**FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DO PROCESSO LICITATÓRIO OU DISPENSA INDEVIDA: APLICAÇÃO DO ARTIGO 11 OU DO ARTIGO 10, VIII, DA LEI FEDERAL Nº. 8429/92?**

**Ivaldo Lemos Junior (promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e mestre em direito e estado pela Universidade de Brasília)**

Licitação é procedimento que tem um objetivo absolutamente precípuo: o bem da vida que o poder público pretende que seja fornecido, o serviço que pretende que seja executado, a obra que pretende que seja realizada, e assim por diante.

Por exemplo, se o objeto da licitação visar ao fornecimento de água mineral para a repartição, o escopo primordial da Administração é a água que será oferecida a seus funcionários e visitantes. A Administração, em suma, quer água para se beber.

Para que os garrafões cheguem aos bebedouros, o que por óbvio não acontecerá espontaneamente, a Administração precisa celebrar um contrato de direito público com o particular que se dispuser a participar da licitação, e que vier a vencê-la e fornecer a coisa.

Assim, o objetivo maior da licitação não é exatamente a individualização e contratação do fornecedor, mas o que este lhe fornecerá de acordo com a sua necessidade declarada no termo de referência, projeto básico, edital e no próprio instrumento contratual (no exemplo citado acima, a água). A contratação não é um fim em si mesmo, tanto que o poder público pode se frustrar e não obter o que originalmente queria – ainda que com ajuste firmado e em pleno vigor --, o que, além da perda de tempo, causará incômodos como a aplicação de penalidades administrativas.

Para se individualizar a escolha do parceiro é então promovido um certame competitivo, o qual será vencido pelo candidato que apresentar a melhor proposta, nos termos especificados no edital.

Todavia, a literalidade do artigo 3º. da Lei Federal nº. 8.666/93 parece dizer algo diferente:

“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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”.

A leitura do texto insinua que o primeiro objetivo da licitação seja “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia” e, após, “selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”.

Acontece que a ordem redacional desses objetivos não pode conduzir a uma tal conclusão. Na verdade, a garantia da isonomia e a seleção da melhor proposta não podem estar sequer em um mesmo nível teleológico, e sim em uma relação de meio e fim, sendo o primeiro meio, e o segundo, fim.

Com efeito, a garantia da observância do princípio da igualdade não poderia jamais ser um dos escopos da licitação, já que esta se presta a resultados práticos, concretos, de fruição efetiva do bem ou serviço desejado. A abertura de um certame competitivo que almejasse a igualdade entre os participantes não passaria de uma disputa inócua ou de uma emulação simbólica ou recreativa, ao passo que a Administração quer coisas bem mais concretas: água, café, material de expediente etc.

Sustentamos que o respeito à isonomia foi ali colocado porque não é um princípio constitucional expresso no capítulo da Administração Pública (capitulo VII), e sim um direito fundamental, de abrangência bem maior (CF, art. 5º., *caput*). Quis-se fazer uma homenagem à isonomia não apenas do generalíssimo “todos”, como consta da Constituição, mas do bem mais específico “todos os licitantes”, como aprofundou a lei federal.

O princípio da isonomia aplica-se, assim, explicitamente, à guisa de um direito subjetivo de os licitantes participarem do mesmo certame e se submeterem às mesmas regras editalícias. E ainda, arrematando essa lógica, na justa expectativa de que as propostas serão apreciadas à luz das regras estabelecidas, e não ao sabor de subjetividades ou preferências dos integrantes da comissão julgadora.

A homenagem pode ser interpretada, em última análise, como um recado ao mundo da prática disseminada de fraudes às licitações, em que participantes desavisados ignoram que o resultado já está direcionado para vencedores pré-escolhidos -- ou senão, aceitam coonestar uma derrota já acertada, a fim de darem uma aparência de competição e serem recompensados em outros certames. Fazendo-se aplicação prática do ideal isonômico para as licitações, desejou-se dar consistência ao juízo ideológico de que os certames devam ser sérios e que os candidatos serão tratados de acordo com a qualidade real de suas propostas, não como personagens, coadjuvantes ou figurantes de algo decidido de antemão. Trata-se, portanto, de uma projeção ética mais do que uma tecnicalidade legal.

Tanto é assim, que o art. 3º da Lei 8666 trouxe para o regime das licitações um arcabouço jurídico, em parte, singular. A Constituição, em seu art. 37, enumera cinco princípios -- legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência -- e a Lei de Licitações reitera todos eles, e ainda fala em igualdade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, além de se abrir a outros “correlatos”.

