CARTILHA INFORMATIVA

PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Município forte. Brasil forte.
CNM
CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS

idp

CARTILHA INFORMATIVA

PROBIDADE ADMINISTRATIVA

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS

idp

2019 Confederação Nacional de Municípios – CNM.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. Todavia, a reprodução não autorizada para fins comerciais desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação dos direitos autorais, conforme Lei 9.610/1998.

As publicações da Confederação Nacional de Municípios – CNM podem ser acessadas, na íntegra, na biblioteca *on-line* do Portal CNM: **www.cnm.org.br**.

Autores:
Dijeison Nascimento
Isis Negraes Mendes de Barros
Liana Claudia Hentges Cajal
Rafael Bonassa Faria
Rafael de Alencar Araripe Carneiro

Colaboradores:
Matheus Soares Salgado Nunes de Matos
Pedro Paulo Alves Corrêa dos Passos
Renan Carvalho Teodoro
Túlio da Luz Lins Parca

Coordenação da publicação:
Rafael de Alencar Araripe Carneiro

Diretoria-Executiva da CNM:
Gustavo de Lima Cezário

Revisão de textos:
Keila Mariana de A. O. Pacheco

Diagramação:
Themaz Comunicação

Ficha catalográfica:

Confederação Nacional de Municípios – CNM e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Cartilha Informativa – Probidade Administrativa. – Brasília: CNM, 2019.

40 páginas.

1. Gestão municipal. 2. Legislação. 3. Transparência. 4. Probidade administrativa. 5. Administração pública.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS

Palácio do Municípios Paulo Ziulkoski
SGAN 601 – Módulo N – Asa Norte – Brasília/DF – CEP: 70830-010
Tel.: (61) 2101-6000 – Fax: (61) 2101-6008
E-mail: atendimento@cnm.org.br – Website: www.cnm.org.br

Diretoria CNM GESTÃO 2018-2021

Conselho Diretor

PRESIDENTE	**Glademir Aroldi**
1º VICE-PRESIDENTE	**Julvan Rezende Araújo Lacerda**
2º VICE-PRESIDENTE	**Eures Ribeiro Pereira**
3º VICE-PRESIDENTE	**Jairo Soares Mariano**
4º VICE-PRESIDENTE	**Haroldo Naves Soares**
1º SECRETÁRIO	**Hudson Pereira de Brito**
2º SECRETÁRIO	**Eduardo Gonçalves Tabosa Júnior**
1º TESOUREIRO	**Jair Aguiar Souto**
2º TESOUREIRO	**João Gonçalves Júnior**

Conselho Fiscal

TITULAR	**Jonas Moura de Araújo**
TITULAR	**Expedito José do Nascimento**
TITULAR	**Christiano Rogério Rego Cavalcante**
SUPLENTE	**Pedro Henrique Wanderley Machado**
SUPLENTE	**Marilete Vitorino de Siqueira**
SUPLENTE	**Cleomar Tema Carvalho Cunha**

Representantes Regionais

REGIÃO NORTE	**Francisco Nelio Aguiar da Silva**
REGIÃO NORTE	**Wagne Costa Machado**
REGIÃO SUL	**Alcides Mantovani**
REGIÃO SUDESTE	**Daniela de Cássia Santos Brito**
REGIÃO SUDESTE	**Luciano Miranda Salgado**
REGIÃO NORDESTE	**Rosiana Lima Beltrão Siqueira**
REGIÃO NORDESTE	**Roberto Bandeira de Melo Barbosa**
REGIÃO CENTRO-OESTE	**Rafael Machado**
REGIÃO CENTRO-OESTE	**Pedro Arlei Caravina**

Carta do Diretor Geral do IDP

Um dos maiores méritos da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Improbidade Administrativa de 1992 (LIA) foi aprimorar e intensificar o controle e a transparência da gestão pública. Ambos os instrumentos normativos estabeleceram a moralidade e a probidade como princípios orientadores da administração pública, bem como impulsionaram a adequação a boas práticas de gestão pública. Especificamente, a importância da LIA é nítida: foi um vetor crucial de defesa da probidade e representa um dos mais significativos marcos legais de combate à corrupção.

No entanto, muito embora a importância da LIA para transparência e controle do uso dos recursos públicos seja inegável, é igualmente necessário destacar a relevância de se garantir que a aplicação da lei ocorra de maneira razoável, previsível e uniforme. Nesse contexto, a Confederação Nacional de Municípios (CNM), ao ocupar um posicionamento ímpar o qual proporciona a apreensão de um conhecimento privilegiado da realidade da gestão municipalista brasileira, tem contribuído sobremaneira para o avanço do debate e da busca do devido equilíbrio em torno da temática da LIA. Em um momento de reavaliação de princípios e práticas de gestão pública, é fundamental a atuação de instituições com a *expertise* necessária, como a CNM, para a evolução de um tema tão caro às instituições e à sociedade.

