificação de fatos ou na realização de embuste pelos particulares com o objetivo de influenciar o resultado da seleção administrativa.

O que importa, é que foi constatada a atualidade do personalismo na Administração Pública, o patrimônio público é confundido com o patrimônio particular. Assim, verifica-se que esta conduta acontece também no procedimento de licitação pública, então se faz importante saber como se manifestam os interesses privados nesse processo administrativo.

4.4 Divisão do processo de licitação em fases e procedimentos

Este capítulo será de extrema importância para o desenvolver da nossa pesquisa científica, pois aqui se encontra a exteriorização das condutas personalistas no âmbito licitatório, neste sentido assevera (CARVALHO, 2005, p. 105):

Para uma melhor compreensão das implicações do princípio da impessoalidade na licitação e dos obstáculos à sua aplicação, adotou-se neste trabalho a divisão do procedimento em suas etapas ou fases: interna e externa, e em cada uma delas passou-se a abordar individualmente cada um dos atos administrativos praticados pelos órgãos e entidades públicas na condução do referido processo seletivo, apontando as implicações do princípio da impessoalidade e os artifícios mais utilizados para burlar sua exigência de objetividade e competitividade.

Então verifica-se que a licitação pode ser dividida em fase interna e externa, e cada uma destas fases tem seus procedimentos específicos. Dentre estes procedimentos pode-se citar: delimitação do objeto; estimativa de preço; elaboração do edital; escolha da modalidade licitatória; formação da comissão de licitação; publicação; habilitação; julgamento e classificação das propostas; homologação e adjudicação; entre outros. E a respeito do conceito de procedimento vê-se a opinião de (MONTEIRO, 2000, p.02):

A tomada de decisões administrativas com a emanção do ato administrativo correspondente depende do cumprimento de formalidades e requisitos, ou seja, da realização de determinados pressupostos para torná-lo juridicamente perfeito. A esse conjunto de ações prévias e necessárias à produção do ato administrativo denomina-se procedimento administrativo. Em outras palavras, a exteriorização da função administrativa opera-se mediante o desenrolar de um procedimento, que consiste numa série de atos cronologicamente ordenados em função da obtenção de um resultado, tornando-se cada ato condição de validade do seguinte, de tal sorte que eventual vício do anterior contamina os subsequentes.

Esta divisão do processo de licitação, é um método para melhor aprender como acontece o personalismo dentro deste processo e quais as possíveis maneiras de erradicação do mesmo. Atentos a esta observação, prossegue-se ao estudo das fases da licitação e seus procedimentos, e respectivas dificuldades em relação à aplicação do princípio da impessoalidade neste campo.

4.4.1. Aplicação do princípio da impessoalidade na fase interna

A fase interna da licitação compreende os atos iniciais do certame, desde abertura do procedimento até o encaminhamento das minutas do Edital para análise da acessória jurídica. Nesta fase, estão presentes as condições mais favoráveis aos diversos expedientes para se desviar da conduta pautada na impessoalidade, os atos vão desde favorecimento, perseguições até subjetivismos. Esta incidência de personalização da coisa pública é ressaltada nesta fase, pois este é o momento para definição das regras que iram conduzir o processo licitatório.

A importância desta fase é aqui confirmada, doutrinariamente por (MONTEIRO, 2000, p.13):

Consoante já anotado, a fase preparatória é extremamente relevante posto que representa, por assim dizer, o alicerce de todo o procedimento. É nessa fase que o servidor, mediante pesquisa de mercado, identifica com precisão o bem a ser adquirido para descrevê-lo corretamente no ato de chamamento; bem como realiza uma estimativa de valor do futuro contrato para que, assim, promova a reserva de verba e o enquadramento na modalidade de licitação por lei exigida. Esses atos vão instruir o processo administrativo a ser submetido à apreciação da autoridade administrativa que, com base nas informações apresentadas, pondera sobre a real necessidade ou a conveniência e oportunidade de realizar o negócio pretendido para autorizar a abertura do certame.

Depois de verificada a relevância desta fase, no que diz respeito à conduta do processo licitatório de maneira impessoal, os procedimentos encadeados que desenvolvem a licitação tendem a conduzir ao resultado final da licitação, então verifica-se que a existência de vício em um procedimento desta fase pode macular o processo como todo.

Os acontecimentos na fase interna, ou na fase externa, têm diferença verificada em relação aos seus efeitos, como assevera (CARVALHO, 2005, p. 106):

Com base no argumento acima, constata-se a maior gravidade da personalização da fase interna da licitação, uma vez que seus vícios contaminam todo o procedimento, o que não ocorre quando as práticas personalistas se manifestam apenas na fase externa, já que os vícios desta última não afetam necessariamente os primeiros atos do certame, pois podem ser refeitos. Outra observação que deve ser mencionada é que, quanto mais cedo os vícios do certame puderem ser constatados e devidamente corrigidos, menores serão os prejuízos para Administração Pública e para o erário.

O mesmo autor ressalta sobre a personalização da coisa pública de forma acentuada nesta fase do processo licitatório, assim expressa (CARVALHO, 2005, p. 106): “Nestas incontáveis situações ditas discricionárias, em que a legislação autoriza e até mesmo requer a apreciação do administrador público, o certame licitatório passa a ser desvirtuado, deixando de servir ao interesse público, para atender a interesses pessoais”.

Agora verificar-se-á as situações que vinculam os agentes públicos à conduta personalista na Administração Pública, o objeto agora não é a verificação do comportamento particular nos procedimentos, e sim, as condutas praticadas pelos agentes públicos dentro de cada procedimento licitatório.

4.4.1.1. A delimitação do objeto

Para (MONTEIRO, 2000, p.16): “a primeira providência a ser adotada nesta etapa inicial do procedimento é a relativa à especificação do bem a ser adquirido, alienado ou contratado”...