Apenas os dois últimos são próprios do regime licitatório. Os demais são do domínio da Administração em geral.

Destarte, reafirmamos que a licitação destina-se a que o Poder Público obtenha o bem da vida do qual necessita e, PARA TANTO, vale-se de um certame competitivo que, POR SUA VEZ, para ser lícito e legítimo, tem de se valer dos princípios constitucionais e legais expressos, o da isonomia inclusive.

Vistas dessa perspectiva, as disposições contidas no art. 3º. da Lei Federal nº. 8.666/93 ou são sub-produtos dos princípios que iluminam o instituto da licitação, ou são detalhamentos conceituais e/ou interpretativos que permitem a sua mais adequada operação.

Nem se diga que toda essa construção revela uma leitura demasiado criativa dos ditames legais. Afinal, como explica Carlos Maximiliano (1951:148 e 205/6) em obra clássica[[1]](#footnote-1), “são as palavras símbolos apenas. Agrupadas, enfeixam, em reduzida síntese, um processo complexo de pensamentos. Cabe ao aplicador do direito desdobrar as idéias consubstanciadas no bloco, o que efetua conforme a sua experiência (...). “As palavras não trazem etiqueta, a fim de conservarem o mesmo sentido; e as variações, por motivos múltiplos, contribuem para desnortear a exegese literal”.

Conclui o mestre: “desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradições consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que forem usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade”.

Tudo isso é dito para se chegar à primeira das conclusões desta tese: a de que, acaso o certame licitatório revele algum artifício de frustração da sua licitude ou que a contratação direta era incabível – em uma palavra, quando o certame é de qualquer forma fraudulento ou o é a contratação refratária à regra geral da licitação --, aplica-se o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que atenta contra “os princípios da administração pública”, princípios esses não ali enumerados explicitamente, e exigentes, em qualquer caso, da violação dos “deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”.

Esse aspecto merece um breve comentário.

Como já se disse, os princípios expressos na Constituição para a Administração são cinco: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*). A Lei de Licitações reitera todos eles, e ainda fala em probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e outros “correlatos” (art. 3º.). A Lei de Improbidade Administrativa, por seu turno, não arrola nenhum princípio; apenas preceitua que o ato ou omissão atente contra “os princípios da administração pública” e que um ou outro viole os “deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições” (art. 11).

Ora, é claro que o ato ímprobo que atenta contra o princípio da legalidade viola o dever da legalidade (o que é de uma obviedade absoluta, um truísmo), assim como o ato que atenta contra o princípio da moralidade viola o dever de honestidade, bem como o ato que atenta contra o princípio da impessoalidade viola o dever de imparcialidade. Qualquer dessas hipóteses implica deslealdade à instituição a que pertence o agente a quem se acusa de improbidade, porque tem ele a obrigação contrária, que é a de agir, defender e honrar a instituição que paga a sua remuneração.

Vamos exemplificar esse raciocínio tomando por empréstimo os próprios incisos do art. 11:

I: “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência” é ato que atenta contra o princípio da legalidade e viola o dever de legalidade ou honestidade ou imparcialidade (dependendo do caso concreto);

II: “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício” é omissão que atenta contra o princípio da legalidade ou impessoalidade que viola o dever de legalidade ou honestidade ou imparcialidade;

III: “revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo” é ato que atenta contra o princípio da impessoalidade que viola o dever de honestidade ou imparcialidade;

IV: “negar publicidade aos atos oficiais” é ato que atenta contra o princípio da publicidade que viola o dever de legalidade ou honestidade ou imparcialidade;

V: “frustrar a licitude de concurso público” é ato que atenta contra o princípio da legalidade ou impessoalidade que viola o dever de legalidade ou honestidade ou imparcialidade;

VI: “deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo” é omissão que atenta contra o princípio da publicidade ou eficiência que viola o dever de honestidade ou imparcialidade;

VII: “revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço” é ato que atenta contra o princípio da impessoalidade ou moralidade que viola o dever de honestidade ou imparcialidade.

Logo, apesar de um tanto rebarbativa, a redação prevista no art. 11 é de fácil aplicação e não traduz maiores dificuldades hermenêuticas, senão a de se ter cautela no risco de seu uso demasiado indiscriminado, banalizando-se qualquer situação de irregularidade como ato de improbidade administrativa[[2]](#footnote-2).

Mas o que dizer do disposto no art. 10, que parece bem mais específico ao problema-paradigma desta tese: mais exatamente, a expressão “frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente” (inciso VIII)?