Francisco Schertel Mendes
Diretor do IDP

Carta do Presidente da CNM

Prezada(o) municipalista,

A Confederação Nacional de Municípios (CNM) tem a honra de sediar o *I Congresso de Improbidade Administrativa* contando com a valiosa parceria do Instituto de Direito Público (IDP), instituição ímpar que se consolidou como um centro de estudos e reflexões sobre Administração Pública, Economia e Direito.

A união dessas forças – CNM e IDP – proporcionará aos gestores municipalistas e aos demais interessados no tema profunda análise sobre a legislação atinente à improbidade administrativa em contraponto aos desafios cotidianos dos executores dos serviços públicos, que, ao mesmo tempo que são cobrados pela sociedade, merecedora de serviços eficientes, também estão submetidos aos órgãos de controle e a eles prestam conta.

A CNM defende que o país atravessa um momento ideal para aperfeiçoarmos os instrumentos legais que visam a conferir a racionalização do trato da verba pública, assegurando maior transparência, economia e eficiência e uniformização das decisões dos órgãos de fiscalização e controle.

Que o material que ora ofertamos possa atingir a consecução desses objetivos ampliativos e contribua para o aperfeiçoamento de todos aqueles interessados nesta matéria, mas, sobretudo, possa esta cartilha estimular o aprimoramento profissional dos gestores municipais na construção de uma governança mais solidária e justa.

Glademir Aroldi
Presidente da CNM

Sumário

1. Apresentação 10

2. Publicidade Institucional 13

2.1. Promoção pessoal à custa do poder público 14

2.2. Promoção de partido político utilizando-se de bens públicos 15

3. Transparência 17

3.1. Eliminação indevida e ocultação de informações e documentos públicos 18

3.2. Ausência de prestação de contas às instituições competentes 20

4. Licitações 22

4.1. Fracionamento indevido do objeto licitado 23

4.2. Contratação direta 25

4.2.1. Dispensa indevida 27

4.2.2. Inexigibilidade indevida 28

5. Contratação sem Concurso Público 31

5.1. Cargos em comissão 31

5.2. Contratação temporária 32

6. Nepotismo 33

1. Apresentação

A administração pública no nosso país tem passado por um aumento expressivo na fiscalização pela sociedade e órgãos de controle, requerendo uma atuação bastante cautelosa, proba e transparente por parte dos gestores.

Se a probidade e eficiência administrativa sempre foram desejos da sociedade, com as novas diretrizes advindas da Constituição Federal de 1988, a boa administração pública se mostra como um princípio do qual o gestor não pode se afastar.

O desenvolvimento da sociedade brasileira nas últimas décadas não deve admitir retrocessos – razão pela qual a lisura no trato com a coisa pública, o dever de informar e prestar contas à sociedade e o esforço para o atendimento do interesse público, longe de se revestir de uma faculdade do gestor, são, hoje, obrigações de todo e qualquer gestor público.

Assim, ações excessivamente discricionárias, sem fundamentação técnica e tendente a privilegiar interesses pessoais e estritamente políticos, expõe, cada vez mais, os gestores a sanções, tais como as condenações impostas pela Lei de Improbidade Administrativa - Lei 8.429/1992.

Em outras palavras, o administrador público que insistir em atuar de forma personalista, desgarrado dos comandos constitucionais e legais dificilmente terminará seu mandato sem responder a ações de improbidade, cujas sanções são severas, podendo chegar à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, inelegibilidade e multas de valores elevados.

A Lei 8.429/1992, concebida para proteger o princípio da moralidade administrativa, nunca foi tão utilizada e vem punindo com frequência os gestores públicos e particulares que contratam com a administração pública.

É bem verdade, contudo, que muitas dessas ações surgem a partir de novos entendimentos dos tribunais, inexistentes quando da prática do ato administrativo, ou sem considerar o contexto local em que o ato foi praticado, o que resulta em insegurança jurídica e prejuízos para a inovação da gestão.

Essa preocupação torna-se mais elevada no âmbito municipal, onde a carência de recursos e a baixa institucionalidade se fazem mais presentes diante da nossa estrutura federativa.

Nesse sentido, a presente cartilha tem o objetivo de informar e orientar os gestores sobre as causas mais frequentes de ações de improbidade administrativa a partir do entendimento dos tribunais.

Ao longo de 2018 e 2019, o grupo de estudos de Improbidade Administrativa do IDP, em parceria com a CNM, realizou pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre ações de improbidade contra prefeitos. No total, foram selecionados 800 acórdãos – decisões colegiadas – datadas desde 2005 até 2018.