Diante da anterior colocação da autora, sobre o conceito deste procedimento, é verificado que neste, o administrador é quem toma a referida decisão. Embora a legislação licitatória verificada seja a mesma para todos, cabe aqui um subjetivismo encontrado em relação à boa-fé, a iniciativa e a competência de cada administrador, aqui é onde muitas ações podem dificultar a impessoalização da licitação. À respeito deste subjetivismo (CARVALHO, 2005, p. 108) adverte que:

Na verdade, mesmo aqueles que têm apenas uma noção superficial do funcionamento das licitações sabem que, a partir da fixação dos elementos caracterizadores do produto ou serviço a ser contratado pelo Poder Público, o direcionamento do resultado final do certame pode ser facilmente manipulado.

Muitas vezes, tão somente a partir da leitura da cláusula do ato convocatório que indica o objeto da licitação, consegue-se vislumbrar o perfil do contratado, isto quando, nestas situações, não já for logo possível identificar o nome do futuro vencedor da licitação.

Nesta fase, é muito importante observar que é necessária a minuciosa descrição do objeto do contrato na licitação, para assegurar que o contrato seja celebrado com quem for mais vantajoso para Administração Pública, para que não seja aceita uma proposta tendenciosa e que não traga o melhor preço. Portanto, a Administração não pode ter total liberdade no momento de escolher os itens que pretende adquirir ou o serviço a ser contratado.

O artigo 14 da Lei de Licitações, veda a compra sem adequada caracterização de seu objeto, e também a indicação dos recursos orçamentários para adimplemento, sem esta observação o ato poderá ser anulado e ser imputada a devida responsabilidade a quem lhe deu causa.

O autor (CARVALHO, 2005, p. 110) traz um exemplo em que pode ocorrer o direcionamento do resultado final e, conseqüentemente a personalização da licitação neste procedimento:

Assim, por exemplo, caso não haja razão suficiente para tanto – e geralmente não há, não se pode tolerar a especificação de veículo cujas características (potência do motor, capacidade do tanque de combustível, tecido do estofado, dentre outras) só podem ser atendidas por uma única empresa no mercado, ou até mesmo por um único veículo.

4.4.1.2 Estimativa de preço ou valor

Aqui, outro procedimento onde o princípio da impessoalidade pode ser atacado, como assevera (CARVALHO, 2005, p. 110): “O princípio da impessoalidade administrativa no procedimento licitatório também pode ser desatendido mediante a estipulação irreal da estimativa de preço para a contratação”...

Depois de delimitado o objeto da licitação, é de mister a estimação do valor do referido para verificação de dotação orçamentária. Além de este valor estimado poder definir a modalidade licitatória a ser usada. Esta estimativa pode ser realizada por pesquisas de preços de mercado.

O autor (CARVALHO, 2005, p. 110) ainda ressalta sobre a possibilidade de estipulação irreal de valores: “Mesmo diante do dever legal acima transcrito, a avaliação da estimativa dos preços praticados no mercado realizada pela Administração Pública pode ser maquiada, indicando valores bastante superiores aos efetivamente praticados”.

Valores irreais caracterizam desta maneira favorecimentos indevidos ao vencedor da licitação em relação ao pagamento, ou de outra forma, se o valor for estipulado de maneira inferior, pode-se até haver o caso de dispensa de licitação ou realização de modalidade licitatória menos complexa ou de menor publicidade.

Outra peculiaridade em relação a este procedimento é que a Lei de Licitações em seu artigo 65, traz a possibilidade de alteração contratual em relação aos valores do mesmo. Dando margem aos agentes públicos para alteração de valores, depois de contratado com valor inferior ao real, assim aumentando os preços para equiparação ao valor de mercado ou até maior.

Outro caso de alteração contratual pode ser em relação ao lapso temporal do mesmo, o ajuste pode ser firmado por prazo menor do que o necessário, então ensejando possível prorrogação dele e conseqüente aumento do custo.

Uma observação importante em relação a este procedimento é feita por (CARVALHO, 2005, p. 111):

Em resumo: aquele valor a menor inicialmente estimado e que serviu de base para a dispensa de licitação ou para sua instauração em modalidade menos complexa, não refletirá o valor final da contratação, parâmetro este que deveria ter sido utilizado para a definição da obrigatoriedade de licitar e para a adoção da modalidade licitatória.

4.4.1.3 Elaboração do instrumento convocatório

Esta fase é definida pela elaboração do Edital ou da Carta-convite, neste sentido assevera (MONTEIRO, 2000, p.24):

O edital é o instrumento convocatório para todas as modalidades de licitação, exceto para o convite, cujo instrumento é a carta-convite. Ambos têm a mesma função: notificar a intenção do Poder Público de receber propostas para a celebração de um contrato. Todavia, a carta-convite, na medida em que convida para participar de um procedimento simplificado, constitui, por assim dizer, um edital resumido.

Esta fase é de extrema relevância no que se diz respeito às regras nos procedimentos seletivos da licitação, o instrumento convocatório tem força de norma que é emanada da Administração Pública.

O edital manipulado, pode esconder diversas maneiras e artifícios que podem personalizar o certame, é onde podem ser concedidas tendências ou exigências descabidas ou desproporcionais aos licitantes. Neste sentido assevera (CARVALHO, 2005, p. 112):

Em outras palavras, ao estabelecer no Edital as regras que nortearão o certame licitatório, de forma freqüente, os agentes públicos se valem desta situação para personalizar o procedimento seletivo, concedendo privilégios fortuitos e tendenciosos e/ou impondo exigências descabidas e desproporcionais a determinadas licitantes.

Como exemplo de exigência desproporcional e tendenciosa, pode ser citada a situação em que o edital exigir o capital social registrado da empresa vencedora em 20 vezes maior que o valor do objeto licitado, e neste caso, já seja sabido que somente uma empresa tem esta quantidade registrada em capital da empresa. Levando assim uma concorrência dirigida a um vendedor já conhecido.

Diante deste exemplo, cabe ressaltar que a escolha da modalidade licitatória, diante de cada configuração, seja concorrência, tomada de preços, convite, leilão, concurso ou pregão, varia conforme a exigência de cada caso. Em geral, nos critérios usados pelo legislador, são levados em conta para definir a modalidade licitatória a complexidade do objeto e o valor do contrato.