Antes do mais, o inciso, como sempre, está atrelado à cabeça do artigo, que requer “lesão ao erário”. Como o acessório segue o principal, só há frustração da licitação ou dispensa indevida se e somente se houver lesão. Ou por outra: a frustração ou dispensa indevida é que causa a lesão, e não o contrário. Frustração ou dispensa indevida sem prejuízo financeiro não é ato de improbidade administrativa -- não consoante o dispositivo ora em estudo (art. 10, VIII).

Com isso se chega à última reflexão que pretende esta tese, que é a seguinte indagação: e se se entender que todo e qualquer gasto decorrente de um contrato fraudulento (seja porque o certame foi ilícito, seja porque o contrato direto era incabível) gera necessariamente prejuízo ao erário? Nesse caso, incide, sempre, o art. 10, VIII? Em outras palavras, um contrato administrativo tido como ilegal necessariamente implica prejuízo ao erário?

O Supremo Tribunal Federal tem precedente que aponta para uma resposta afirmativa. Por ocasião do RE 160381-0, relatado pelo Min. MARCO AURÉLIO, e julgado pela unanimidade da 2ª. Turma em 29.3.1994, o STF, encampando o voto do Desembargador-Relator da corte de origem, considerou que “a lesividade decorre da ilegalidade. Ela está in re ipsa” (...) A ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano. Dispensável a existência de lesão”.

Abrindo um rápido parêntese, esse raciocínio já desliza em uma falha lógica porque, se a lesão fosse inerente à ilicitude, não seria ela “dispensável”, e sim presumida. Dispensável seria sua prova em juízo. A questão seria processual.

Prossegue o voto: “dir-se-á que se serviços foram prestados, houve a justa remuneração. Não se sabe, entretanto, se realizada a concorrência, haveria proposta inferior, em termos valorativos, para a prestação dos mesmos serviços. A lesão também está aí. Na dispensa indevida da licitação”.

Aí reside outro problema porquanto, se não se sabe se não haveria proposta mais vantajosa, tampouco se sabe se haveria. Essa dúvida provavelmente insanável urde um raciocínio que tem por ponto fraco a presunção da lesão. Sabemos que as presunções são absolutas ou relativas. No caso concreto, se apenas “juris tantum”, processualmente falando há espaço de movimentação defensiva no sentido de se demonstrar que os preços praticados estavam abaixo dos usados no mercado -- situação perfeitamente plausível e comprovável com números, via documentação relativa a outras licitações e contratos do gênero. Remanesceria a questão concernente ao juízo de legalidade (art. 11), mas não de lesividade (art. 10), esta última entendida – e não há outro entendimento possível --, como prejuízo financeiro que, em tal hipótese, não houve; a vocação natural do processo é a absolvição.

Em tal contexto o que se estabelece é um choque entre o econômico (mais favorável) e o jurídico (nada favorável ou inaceitável). Tudo o que é anti-econômico é antijurídico, mas a recíproca não é verdadeira. As implicações jurídicas podem ser objeto de reprovação, mas a hipótese de lesão ao erário se descarta.

Já a presunção, acaso absoluta, parte da premissa de que aquele contrato não poderia ter sido firmado e, se o foi, todos os centavos ali gastos são lesivos ao erário. Mas isso é uma solução do tipo “aprendiz de feiticeiro”. Não há como os serviços efetivamente prestados não serem objeto de contrapartida, mesmo em caso de nulidade do ajuste, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da Administração, salvo em eventual parcela de sobrepreço ou superfaturamento, e somente nela. Há disposição legal expressa (Lei 8.666/93, art. 59, parágrafo único) nesse particular, e a jurisprudência pesquisada pareceu remansosa[[3]](#footnote-3). Existiria, em síntese, uma “frustração à licitude”, mas não necessariamente – ou ao menos não totalmente -- “dano ao erário”, e o inciso não se sustenta sozinho, vale dizer, sem passar pelo crivo da cabeça do artigo.

O precedente do STF se esvazia a si próprio quando afirma, na súmula, que “na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato praticado”. Se estamos falando de “maioria das vezes” é sinal induvidoso quanto à necessidade de se perquirir caso a caso, e não fazer presunções, muito menos absolutas.

Vamos mais longe, propondo um mapa a ser utilizado nessas horas, qual seja o regimento interno do Tribunal de Contas da União que, muito mais que um documento “interna corporis”, é uma Lei Federal, de número 8.443/92. Em seu artigo 16, consta uma distinção relevante, que é a divisão em três categorias do julgamento das contas públicas, a saber: (1) regulares, (2) regulares com ressalva e (3) irregulares.