A partir desse levantamento empírico, foi possível identificar temas bastante frequentes, que serão analisados no decorrer da cartilha: publicidade institucional, transparência, licitações, contratação sem concurso público e nepotismo.

Cabe lembrar que a simples existência de um processo judicial com a acusação de ato ímprobo pode prejudicar muito a ima-

gem do gestor, comprometendo, inclusive, o bom andamento de seu mandato eletivo.

A ação de improbidade administrativa, independentemente do resultado final, impõe aos acusados impactos diretos à sua imagem, além de prejuízos políticos e financeiros.

Como exemplo, podemos citar:

Longa duração dos processos	A média de tramitação de um processo de improbidade administrativa ultrapassa sete anos, sendo possível encontrar processos com mais de vinte anos de tramitação; apenas no STJ, os processos permanecem, em média, um ano, nove meses e dez dias.
Danos à imagem política	A propositura de uma ação de improbidade administrativa por si só pode macular a imagem do prefeito frente aos eleitores e à população em geral.
Gastos com a defesa jurídica	Os gastos com a defesa jurídica técnica até a finalização do processo costumam ser consideráveis.

Esperamos que essa cartilha, ao capacitar e instruir os prefeitos e demais envolvidos com a administração pública, possa contribuir para a melhoria da gestão dos Municípios.

2. Publicidade Institucional

A publicidade institucional é um importante instrumento para que os cidadãos possam participar ativamente do desenvolvimento social e econômico da cidade. O acesso às informações de interesse público permite que a população conheça e acompanhe a execução das políticas públicas.

A publicidade dos atos governamentais deve possuir caráter exclusivamente educativo, informativo ou de orientação social, sendo absolutamente vedada a utilização do patrimônio público para proveito individual do prefeito.

TENHA ATENÇÃO

> Por ser publicidade governamental, deve ser focada na educação, informação ou orientação social dos cidadãos. Não pode conter nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Quando bem aplicada, a publicidade institucional também funciona como um instrumento de transparência da Administração Pública, de modo a facilitar o controle social dos atos administrativos e possibilitar que os cidadãos fiscalizem e participem ativamente das decisões relevantes para a comunidade.

O que a Constituição Federal e os Tribunais buscam coibir é que a publicidade institucional sirva de meio para que o gestor público faça qualquer tipo de promoção pessoal ou partidária à custa do erário, o que viola os princípios constitucionais e pode caracterizar improbidade administrativa.

A pesquisa da jurisprudência do STJ demonstrou os temas mais recorrentes sobre publicidade institucional que ensejam ações de improbidade administrativa, que serão detalhados a seguir.

2.1. Promoção pessoal à custa do poder público

O entendimento dominante dos tribunais é que o uso de símbolos, *slogans*, nomes e imagens que são diretamente associados à pessoa do prefeito caracterizam promoção pessoal às custas do poder público.

Grande parte das ações de improbidade administrativa relacionadas à publicidade institucional refere-se a divulgações de obras nas áreas de saúde e educação. Ainda que a publicidade se destine à divulgação de temas sensíveis à população, o que, a princípio, teria caráter informativo, não pode o gestor aproveitar-se delas para fazer sua propaganda pessoal.

⊗	Prefeito inaugura novo hospital no Município
⊗	A gestão do Prefeitura inaugura novo hospital no Município
☑	**Prefeitura inaugura novo hospital no Município**

Além disso, na análise das ações de improbidade administrativa vigora, segundo os Tribunais, o princípio do in dubio pro societate, ou seja, se há dúvidas sobre a ocorrência do ato ímprobo, o Judiciário opta por receber a peça acusatória para melhor análise no curso do processo, que tende a ser demorado e desgastante para os acusados.

Reforça-se, assim, a ideia de que o gestor deve agir com bastante cautela em relação à publicidade institucional, pois bas-

tam indícios de promoção pessoal para que o gestor responda à ação de improbidade administrativa.

O STJ JÁ DECIDIU. Foi caracterizada promoção pessoal e, consequentemente, improbidade administrativa em caso que o gestor custeou encarte em jornal de circulação local para divulgar obras, programas e ações implementadas em sua gestão. Entendeu-se que, apesar de os gastos terem sido pagos pelo gestor, caracterizou-se ato de improbidade, porque os textos mencionavam várias vezes seu nome e o associavam com as conquistas da região[i].

2.2. Promoção de partido político utilizando-se de bens públicos

A promoção partidária por meio da utilização de bens públicos também é rechaçada pelos tribunais.

Entende-se que estampar símbolos e/ou cores que identifiquem o partido político do gestor pode caracterizar ato de improbidade administrativa, independentemente da obtenção de vantagem pecuniária direta.