O autor (CARVALHO, 2005, p. 114) ressalta sobre os diversos artifícios que são utilizados dentro do processo licitatório:

Cada modalidade licitatória possui regras específicas, e, de uma forma geral, pode-se afirmar que quanto mais complexa for aquela, maiores serão as exigências legais para sua operacionalização pela Administração Pública.

Pela razão apontada acima, constata-se, na prática, muitas entidades públicas utilizam os mais diversos artifícios para impedir a adoção das modalidades licitatórias mais complexas, elegendo de forma indevida as mais singelas.

Cabe ressaltar o caso envolvido na carta-convite, onde a Administração Pública é isentada do dever de publicação da convocação via imprensa oficial ou jornal de grande circulação, o que pode deixar o processo licitatório por esta modalidade sem o devido conhecimento de todos, podendo ela, de maneira errônea, escolher os participantes do certame, ofendendo assim a impessoalidade nas licitações pela dificuldade de controle desta situação.

No caso da modalidade tomada de preços, esta pode ser usada ao invés da concorrência, que por sua vez é mais complexa. Assim, usando a modalidade menos complexa e, como exemplo, na tomada de preços é mantido um cadastro com os participantes, podendo o administrador usar esta modalidade a fim de beneficiar alguém que já esteja cadastrado em detrimento de outro que não, este por não conseguir satisfazer as exigências para cadastro em tempo hábil.

Quando se fala na modalidade concurso, a discricionariedade da Administração Pública pode ser avivada, neste caso, o critério para julgamento é a melhor técnica, dificultando o controle do resultado de modo objetivo. Nesta modalidade, o favorecimento indevido pode sobrepor-se à capacidade do participante, pois os critérios avaliativos podem ser desde criatividade, inovação até beleza. Percebe-se que mesmo com os critérios sendo pautados de maneira técnica, eles abrem margem ao subjetivismo do julgador.

Sobre os artifícios mais utilizados na escolha da modalidade licitatória o autor (CARVALHO, 2005, p. 117) expressa:

O fracionamento das contratações, a juntada de estimativa de preços irreal e a celebração de contratos com prazo reduzido, estando prevista a possibilidade de prorrogá-los, são os recursos mais utilizados pelas entidades públicas que pretendem colocar obstáculos à impessoalização das licitações a partir da escolha da modalidade licitatória.

Também, no que tange ao instrumento convocatório, pode também acontecer afronta ao princípio da impessoalidade dentro das exigências para habilitação, sendo que estas podem ser dirigidas de modo que se aponte a um ganhador pré-definido para a licitação. A elaboração destas exigências pode ser tão rigorosa levando a discriminação irregular,

infringindo assim, também, o princípio da igualdade e ampla participação, pois não é permitida qualquer preferência subjetiva para habilitação.

Podem acontecer abusos na habilitação, outro procedimento em relação à apresentação de documentos, qualificação técnica e econômica, regularidade fiscal, entre outros. Em resumo, não se pode admitir exigências que não tenham pertinência ou relevância para o objeto do contrato como, por exemplo, exigir que uma empresa, para cumprir requisito da habilitação, tenha funcionário que seja técnico eletricista, sendo que o objeto da licitação é somente a compra de materiais elétricos.

A doutrina de (CARVALHO, 2005, p. 120), tem uma teoria acerca do processo de licitação que merece ressaltar:

Merece também ser destacada, e defendida neste trabalho, a tese que sustenta a necessidade de alteração legislativa para que se proceda a inversão das fases da licitação, passando a habilitação a ser posterior ao julgamento. Caso esta idéia venha a ser implementada, diversas vantagens serão atingidas, dentre elas, ressalte-se, a agilização dos procedimentos licitatórios, uma vez que somente a documentação da empresa vencedora será analisada, e principalmente, não haverá tanto espaço para a formulação de exigências para habilitação com o objetivo manifesto de excluir do certame determinadas licitantes não quistas pela Administração.

Esta teoria é interessante pelo fato de a inversão aludida afastar algumas das diversas formas de discriminação, diminuindo, consideravelmente, a incidência da pessoalidade no processo de licitação. Também, é acrescida ao processo uma celeridade relevante no que diz respeito à evolução do mesmo, pois a análise para habilitação pode ser feita de modo sucinto no início do certame e após o julgamento ser realmente concluída esta fase.

Esta inversão já se verifica dentro da Lei 10.520 de 2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, sendo que o artigo 4º da referida lei expressa a fase externa da licitação, e dentro desta fase, encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, neste momento o pregoeiro fará abertura do envelope contendo os documentos para habilitação de quem fez a melhor proposta. Então, verifica-se que no artigo 3º do mesmo diploma, na fase preparatória somente são apresentadas as exigências para habilitação, além do objeto, critérios para aceitação das propostas, condições gerais do contrato e prazos para cumprimento.

Ainda dentro do instrumento convocatório, são propostos os tipos de licitação e critérios para julgamento das mesmas. Dentro destes procedimentos ocultam-se diversos fatores e artifícios que podem conduzir a inobservância da impessoalidade nas licitações. Neste sentido assevera (CARVALHO, 2005, p. 121):

Para melhor compreensão, em algumas situações, em vez de ser utilizada a licitação tipo 'melhor técnica', onde são aferidas a capacitação e experiência do proponente, faz-se o uso do 'menor preço', porque a empresa que se pretende favorecer não possui as condições técnicas necessárias para vencer o certame licitatório.

Esta conduta, além de comprometer a aplicação do princípio da impessoalidade na licitação, pode comprometer a execução do futuro contrato, podendo a empresa vencedora não se preocupar com a qualidade do objeto a ser adquirido ou serviço prestado a Administração Pública, assim dando causa a possibilidade de não adimplemento do contrato ou até mesmo possíveis danos futuros causados por esta prestação de má qualidade.

Existem casos que já trazem exigência legal para escolha do seu tipo de licitação, porém, o que prevalece é a discricionariedade administrativa para esta escolha. Neste sentido, o tipo menor preço deve ser usado de maneira cautelosa, pois se refere ao objeto em que os proponentes podem oferecer nas mesmas qualidades e observando durabilidade, custos de manutenção, garantia oferecida, entre outras características. Por outro lado, o tipo melhor técnica, pode direcionar a um licitante vencedor que não tenha o menor preço e sim características que são essenciais ao objeto almejado pela Administração Pública.