As primeiras (regulares) são aquelas que expressam, “de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável” (art. 16, I). Essas não trazem problemas, ao contrário, são solução, por sua harmonia entre o legal, o econômico e até o moral.

As regulares com ressalva evidenciam “impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário” (art. 16, II). Ou seja, são juridicamente imperfeitas ainda que economicamente sadias.

Por fim, as contas irregulares são aqueles em que resta comprovada qualquer das seguintes ocorrências (inciso III):

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;  
c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;  
d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Percebe-se que a lei trata tanto de irregularidade decorrente de ilegalidade quanto de lesividade financeira/econômica. Ambas são nitidamente diferenciadas e qualquer delas é suficiente para a aplicação de penalidades.

A condenação do TCU ao responsável pelas contas irregularidades variará exatamente em razão dessa diferenciação: se houver débito, a condenação consistirá no pagamento da dívida atualizada, mais juros, com possibilidade de multa (art. 19, caput). Se não houver débito – “mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16” --, a consequência é apenas a aplicação da multa prevista no inciso I do art. 58 (“contas irregulares de que não resulte débito”), não de ressarcimento, pois é claro que aqui não há nenhum ressarcimento a se fazer (art. 19, parágrafo único).

Apenas para exemplificar, o caso da letra “a” do art. 16, III – omissão no dever de prestar contas – obviamente revela uma falha do administrador, mas as contas, afinal conhecidas, podem não necessariamente ser danosas. O problema estaria na omissão da prestação, e não nas contas em si: novamente o potencial descompasso entre o jurídico e o econômico.

Como se não bastasse, o artigo 46 da a Lei Federal 8.443/92 deixa o quadro ainda mais claro, ao preceituar que, “verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

Já o artigo seguinte, 47, contém a previsão de algo bem diverso: “ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial, salvo a hipótese prevista no art. 93 desta lei”.

Assim, entre ambos os artigos reside a mesma distância entre a hipótese de fraude (conceito jurídico), que enseja a proibição do fraudador em participar de licitações nos 5 anos seguintes (art. 46) e a hipótese do art. 47 (conceito econômico de dano real ao erário), que acarreta a instauração de tomadas de contas especial – coisa que, no entendimento do STF, não é um procedimento administrativo disciplinar: STF, MS 24.961-DF.

Para finalizar, uma última palavra, sobre a virada da jurisprudência do STJ que, a partir do HC 991.880/RS, deixou de reclamar “resultado naturalístico para a sua consumação”, isto é, demonstração de dano no caso do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93. O delito passou a ser havido como de mera conduta em razão do entendimento de que a objetividade jurídica é o princípio jurídico da isonomia e o da legalidade (no sentido de se evitar o uso de uma discricionariedade que o administrador não tem, entre fazer ou não a licitação), e não pelo cálculo aritmético que mede a lesão ao patrimônio público, o que não está expresso no tipo. Mas não é esse o caso do art. 10 da Lei de Improbidade que, ao contrário, traz tal previsão expressamente, em sua cabeça.

POR TODO O EXPOSTO CONCLUI-SE QUE as hipóteses de frustração da licitude de processo licitatório ou de dispensa indevida traduzem o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei Federal nº. 8429/92. O disposto no art. 10, VIII da mesma Lei é também aplicável, em combinação com aquele, mas desde que haja prejuízo real experimentado pelo erário, fato cujo ônus da prova compete a quem alega.

**\* \* \***

1. HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO. 5.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951 [↑](#footnote-ref-1)
2. É essa a recomendação que vem do STJ: “2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu” (R.Esp 909.446-RN, Rel. Min. Luiz Fux, julgado pela unanimidade da 1ª. Turma em 6.4.2010). [↑](#footnote-ref-2)
3. Embora a lei ressalve a situação «contanto que não se lhe dê causa» (art. 59, parágrafo único), o que deve ser objeto de pedido específico. Cf. STJ, R.Esp. 753.039-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 3.9.2007, com vários precedentes e escólios doutrinários. Há numerosos julgados do TST no mesmo sentido, alguns dos quais (1321296-2004-900-4-0 e 7939700-2003-900-2-0), mutatis mutandis, chegaram a invocar até o princípio da dignidade humana como motivo para pagamento de salário a servidor público que não se submeteu a concurso público. [↑](#footnote-ref-3)