Em outras palavras, a caracterização do ato ímprobo não requer o enriquecimento ilícito, basta que o ato atente contra os princípios da administração pública, como, por exemplo, a legalidade, a moralidade e a impessoalidade.

O STJ JÁ DECIDIU: em um caso em que o gestor emplacou veículo oficial com o número alusivo ao seu partido político, promovendo partido político, utilizando-se de bens públicos

(veículo e verba para reserva da placa) e, consequentemente, tal ação foi caracterizada como improbidade administrativa por violação dos princípios da Administração Pública[ii].

O STJ JÁ DECIDIU: em um caso em que o prefeito utilizou o logotipo de campanha e cores de seu partido político em diversos bens públicos (entrada do Pronto Socorro Municipal, prédio do Fórum, ônibus escolares, ambulância, caminhões de lixo) ficou caracterizada a improbidade administrativa[iii].

Esse tipo de conduta, por sua própria natureza, é fácil de ser atestada, uma vez que a juntada de fotografias ou imagens tem sido suficiente para comprovar a improbidade.

3. Transparência

A Constituição Federal determina que o acesso a informações e documentos públicos é um direito do cidadão e um dever do Estado. Além disso, após a publicação da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), a demanda da sociedade por mais transparência aumentou, devendo os prefeitos atender aos preceitos da lei.

Com o avanço dos meios de comunicação, a forma mais simples de divulgar informações de interesse público é por meio da confecção de um "Portal da Transparência", que poderá conter informações básicas como:

Receitas municipais	Natureza das receitas municipais, Convênios
Despesas municipais	Execução orçamentária Investimentos em publicidade Precatórios Balanço anual Dívida pública Plano Plurianual Lei de Diretrizes Orçamentárias Lei de Orçamento Anual
Gastos com o funcionalismo municipal	Nome Situação (ativo/aposentado) Remuneração Órgão Cargo ocupado

Formulário de solicitação de informação	Como solicitar uma informação Como acompanhar uma solicitação Como ingressar com recurso Pedidos finalizados
Licitações e contratos	Licitações em andamento Compras efetuadas Suprimento de fundos Contratos efetuados
Patrimônio	Frota de veículos oficiais Doação de bens Materiais de consumo Materiais permanentes
Relação de documentos sigilosos	Se houver
Estrutura organizacional	Administração Direta Administração Indireta

Adotar tais providências para disponibilizar informações de forma ativa tanto para os cidadãos quanto para os órgãos de fiscalização e controle previne o gestor contra eventuais ações por ato de improbidade administrativa.

Nos tópicos a seguir veremos as principais causas de ações de improbidade administrativa relacionadas ao tema da transparência.

3.1. Eliminação indevida e ocultação de informações e documentos públicos

O gestor deve zelar pela organização e pela integridade da documentação dos atos de gestão. O trabalho de organização

dos documentos da administração pública contribuirá para a efetivação do primado da transparência na gestão do patrimônio do estatal.

TENHA ATENÇÃO

> A simples organização dos documentos públicos, com o fim de disponibilizá-los aos cidadãos, é capaz de revelar o nível de comprometimento dos administradores na gestão da coisa pública como um todo.

Ressalvadas as hipóteses sobre sigilo apontadas na legislação brasileira, a regra vigente defende o acesso irrestrito aos documentos públicos, de forma que a atribuição de sigilo deve ser adotada com extrema cautela.

Assim, além de o gestor ter a obrigação de manter organizados os documentos públicos pelos prazos estipulados na legislação, a eliminação de documentos deve ser precedida de análise cuidadosa pelos setores competentes e, também, seguir os procedimentos técnicos apropriados.

Dificultar o acesso da população e dos órgãos de controle aos documentos públicos fere o princípio da publicidade e transparência, possibilitando a condenação por atos de improbidade administrativa.

O STJ JÁ DECIDIU que a eliminação indevida ou sonegação de documentos públicos aos órgãos de controle configura improbidade administrativa, sendo possível o afastamento cautelar do prefeito do cargo público para possibilitar a adequada instrução do processo e a conservação de provas essenciais.[iv]

Além disso, a boa organização dos documentos públicos facilita a prestação de contas aos órgãos de controle e evita que o prefeito seja acusado de incompletude ou inadequação na prestação de contas públicas, mesmo nos casos em que os convênios ou contratos tenham sido celebrados e executados pelos prefeitos que os antecederam.

3.2. Ausência de prestação de contas às instituições competentes

As informações produzidas, guardadas e gerenciadas pelos gestores municipais são públicas, devendo o acesso a elas ser facilitado aos órgãos de fiscalização e controle.