Já, quanto ao critério de julgamento, aqui se verifica intensa subjetividade na escolha do vencedor, porém tal subjetividade não é ilegal, o que dá ensejo a uma tendente facilidade de maculação do princípio da impessoalidade. Portanto, em contrapeso, o julgamento deve observar também o princípio do julgamento objetivo previsto no artigo 3º da Lei de Licitações.

Este julgamento subjetivo, pode ser afastado pela completa e detalhada elaboração no instrumento convocatório dos critérios de julgamento. Em relação à melhor técnica, não pode a administração se pautar pelo subjetivismo apenas, deve avaliar as propostas segundo

padrões de excelência na matéria a ser apreciada, seja padrão artístico, científico, entre outros que irão conduzir os critérios avaliativos.

Os meios e modos de aferição das propostas, no tipo melhor técnica, não devem ser expressos de modo parcial no instrumento convocatório, não basta escolher algum deles. O julgamento objetivo, como princípio, implica na mais abrangente prescrição dos critérios no instrumento convocatório observando fatores de avaliação concretos. Conduzido o certame deste modo, afasta-se a discricionariedade abusiva dos agentes públicos na escolha da melhor proposta.

4.4.1.4 Situações de dispensa e inexigibilidade de licitação

Existem várias hipóteses que não exigem ou que dispensam o processo de licitação para Administração Pública em obras, serviços, compras e alienações. Analisando estas exceções pode-se encontrar mais algumas formas de personalização da coisa pública e artificios que podem ser utilizados para este fim, com o afastamento autorizado da licitação.

Sobre a possibilidade de afastamento da licitação, o autor (CARVALHO, 2005, p. 121) expressa que: “Apesar da exigência constitucional das entidades públicas terem que licitar, o ordenamento jurídico reconhece que, em determinados casos previstos em lei, a Administração Pública estará isenta desta obrigação”.

Este afastamento é denominado contratação direta. Existem previsões legais acerca das situações que se enquadram nessa possibilidade de afastamento da licitação. Estas situações vão de inviabilidade de competição e até mesmo quando não há conveniência administrativa para realização da licitação.

No caso na inviabilidade de competição existe a hipótese de inexigibilidade, enquanto nos referimos à conveniência administrativa, esta se encaixa nas hipóteses de dispensa da licitação.

Os casos de dispensa de licitação estão elencados no artigo 24 da Lei de Licitações, sobre estes casos assevera (CARVALHO, 2005, p. 126):

Neste contexto, a doutrina aponta as causas que justificam as hipóteses de dispensa de licitação previstas nos incisos do art. 24 da Lei nº 8.666/93: a) quando o custo econômico da licitação deve ser superior ao benefício dela extraível, por exemplo, o inciso I, que dispõe sobre os contratos de valor reduzido; b) quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação, como é o caso do inciso III, que dispõe sobre os casos de guerra ou grave conturbação; c) quando inexistir potencialidade de benefício em decorrência da licitação, sendo o caso do inciso V, que versa sobre a licitação deserta, e do inciso VII, que trata da licitação fracassada; e d) quando a contratação não for norteada pelo critério da vantagem econômica, como é o caso do inciso IX, que dispensa a licitação quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional.

Já, os casos de inexigibilidade podem ser encontrados no artigo 25 do mesmo diploma legal, sendo eles elencados por (CARVALHO, 2005, p. 126):

De toda forma, na Lei 8.666/93 foram indicadas algumas situações em que foi considerada inviável a competição: a) aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo; b) contratação de serviços técnicos de natureza singular, conforme elenco disposto no art. 13; e c) contratação de profissional de qualquer setor artístico, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Diante de tantas previsões de dispensa ou inexigibilidade de licitação os agentes públicos podem usar de diversos artifícios para desvirtuar algumas destas situações que afastam a licitação, fazendo assim a contratação direta de modo errôneo. Com o objetivo de escolher um modo de contratação menos complexo e formalista, facilitando uma escolha personalista do contratado.

O afastamento da licitação dá ensejo à livre escolha pelo administrador da pessoa com quem contratar, o que se verifica normalmente, é que o administrador não faz uso desta dispensa ou inexigibilidade em prol da coletividade. Além do que, aqui se destaca, (CARVALHO, 2005, p. 128) faz precaver que:

Alerte-se, todavia, neste momento, a gravidade da situação superficialmente abordada neste tópico, uma vez que, na maioria das vezes, as contratações

sem licitação envolvem as avenças de maior vulto financeiro no âmbito da administração, e, não havendo competitividade ou confronto entre propostas, os contratos passam a ser objeto de temerárias negociatas celebradas entre agentes públicos e os particulares beneficiados.

4.4.1.5 Formação da Comissão de Licitação

O caput do artigo 51 expressa sobre a Comissão de Licitação, *in verbis*:

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

A conduta concupiscente está presente na personalidade humana desde os primórdios. A impessoalidade a ser exigida do agente público, neste momento, ganha destaque de suma importância, pois esta Comissão é responsável por funções essenciais dentro da licitação como: habilitação preliminar, inscrição em registro cadastral e sua alteração ou cancelamento, e processamento e julgamento das propostas conforme expressa o artigo 51 da Lei de Licitações.

Diante de tal importância elencada, cabe ressaltar que a conduta dos agentes públicos pode ser pautada por opiniões, impressões e vontades de cada indivíduo. Onde poderá haver um extremo personalismo na conduta desta função pública. Porém, a pluralidade de indivíduos que formam as Comissões pode reduzir os subjetivismos dentro do certame, pois se aumenta a publicidade e dificulta-se o sigilo indevido.

Uma forma de intensificação da utilidade da Comissão, no que diz respeito à impessoalidade na condução da licitação, pode ser a idéia de patrocinar a cada membro uma qualificação técnico-científica compatível com as regras contidas no ato convocatório para condução do certame, isso pode dificultar manobras políticas e direcionamento do resultado do processo licitatório.