A Constituição Federal estabelece que[v]:

> **ESTÁ NA CONSTITUIÇÃO:** todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Em relação aos órgãos de fiscalização e controle, a informação pública disponível serve de matéria-prima para o correto desempenho das suas funções. É por intermédio dos documentos públicos que as Cortes de Contas conseguem desempenhar a função de fiscalizar a atividade contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Município.

Por ser a prestação de contas algo tão importante e significativo para o estado democrático de direito, o legislador inseriu *a falta de prestação de contas*, quando esteja obrigado a fazê-lo, no rol dos ilícitos que configuram ato de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

A pesquisa de jurisprudência do STJ possibilitou identificar diversos processos nos quais o gestor foi condenado em ações pela ausência ou incompletude na prestação de contas ou informações públicas;

TENHA ATENÇÃO

> Os gestores devem prestar contas de convênios mesmo quando estes tenham sido celebrados em gestões anteriores à sua. Ou seja, caso os órgãos de controle requisitem a prestação de contas, cabe ao gestor atual a apresentação das informações.

Dessa forma, não há dúvidas de que o gestor deverá prestar todas as informações disponíveis aos órgãos de controle, sendo que a recusa na prestação das informações poderá levar à condenação do gestor por ato de improbidade administrativa.

4. Licitações

As licitações são procedimentos administrativos destinados a selecionar proposta de contratação mais vantajosa para o poder público. A lei determina critérios objetivos a fim de, ao selecionar a proposta mais vantajosa, promover o desenvolvimento nacional sustentável, fortalecer as cadeias produtivas e garantir a participação ampla e isonômica dos interessados.

Neste contexto, a Lei 8.666/1993 é diploma legal que dita as normas gerais das licitações públicas no país.

TENHA ATENÇÃO

> O conceito de "contratação vantajosa" não se limita aos aspectos econômicos. A contratação, para ser considerada vantajosa, deve ser analisada de maneira integral, ponderando, inclusive, os diversos impactos a serem produzidos a longo prazo.

A pesquisa de jurisprudência demonstrou que a maioria das ações de improbidade administrativa são decorrentes de irregularidades nos processos de licitação. Portanto, as próximas seções serão destinadas a analisar os principais fundamentos destas ações.

4.1. Fracionamento indevido do objeto licitado

Requisitos para o parcelamento:	
☑	Previsão no edital
☑	Viabilidade técnica
☑	Vantagem econômica

O objeto da licitação é aquilo que a Administração pretende contratar: obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões ou locações. A principal finalidade da licitação é, portanto, a obtenção deste objeto nas melhores condições para a Administração.

Em regra, o objeto da licitação será uno e indivisível para cada proposta. Contudo, se for técnico e economicamente viável, obras, serviços e compras deverão ser divididos em parcelas. Este parcelamento deve ser previsto em edital, visar o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e ampliar a competitividade, entretanto, não se pode perder as vantagens da economia de escala[vi].

É ENTENDIMENTO DO TCU[vii]: nas contratações de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, é obrigatória a adjudicação por item e não por preço global, caso não haja prejuízo para o conjunto ou perda da economia de escala. Assim, propicia-se a participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, podem fazê-lo com relação a itens ou unidade autônomas.

Apesar de o objeto ser uno e indivisível, o TCU entende que a contratação deve ser feita, em regra, de forma parcelada. Essa regra incide quando há viabilidade técnica e vantagem econômica. Por exemplo:

Na licitação para a construção de uma escola, o objeto final é a escola pronta e apropriada para o início das aulas. De forma que não seria lícito, a princípio, licitar as salas de aula e a sala dos professores separadamente (nem em diferentes licitações nem de forma parcelada na mesma licitação). O objeto, neste sentido, é uno e indivisível.

Por outro lado, na aquisição dos móveis escolares, como carteiras, lousas e bebedouros, não se vislumbra justificativa para adjudicar por preço global; neste caso, o gestor deverá promover uma única licitação com adjudicação por itens e não por preço global. Isso porque a aquisição, independente destes itens, não compromete a finalidade da licitação (viabilidade técnica) e, ainda, possibilita a participação de mais licitantes (vantagem econômica).

Não respeitar essas premissas é considerado fracionamento, ou seja, o parcelamento indevido da licitação; e pode ensejar ação de improbidade administrativa.

O STJ JÁ DECIDIU[viii] que foi caracterizada improbidade no caso em que o objeto foi dividido para contratação em três diferentes licitações. Entendeu-se que não houve respaldo para o fracionamento porque *(i)* as verbas das três licitações advieram de um só convênio; *(ii)* os serviços poderiam ser integralmente prestados por qualquer das empresas contratadas; *(iii)* não havia distinção quanto à natureza do objeto, ao ramo de atuação e à especialidade das empresas contratadas ou local de prestação do serviço.

TENHA ATENÇÃO

O gestor deve sempre motivar suas escolhas e decisões. Assim, quando for planejar a licitação, independente da decisão de parcelar ou não, os critérios técnicos e econômicos da decisão devem constar expressamente na justificativa do certame. Uma boa fundamentação pode evitar problemas futuros com os órgãos de controle!

4.2. Contratação direta

Como sabemos, a licitação é a regra a ser seguida pelos gestores.

Há algumas situações, entretanto, em que não é possível a realização do procedimento licitatório; e existem, ainda, casos em que, apesar de possível, a Lei faculta a realização da licitação.

Estamos falando das hipóteses de contratação direta: inexigibilidade de licitação (quando a competição é inviável) e dispensa de licitação (quando, ainda que possível, a Lei faculta ao gestor a realização do procedimento licitatório).

Licitação	Conceito	Lei 8.666/1993
Dispensada	Hipótese na qual a lei de licitações dispensa a licitação, ou seja, determina que não se faça a licitação.	Art. 17, incs. I e II
Dispensável	São casos nos quais, ainda que seja possível realizar uma licitação, a lei faculta ao gestor a sua realização (ex: compras de pequeno valor).	Art. 24
Inexigível	Nesse caso, a competição é inviável, seja porque existe apenas um fornecedor, seja porque o objeto a ser contratado impossibilita uma comparação/competição entre os eventuais licitantes.	Art. 25

Considerando que a contratação direta se trata de exceção à regra, o gestor deve ter enorme cautela e precaução quando de sua utilização.

A legislação impõe requisitos e condições que devem ser observados, sob pena de a contratação direta ser considerada indevida. Nesses casos, o ato do gestor pode configurar improbidade administrativa e também crime licitatório previsto na Lei 8.666/1993[ix].

TENHA ATENÇÃO

A contratação direta, assim como qualquer outra, deve ser devidamente moti-vada. O gestor precisa demonstrar de forma fundamentada o enquadramento da situação fática às hipóteses de dispensa ou inexigibilidade descritas na lei.

Os requisitos e as condições gerais que devem ser observados pelo gestor estão previstos no art. 26 da Lei 8.666/1993[x].

O gestor não pode limitar-se a simples citação dos dispositivos legais; é preciso que, no processo para contratação direta, o gestor demonstre e comprove documentalmente a ocorrência de uma das situações previstas na Lei.

TENHA ATENÇÃO

> Realizar contratações diretas indevidamente (sem a observância de todas as regras) pode levar o gestor a responder não só a processos por improbidade administrativa, mas também a processos criminais.

Na sequência, mostraremos as principais causas de condenação por ato de improbidade administrativa por contratação direta identificados na pesquisa da jurisprudência do STJ. Importante destacar que estas não são as únicas causas de condenação, logo, o gestor deverá sempre, em qualquer hipótese, cumprir todos os requisitos legais.

4.2.1 Dispensa indevida

Os principais casos de dispensa indevida de licitação são as contratações de pequeno valor e situações emergenciais.

Nos casos de dispensa pelo valor do contrato, é proibida qualquer tentativa de fracionamento do objeto para que o valor se encaixe nos limites previstos em lei.

NÃO É PERMITIDO: fracionar o objeto em múltiplos contratos apenas para que caibam no valor previsto pelo art. 24, incs. I e II, da Lei 8.666/1993[xi].

É igualmente proibido realizar contratação emergencial para casos em que o gestor deveria ter adotado providências com antecedência razoável para a realização de licitação e não o fez.

É o que chamamos de "emergência fabricada", por exemplo, o gestor deixa de realizar, ao longo do ano, licitação para decoração natalina, mas, às vésperas do Natal, alegando situação emergencial, contrata uma empresa para fornecer a decoração.

4.2.2 Inexigibilidade indevida

Como já vimos, a inexigibilidade é a forma de contratação para as hipóteses em que a competição é inviável. Assim, como nos casos de dispensa de licitação, a Lei prevê requisitos específicos para que a contratação se dê por inexigibilidade.

Os casos mais recorrentes em que o gestor poderá valer-se da inexigibilidade são nas contratações de serviços técnicos especializados, artistas e fornecedores exclusivos.

Os serviços técnicos especializados são aqueles listados no art. 13, da Lei 8.666/1993[xii]. Entretanto, não basta que ele esteja listado, é necessário, também, que ele seja singular e que o profissional contratado detenha notória especialização[xiii].

É ENTENDIMENTO DO TCU[xiv]: a inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos – que possibilita a contratação direta por inexigibilidade – decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

TENHA ATENÇÃO

> Não serão considerados singulares os serviços de rotina administrativa ou aqueles em que não haja espaço para o desenvolvimento da habilidade ou criatividade pessoal do executor.