Complementar à qualificação aludida anteriormente, e em paralelo, podem os componentes da Comissão serem escolhidos preferencialmente entre servidores efetivos, para melhor entender esta indicação observa-se o que expressa (CARVALHO, 2005, p. 130):

Destaque-se, por fim, que a escolha dos membros da Comissão deve recair preferencialmente sobre servidores efetivos, o que diminui o risco de ingerências no certame, ou pelo menos a eficácia das mesmas, uma vez que os referidos agentes públicos possuem a garantia da estabilidade.

4.4.2. Aplicação do princípio da impessoalidade na fase externa

A autora (MONTEIRO, 2000, p.85), expressa sobre o que é a fase externa da licitação o seguinte entendimento:

Assentamos à frente que como procedimento administrativo que é, a licitação compreende uma série de atos e atividades voltados a um ato final que é o seu resultado. Afirmou-se que dito procedimento requer uma fase preparatória ou interna. Findos os atos preparatórios, inicia-se o procedimento principal. A série de atos ordenados e sequencialmente dispostos, autônomos, mas todos voltados a um único resultado jurídico, que compõem o procedimento externo, são agrupados formando o que se convencionou chamar de fases da licitação. São elas: abertura, habilitação, classificação e julgamento, adjudicação e homologação.

O mesmo conceito sobre fase externa, segundo (CARVALHO, 2005, p. 131) compreende:

... desde o momento da publicação do instrumento convocatório, onde são convocados os eventuais interessados em participar do certame, até a realização dos atos finais da licitação pela autoridade superior...

Nesta fase, coexistem atos administrativos, ou seja, condutas praticadas no exercício da função administrativa pelas entidades públicas, como a solicitação, recebimento e abertura das propostas, habilitação, classificação, julgamento, revogação, anulação, homologação e adjudicação, e atos

75

produzidos pelos particulares, como recursos, elaboração e entrega das propostas, impugnações e desistências.

Esta, como foi percebido, é a fase onde existe maior participação dos particulares, desde o seu conhecimento através da publicação do ato convocatório, até o seu julgamento e adjudicação para contratação com os mesmos. Assim, as regras estabelecidas no instrumento convocatório terão força de lei para com os particulares em relação ao desenvolvimento do processo de licitação.

É uma fase que exige extrema observância do princípio da impessoalidade, dentre os outros relacionados. O efeito da personalização na Administração Pública se vê intensificado nesta fase, como assevera (CARVALHO, 2005, p. 130):

Na fase externa, agrava-se o risco de direcionamento do resultado da licitação, já que, além da possibilidade de diversos atos administrativos serem praticados com o objetivo de afastar a exigência de atuação impessoal da Administração Pública (subjetivismo), também surgem em larga escala os atos praticados pelos particulares (principalmente entre si) em detrimento da garantia de ampla competitividade do certame (fraude), além, é claro, das condutas ilícitas perpetradas pelo Poder Público, em conluio com os licitantes (corrupção).

Abordar-se-á, da mesma maneira que na fase interna ou preparatória, cada procedimento licitatório desta fase, para proporcionar maior simplicidade no estudo e entendimento de situações fáticas que possam ocorrer para detrimento do princípio da impessoalidade. Sistematizando os procedimentos, focam-se os atos administrativos da publicação, habilitação, julgamento e classificação das propostas, homologação e adjudicação, também a possível revogação ou anulação.

4.4.2.1. Publicação

Advinda da observância do princípio da publicidade, o ato da publicação do instrumento convocatório designa a abertura da fase externa, e desta abertura pública supõe-se

que estão sendo convidados todos os interessados, de modo a observar a ampla participação. Neste sentido assevera (MONTEIRO, 2000, p.86):

A primeira fase do procedimento externo é a abertura, que tem lugar com a divulgação do aviso do instrumento convocatório, mediante publicação do resumo do edital na imprensa oficial e em jornal de grande circulação, na forma prescrita pelo art. 21, no caso da concorrência, tomada de preços, concurso e leilão, e do recebimento da carta-convite pelos convidados, no caso de convite. A publicidade deflagra o procedimento, considerando-se, pois, a licitação instaurada.

A observação de maneira eficiente da publicidade irá precaver a Administração Pública, no que diz respeito a ampla participação de interessados, e o melhor resultado objetivo possível do processo da licitação. Esta qualidade da publicidade, irá influir diretamente no interesse de toda a sociedade, pois o processo de licitação é uma ferramenta reguladora por onde os recursos administrativos são usados para efetivação das necessidades coletivas.

A importância da publicidade também é ressaltada por (CARVALHO, 2005, p. 132) expressando que: “Previsto no elenco dos princípios constitucionais da Administração Pública, o princípio da publicidade é uma exigência do Estado Democrático de Direito, uma vez que as decisões públicas são de interesse de toda sociedade”.

Na modalidade carta-convite há um grande questionamento em relação à devida publicidade e, principalmente, a observância da impessoalidade na convocação dos interessados. A presunção de publicidade existe nesta modalidade pelo fato de que poderão ser escolhidos, de certa forma, livremente, os interessados que irão participar do certame, apenas observando as regras do artigo 22, parágrafo 3º da Lei de Licitações.

Assim, verifica-se que, com a ampla publicidade suprimida, o legislador abriu margem à personalização dos escolhidos para participarem de determinado processo de licitação que se enquadre nas exigências pertinentes à modalidade convite. Em outras palavras, pode-se dizer que a publicidade exigida na modalidade de licitação convite abre margem ao subjetivismo do agente público na escolha dos particulares que irão participar do certame, escancarando um possível favorecimento indevido.

Tal publicidade, reduzida na modalidade convite, deve-se ao seu custo inviável para sua concretização por modos convencionais como Imprensa Oficial ou outro veículo de comunicação, principalmente por esta modalidade ser utilizada em contratações que tenham pouco valor. Critério utilizado para diminuir os custos na condução de um certame que o objeto tenha pequeno valor, por regra, porém é utilizado de maneira errônea para os agentes públicos desviarem da burocracia e complexidade de outras modalidades e utilizarem a escolha personalista.

4.4.2.2. Habilitação

Para (MONTEIRO, 2000, p.91) a habilitação tem o seguinte conceito: “A fase de habilitação de interessados que se segue à abertura do procedimento destina-se a aferir a idoneidade e a aptidão do licitante – pessoa física ou jurídica – para executar o contrato, objeto da licitação, caso vencedor do certame”.

Para (CARVALHO, 2005, p.136) o mesmo conceito é:

Vê-se, de início, que deve ser distinto o ato de habilitação, que ocorre na fase externa da licitação, quando se verifica se restaram atendidas pelos licitantes as exigências formuladas no edital (habilitação jurídica, qualificações técnica e econômico-financeira, regularidade fiscal), da própria formulação das condições de participação na licitação.

Diante dos dois conceitos doutrinários, pode-se definir esta fase como sendo a fase de verificação de idoneidade e aptidão do candidato a licitante, podendo compreender ação subjetiva por parte do agente público em detrimento do princípio da impessoalidade.

Esta fase ocorre em momentos distintos, dependendo da modalidade licitatória, como na concorrência que é no transcurso do processo, na tomada de preços acontece no cadastro prévio do interessado no registro cadastral ou durante o certame observando tempo hábil, no caso do convite somente é comprovada a aptidão em registro prévio ao certame ou é convidado mediante presunção de idoneidade e qualificação, no pregão esta fase é transferida ao final do processo, o que aumenta a celeridade do mesmo.

A licitação de modo geral tem por objetivo a melhor proposta, desta maneira verifica-se que quanto mais restrito o rol de concorrentes menor a possibilidade de vantagem da Administração em relação às propostas, então este artifício poderá ser utilizado pelo agente público a fim de prejudicar ou favorecer algum interessado com exigências editalícias incabíveis, deste modo verificando uma possibilidade de personalização do certame.

Neste sentido, assevera (CARVALHO, 2005, p.137):

Quando os fatos acima acontecem, em regra, a Administração Pública pretende fazer com que a vencedora do certame seja determinada pessoa física ou jurídica, e para que a proposta desta seja considerada a mais vantajosa, passa a afastar os demais licitantes já a partir da fase de habilitação.

O administrador deve agir de modo ponderado na análise das exigências do certame, sob a possibilidade de afronta ao princípio da impessoalidade, como assevera (CARVALHO, 2005, p.137): “Agindo com rigor excessivo, o administrador público personalista inabilita quem bem entende, declarando estar juridicamente respaldado, pois cumpre o Edital. Descumpre, todavia, seu elemento teleológico”.

4.4.2.3. Julgamento e classificação das propostas

Para (CARVALHO, 2005, p.138), o julgamento e a classificação das propostas têm seu significado em paralelo no processo de licitação:

Encerrada a habilitação dos licitantes, aqueles que foram considerados habilitados passarão a ter suas propostas abertas em sessão pública e analisadas pela Comissão de Licitação. A verificação da conformidade de cada proposta aos requisitos do edital é denominada classificação.

Para (MONTEIRO, 2000, p.99-100):

Esta é a fase mais importante do procedimento, na qual são examinadas as propostas dos licitantes habilitados com vistas à classificação que levará à escolha da proposta em sessão pública, à semelhança da sessão de abertura dos envelopes-documentação. Os trabalhos, conduzidos pela Comissão de Julgamento; os representantes dos licitantes, devidamente credenciados, com poderes para rubricar as respectivas propostas e assinar a ata da reunião.

Neste momento, a desclassificação pode ser utilizada de modo subjetivo pelo agente público, podem ser por erros de soma ou redação, imperfeição de linguagem ou outros juízos de valor que não impliquem em prejuízo para administração. Deve ser observado o que é essencial, erros substanciais e lesivos à Administração ou aos outros licitantes para dar ensejo à desclassificação. Como exemplo, pode-se imaginar a situação em que o edital exigisse, nos valores dos produtos, que sejam por extenso, e o licitante vencedor equivocadamente colocasse em numerais, assim causando uma possibilidade de desclassificação subjetiva e personalista, por não ofender ao princípio do julgamento objetivo e à finalidade da licitação.

À respeito do personalismo nesta fase, expressa (CARVALHO, 2005, p.140):

Destaque-se, entretanto, que aplicação do princípio do formalismo moderado, de forma irrestrita e oportunista, pode causar grandes malefícios, uma vez que o agente público poderia invocar indevidamente o referido princípio para não desclassificar determinado licitante de sua preferência, quando estivesse diante do dever de fazê-lo.

Percebe-se que, senão houver uma prescrição mais completa e clara possível no edital, abre-se margem ao agente público para decisões personalistas, favorecimentos ou perseguições, o que é inverso ao princípio do julgamento objetivo.

4.4.2.4. Homologação

A homologação é fase em que ainda pode haver alguma modificação em relação à classificação. Neste sentido, assevera (MONTEIRO, 2000, p.112):

A fase de homologação destina-se aos atos de controle, que se impõem em face do poder de autotutela administrativa. Claro está que o posicionamento adotado quanto à fase de adjudicação terá reflexos e orientará o entendimento relativo à fase homologatória.

Assim, conforme já exposto, temos que com a adjudicação alcança-se o resultado final da licitação que é a escolha do contratante para a Administração. A fase de homologação coloca-se, por conseguinte, como fase integrativa, externa ao procedimento, por meio da qual são levados a reexame todos os atos praticados, inclusive a adjudicação, bem como todo o processo administrativo.

Então os anteriores “julgamento e classificação das propostas” podem ainda sofrer algum tipo de alteração nesta deliberação realizada na homologação. Por motivo de alguma irregularidade formal não observada no edital, por exemplo. Neste sentido assevera (CARVALHO, 2005, p.143): “Ressalte-se, todavia, que no exercício do exame de regularidade jurídica dos atos da licitação, a autoridade competente, apesar de agir de forma vinculada, ainda poderia perpetrar favorecimentos indevidos ou perseguições injustificadas”.