Em relação à contratação de serviços técnicos especializados, a contratação de serviços advocatícios merece especial destaque. O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou definitivamente sobre o tema, portanto, cabe ao gestor redobrada atenção na contratação direta destes serviços[xv].

Como já dito em outras oportunidades, o fato de os Tribunais não terem uma posição firme e pacífica em relação ao tema gera insegurança jurídica e dificulta a atuação do gestor público. Dessa forma, nesses casos, o gestor deve adotar a postura mais restritiva possível, para, assim, diminuir as chances de vir a responder uma ação de improbidade administrativa.

Os Tribunais entendem que a relação de confiança entre o gestor e o profissional contratado é elemento essencial – **apesar de não suficiente** – para a configuração da hipótese de contratação direta.

O STJ JÁ DECIDIU que é possível a contratação direta de serviços advocatícios desde que observadas as seguintes premissas: singularidade do serviço e notória especialização do contratado. A notória especialização é evidenciada quando o trabalho do profissional é o mais adequado para a satisfação do objeto; já a singularidade é tida como um serviço atípico e inusual à rotina administrativa, ou seja, a contratação de serviços advocatícios para atuação em casos rotineiros, comuns e que não demandem uma especialização extraordinária do profissional, poderá levar o gestor a responder ação de improbidade administrativa[xvi].

Ainda no tópico de inexigibilidade, a contratação direta de artistas também merece especial atenção; pois, conforme depreendido da pesquisa do STJ, é um tema bastante recorrente nas ações de improbidade.

A Lei estabelece os seguintes requisitos para que o gestor possa contratar artistas por inexigibilidade de licitação[xvii]:

	Requisitos:	Observações:
☑	**Preços**	O preço deve ser comparado com aqueles pratiados pelo mesmo artista nas mesmas condições
☑	**Consagração**	Consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública
☑	**Contratação direta do artista ou por empresárioo exclusivo**	A exclusividade do empresário não pode ser restrita ao local e/ ou à data da apresentação

Nota-se que não basta que o artista seja consagrado. Além de seu reconhecimento, o valor cobrado pela apresentação deve ser compatível com os preços praticados na região e a contratação deve ser feita diretamente com o artista ou com seu empresário exclusivo.

ATENÇÃO: cartas de exclusividade restritas a datas e locais específicos não são suficientes para preencher o requisito legal[xviii].

O gestor que não obedecer aos requisitos apontados está sujeito a condenação de ressarcimento ao erário no valor integral do evento e, ainda, a responder ações de improbidade administrativa.

5. Contratação sem Concurso Público

A pesquisa de jurisprudência do STJ demonstrou que outra causa bastante recorrente nas ações de improbidade administrativa se refere à contratação de pessoal sem a realização de concurso público.

É necessária, como regra para investidura em cargos públicos, a aprovação em concursos[xix]. Entretanto, existem exceções que permitem determinadas nomeações sem a realização de concurso: são os casos dos cargos em comissão e de contratação temporária.

O STJ JÁ DECIDIU que a contratação de servidores sem a prévia aprovação em concurso público, mesmo sendo via terceirização, com efetiva prestação do serviço e sem a existência de dano ao erário, caracteriza improbidade administrativa por violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade[xx].

5.1. Cargos em comissão

Os cargos em comissão são aqueles de livre nomeação e exoneração, ou seja, não dependem de aprovação em concurso público, e são cargos destinados exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Os cargos devem ser criados em número compatível com a necessidade, observando os seguintes requisitos:

Requisitos:	
☑	Criação por lei
☑	Atribuição de direção, chefia ou assessoramento

Os cargos em comissão também não podem ser organizados em carreira e, além disso, sua quantidade não pode ser superior à dos cargos efetivos, afinal, não se pode ter mais chefes do que subordinados.

5.2. Contratação temporária

Nos casos em que haja necessidade temporária de excepcional interesse público, é possível a contratação de pessoal por tempo determinado.

TENHA ATENÇÃO

> Municípios que queiram contratar servidores temporários têm de estabelecer, por meio de lei, as hipóteses e seu regime jurídico, tendo como base o art. 37, inc. IX, da Constituição Federal.

Geralmente, visando à observância dos princípios da publicidade e da impessoalidade, realiza-se processo seletivo simplificado para este tipo de contratação. Em outras palavras, não é porque se trata de contratação temporária que o gestor pode escolher indiscriminadamente os profissionais a serem contratados. Deve haver um procedimento público com critérios objetivos, ainda que simplificado.

TENHA ATENÇÃO

> As contratações não previstas na lei municipal podem ensejar responsabilização do prefeito ainda que os serviços sejam prestados adequadamente e que não haja dano ao erário. A responsabilização se justifica pela irregularidade da contratação.