4.4.2.5. Adjudicação

Analisemos o conceito de (MONTEIRO, 2000, p.109) para adjudicação:

Uma vez classificadas as propostas – colocadas em ordem de acordo com o critério de julgamento fixado no edital –, necessário se faz declarar a proposta vencedora. Essa declaração se processa pela adjudicação. Isto é, para cumprir a finalidade da licitação, que é a escolha de um contratante, é de mister indicar dentre a pluralidade de licitantes classificados qual o licitante escolhido.

A doutrina de (CARVALHO, 2005, p.144), também tem seu entendimento em relação à adjudicação: “Assim, a adjudicação é um ato vinculado não no sentido de que deva ter, necessariamente, resultado favorável ao licitante classificado em primeiro lugar, mas no de que não pode deixar de ser praticada pela Administração Pública”.

Com base nos dois conceitos, pode-se perceber que a adjudicação é um ato através do qual se confere ao licitante vencedor o direito de prestar o objeto da licitação, para logo após a efetivação do contrato administrativo. É considerado o ato final antes do contrato, pois na homologação ainda pode haver alguma deliberação. É considerado o ato que constitui o direito e preferência ao licitante vencedor em prestar o contrato com a Administração Pública.

Uma hipótese de personalização, nesta fase da licitação, é ressaltada por (CARVALHO, 2005, p. 144):

A primeira hipótese seria a inércia da Administração Pública, na medida em que a autoridade competente simplesmente não pratica o ato de adjudicação após a classificação das propostas e homologação da licitação, especialmente diante de um resultado que não foi favorável aos participantes de sua predileção, ou até quando o vencedor lhe é inimigo político ou mesmo pessoal.

4.4.2.6. Revogação

O julgamento objetivo veda atos discricionários pela Administração Pública, a revogação aqui pode ser considerada como uma exceção, porém esta só poderá ser concretizada, conforme prevê o artigo 49 da Lei de Licitações, quando houver razões de interesse público decorrente de fatos supervenientes e devidamente comprovados. Este desfazimento discricionário deverá estar devidamente respaldado pelo interesse coletivo, ou seja, quando não atende mais ao interesse público e observar o contraditório e ampla defesa dos interessados. Neste sentido, assevera (CARVALHO, 2005, p.147):

Não há como deixar de se reconhecer a importante inovação legislativa, contemplada no atual Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, que passou a condicionar a revogação do procedimento licitatório à demonstração de existência de fato superveniente que venha justificar a desconsideração de todo o certame, além da exigência da observação do contraditório e da ampla defesa (§ 3º, do art. 49, Lei 8.666/93).

Aqui, está um momento ímpar na personalização da Administração Pública, pois o administrador pode levar em consideração, ao invés de o interesse coletivo, a discricionariedade permitida de modo abusivo, cometendo discriminações, perseguições ou favorecimentos indevidos. À respeito, assevera (CARVALHO, 2005, p.147):

Na realidade, insatisfeitos com o resultado final da licitação, leia-se, com o fato de que determinado licitante venceu ou perdeu o certame, muitos agentes públicos simplesmente revogam a licitação, e para tanto, justificativas não faltam; estas, além de abundantes, são de difícil controle, uma vez que integrariam o chamado 'mérito administrativo', cuja avaliação de conveniência e oportunidade seria apenas do administrador.

É também muito importante ressaltar que, ao vencedor da licitação, quando ela for revogada, ele fará jus à indenização por parte da Administração. Ao contrário, não fará jus, quando a licitação for anulada por motivo de ilegalidade, observando o disposto no artigo 59 da Lei de Licitações que expressa obrigação de indenizar o contratado pelo que já tiver executado do contrato ou outros prejuízos comprovados.

4.4.2.7. Anulação

A anulação da licitação é realizada por vício de ilegalidade, o procedimento estando viciado, gera ensejo à sua anulação sem obrigar a Administração a indenizar os possíveis prejudicados. O parágrafo primeiro do artigo 49 da Lei de Licitações, expressa esta desobrigação de indenizar o licitante.

O autor (CARVALHO, 2005, p.148) expressa que: "Estando submetida ao princípio da legalidade, não se admite que a Administração Pública se conduza de forma contrária ao

ordenamento jurídico. Caso o faça, impõe-se que o ato viciado seja desfeito, através de sua anulação”.

Verificando até o momento, que a ilegalidade pode anular a licitação, pode-se citar duas maneiras de abuso por parte do agente público, e consequente personalização através do ato de anulação. A primeira, pode ser a anulação de modo abusivo, estando verificada somente uma irregularidade em algum ato licitatório que poderia ser sanada ao seu tempo, o administrador anula todo o processo de licitação ao invés de ter solucionado o ato viciado e aproveitado os demais que estavam válidos. E por segundo, imagina-se a situação em que o administrador encontra tal vício de ilegalidade, e que o mesmo seja justificadamente bastante para decretar a anulação, porém o licitante vencedor está de conluio com o administrador, então, pode acontecer por parte da administração uma omissão a esta irregularidade de modo que venha a favorecer a personalização do certame, sendo o correto seria que a anulação deveria ser obrigatoriamente decretada.

Assim (CARVALHO, 2005, p.149) conclui que: “Percebe-se, com clareza, que o excesso de rigor tanto na avaliação da irregularidade, como na extensão dos efeitos da anulação, pode, ao invés de servir o interesse público, ser manipulado para dirigir o resultado da licitação”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Defronte às indagações surgidas antes e durante a pesquisa científica cabe, neste momento, a verificação dos resultados alcançados mediante este trabalho. Dificuldades foram muitas, porém espera-se ter alcançado um produto de estudo satisfatório para o enriquecimento acadêmico-científico. O método de pesquisa bibliográfica foi preponderante no trabalho, realizou-se um estudo envolvendo várias obras dentro do ramo de Direito Administrativo, como Celso Antônio Bandeira de Melo, Marya Sylvia Zanella di Pietro, Hely Lopes Meirelles, Lívia Maria Armentano Koenigstein, Ruy Cirne Lima, Vicente Greco Filho, dentre outros grandes nomes deste ramo jurídico.