6. Nepotismo

O ordenamento jurídico brasileiro proíbe que o gestor contrate parentes para o exercício de cargo em comissão ou função gratificada na Administração. É a vedação do nepotismo, ou seja, do favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego.

É ENTENDIMENTO DO STF: viola a Constituição Federal a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, **da autoridade nomeante, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada** na Administração Pública[xxi].

Na tabela a seguir, demonstramos quem são os parentes até terceiro grau, ou seja, aqueles que não podem ser nomeados sem que se caracterize nepotismo:

TIPOS DE PARENTESCO			
PARENTES		PARENTES POR AFINIDADE (parentes do cônjuge ou companheiro)	
LINHA RETA	LINHA COLATERAL	LINHA RETA	LINHA COLATERAL
1º grau: pais e filhos 2º grau: avós e netos 3º grau: bisavós e bisnetos	1º grau: - 2º grau: irmãos 3º grau: tios e sobrinhos	1º grau: pais e filhos 2º grau: avós e netos 3º grau: bisavós e bisnetos	1º grau: - 2º grau: irmãos 3º grau: tios e sobrinhos

Ainda que o tema do nepotismo seja discutido há vários anos nos Tribunais, o assunto continua bastante controvertido, uma vez que não existe um entendimento absolutamente pacificado.

Atualmente há uma corrente de julgados nos Tribunais que entende não se caracterizar nepotismo quando a nomeação é para cargos de natureza política, que possua competência de decisões fundamentais na estrutura político-administrativa, por exemplo, os secretários municipais.

Mas há outra corrente nos tribunais que entende que a vedação ao nepotismo também se aplica à nomeação para cargos de natureza política.

Portanto, existe grande possibilidade de se responder a uma ação de improbidade administrativa pela nomeação de parentes para o exercício de cargo em comissão ou função gratificada na Administração.

TENHA ATENÇÃO

> Veda-se também o **nepotismo cruzado**, ou seja, quando dois ou mais gesto-res, em conluio, nomeiam os parentes uns dos outros para sua respectiva es-trutura de poder, a fim de burlar a proibição.

Identificado o nepotismo, o gestor pode ser responsabilizado por prática de ato de improbidade administrativa.

Como se vê, várias são as possibilidades de os gestores serem processados por atos de improbidade administrativa, especialmente nos casos em que a questão não esteja completamente pacificada pelos Tribunais.

i STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp n. 672.726/SC. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para o acórdão: Ministro Sérgio Kukina. DJe 04.02.2019.

ii STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.678.066/RS. Relator: Ministro Mauro Campbel. DJe: 17.10.2017

iii STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp. n. 1.419.268/SP. Relator: Ministro Humberto Martins. DJe 14.04.2014.

iv STJ. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA: SLS n. 2127/TO. Relator: Ministro Francisco Falcão. DJe 15.06.2016.

v "Art. 5º [...]
XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;".
BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: abril de 2019.

vi Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:
"[...]
§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala."
BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: abril de 2019.

vii SÚMULA TCU 247: É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.
Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula/*/NUMERO%253A247/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMEROINT%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuid=1b34d3f0-5fbf-11e9-9855-677d3b60a847. Acesso em: abril de 2019

viii STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp n. 1.535.282/RN. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. DJe 11.03.2016.

ix 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.
BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: abril de 2019.

x Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.
Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I – caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;
II – razão da escolha do fornecedor ou executante;
III – justificativa do preço.
IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.
BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: abril de 2019.

xi Para obras e serviços de engenharia de valor até R$15.000,00, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

xii Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
II – pareceres, perícias e avaliações em geral;
III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.
§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.
§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.
BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: abril de 2019.

xiii Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
[...]
II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: abril de 2019.

xiv SÚMULA TCU 252: A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula/*/NUMERO%253A252/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMEROINT%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuid=2214aa50-5fc0-11e9-8bf8-ebe3d1425198. Acesso em: abril de 2019.

xv Está em curso, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento dos RE's 565.558 e 610.523, com repercussão geral reconhecida e da ADC 45, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

xvi STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.431.610/GO. Relator: Ministro Og Fernandes. DJe 26.02.2019

xvii Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
[...]
III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: abril de 2019.

xviii TCU. CONSULTA: Cons. 022.522/2016-2. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Acórdão 1435/2017 - Plenário.

xix 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:
[...]
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; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: abril de 2019.

xx STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp n. 772.241/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe 24.06.2009.

xxi SÚMULA VINCULANTE 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.
Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante. Acesso em: abril de 2019.

Município forte. Brasil forte.

CNM

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS

/PortalCNM

/TVPortalCNM

Instale nosso app:
app.cnm.org.br

@portalcnm

/PortalCNM

Visite nossa galeria de imagens:
flickr.com/PortalCNM

www.cnm.org.br