O Direito Administrativo aqui, como ciência jurídica, vem regulamentar as relações jurídicas advindas da seara da público-administrativa. É sabido que em tempos passados o Poder e o Patrimônio Públicos eram concentrados na figura do próprio governante, posteriormente com o despertar do que hoje se conhece como Estado Democrático de Direito há um ressaltado em relação aos direitos individuais e à proteção destes em relação aos administradores. Então, percebe-se contemporaneamente, que por um lado existem administradores que ainda não se desprenderam da cultura personalista já enraizada e, por outro flanco, a sociedade que suplica pelos seus direitos em relação à Administração Pública e gestão dos respectivos recursos. Daí, surge a importância no papel do operador de Direito, principalmente neste âmbito, como agente capaz de analisar uma situação fática ou relação entre administrador e administrado e propor soluções mais eficientes.

A conduta humana em relação ao patrimônio público como em outras relações é sujeita a falhas, eis que surge a corrupção e a fraude como condutas que eivam a Administração Pública. Dentro do Processo de Licitação Pública esta putrefação pode se verificar de diversas formas, analisando quais as condutas concupiscentes mais ocorridas, em busca de talvez, encontrar um expediente mediante o qual possa ser combatido o personalismo neste âmbito.

Partindo das primícias anteriores, entende-se ser necessário algum instrumento para exteriorização do combate à corrupção e fraude nas Licitações. Os Princípios informadores da Administração Pública e Processo de Licitação entram aqui como as ferramentas pelas quais a

estrutura basilar do Estado Democrático de Direito é mantida. No enfoque, o Princípio da Impessoalidade entra para assegurar o não personalismo dentro da Administração Pública.

Regras de conduta administrativa no Processo de Licitação Pública são abundantes, porém, alguns indivíduos sempre procuram artifícios que possam burlar estas regras. A Licitação é o meio legal pelo qual Administração Pública contrata com o particular, para realização de obras, serviços, compras ou alienações. Tais contratações, envolvem diretamente relações que subsistem devido a contraprestações, aí onde entra o interesse personalista em tirar vantagem de modo errôneo sobre o Patrimônio Público em detrimento da própria Administração Pública e administrados.

São seis as modalidades de Licitação diferentes: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão. Cada uma destas, com peculiaridades, que podem permitir que o administrador ímprobo incorra na personalização do Patrimônio Público burlando as regras licitatórias.

A personalização da Administração Pública nas Licitações é uma das formas de dilapidação do Patrimônio Público, entra aqui como a conduta em que o indivíduo toma como se seu fosse este patrimônio, transforma ilegalmente o público em particular. O personalismo na Administração Pública pode ser combatido de diversas formas, dentre elas destaca-se o papel da Educação básica, onde a população mais esclarecida e com senso crítico mais apurado não agiria da forma como acontece: a tolerância, o comodismo, o descaso, o pessimismo, o permissionismo, a passividade. Estas são características culturais já enraizadas entre a grande massa, da mesma forma que o personalismo na administração.

Como visto, no trabalho, hoje existe uma indignação gritante por parte da sociedade em relação aos administradores. A política é vista de forma desacreditada. Em contrapartida há uma reação ao personalismo por parte da própria população, igrejas, sindicatos, mídias de comunicação e instituições como o Ministério Público, Ouvidorias da Administração Pública, Tribunal de Contas, entre outros.

Em relação aos administradores ímprobos e aos próprios particulares que concorrem em crimes no âmbito das Licitações, ambos podem responder administrativa, civil e criminalmente no alcance de suas condutas concupiscentes e no que a legislação prever. Em relação à punição dos agentes, contemporaneamente, está-se presenciando escândalos diversos envolvendo fraudes e corrupção no âmbito das Licitações, o conluio entre licitantes e

servidores públicos ocupam recentemente diversas manchetes das mídias jornalísticas, revistas e internet.

A personalização na Licitação Pública pode ocorrer de diversas maneiras, a análise das condutas concupiscentes e a maneira como elas se exteriorizam no processo licitatório é abordada no trabalho mediante uma divisão sistemática. A Licitação é dividida em fase interna ou preparatória e fase externa ou do procedimento principal, estas fases interna e externa, também são divididas em vários procedimentos, para se perceber qual a real possibilidade e condição de ocorrerem fraude e corrupção, configurando assim, através do interesse pessoal em detrimento do interesse público a "Personalização da Administração Pública no âmbito das Licitações".

As soluções que podem ser propostas para combate à personalização no certame são diversas, entre elas estão: a já enunciada educação básica para esclarecer a população e cultivar um senso crítico, que possa fazer a diferença em relação à conduta do cidadão em meio aos abusos dos agentes públicos. Maior restrição à liberdade administrativa no certame licitatório; maior qualificação técnica e profissionalização dos membros da Comissão de Licitação; membros sendo efetivos e não subordinados à Administração, com maior gratificação pelo trabalho realizado e consequente responsabilização pessoal em relação à corrupção ou fraude ocorridos no certame. Inversão da fase de habilitação para depois do julgamento, como já acontece no pregão, antes somente a análise prévia dos documentos dos interessados; participação maior do cidadão nos processos licitatórios como fiscal civil, isto como consequência direta da educação básica com qualidade, e a devida publicidade do certame.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.
- MEDAUAR, Odete. *Licitações & contratos administrativos*. São Paulo: Editora NDJ, 1998.
- ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein / Organização: Medauar, Odete. *Licitações & contratos administrativos*. São Paulo: Editora NDJ, 1998.
- ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.
- http://www.philosophy.pro.br/dedutivo_indutivo.htm (Acesso em 05 jan. 2011).
- http://www.fjb.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=137:corrupcao&catid=51:artigos&Itemid=11 (Acesso em 05 jan. 2011).
- <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/871/In-verbis> (Acesso em 30 mai. 2010).
- CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *O princípio da impessoalidade nas licitações*. Maceió: Editora da Universidade Federal de Alagoas - EDUFAL, 2005.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962.
- MONTEIRO, Yara Darcy Police. *Licitação: Fases e Procedimentos*. São Paulo: Editora NDJ, 2000.
- GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Malheiros, 2001.
- TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Contratando sem licitação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.