Ação de improbidade, controle externo e economicidade — as diferentes consequências jurídicas entre a atuação administrativa ilegal e a antieconômica (ou irregular)*

Improbity actions, external control and economic efficiency — the different legal consequences between illegal administrative acts and economically inefficient (or irregular) acts

Alexandre Aroeira Salles**

* Artigo recebido em 28 de abril de 2015 e aprovado em 9 de setembro de 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v271.2016.60766>.

** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: alexandre@aroeirasalles.com.br. Advogado, mestre em direito administrativo pela UFMG e doutorando no mesmo ramo do direito pela PUC/SP.

RESUMO

O texto procura identificar as limitações jurídicas para utilização da ação de improbidade administrativa diante da atuação da atividade de controle externo quanto ao princípio da economicidade. Busca ainda identificar o conteúdo jurídico dos termos constitucionais irregularidade e ilegalidade constantes dos artigos 71 e 74 da Constituição da República, para demonstrar possuírem consequências jurídicas distintas caso presentes em determinada situação fática. Avalia as condições para agentes públicos e os particulares sofrerem condenações nos Tribunais de Contas e em ação de improbidade.

PALAVRAS-CHAVE

Direito administrativo — ação de improbidade — controle externo — Tribunais de Contas — economicidade — ilegalidade — irregularidade — agente público — responsabilidade administrativa — tomada de contas

ABSTRACT

This article aims to identify the legal limitations of the use of administrative improbity actions by external control bodies in relation to economically inefficient acts. It also analyses the irregularity and illegality provisions in Articles 71 and 74 of the Brazilian Constitution and their respective legal consequences. This article also looks at the conditions under which public officials and individuals are penalized by the auditing courts and in improbity actions.

KEYWORDS

Administrative law — improbity action — external control — Auditing courts — economic efficiency — illegality — irregularity — public official — administrative responsibility — rendering of accounts

I. Introdução

Atualmente, diversas ações de improbidade administrativa estão sendo propostas sob o fundamento de violação pelos agentes públicos ao princípio da economicidade, em decorrência do fato de contratarem obras ou serviços

com preços posteriormente compreendidos pelos Tribunais de Contas como superiores aos referenciais e teóricos preços de mercado.

Essas ações estendem seus pedidos contra as empresas que com o Estado contratam e, normalmente, são fundadas única e totalmente em relatórios de auditorias dos Tribunais de Contas que, sob o fundamento de exercerem competência para aferir a economicidade dos atos e contratos administrativos (Artigo 70 da CF/88, artigos 1º¹ e 8º da Lei nº 8.443/1992), comparam o preço contratado, decorrente de licitação válida, de serviços já executados, com referenciais teóricos de mercado, escolhidos ou calculados pelos técnicos das Cortes de Contas, cujos cálculos apontam diferença percentual a maior daqueles em relação a esses.

Na elaboração das ações de improbidade, seus autores normalmente tipificam a conduta dos agentes públicos (responsáveis pela contratação) e da empresa contratada nas normas da Lei nº 8.429/1992, em especial, nos artigos 10, “atos que causam prejuízo ao erário”, e 11, “atos que atentam contra os princípios da Administração Pública”. Ademais, constroem o nexo causal entre a conduta do agente e o suposto fato injurídico e danoso a partir do princípio da economicidade.

O Judiciário vem se deparando mais recentemente com a instauração dessas lides, não tendo, ainda, posição uniforme sobre a extensão do conteúdo jurídico de economicidade para fins de aplicação das normas da lei de improbidade administrativa,² justificando, acredita-se, estudo doutrinário sobre o tema a partir das normas e princípios da Constituição da República de 1988.³

¹ O artigo 1º, §1º, da Lei nº 8.443/1992 estabelece: “No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, de legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas” (BRASIL, Lei 8.443, de 16 julho de 1992. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jul. 1992).

² Há decisões em sentidos contraditórios nos tribunais, alguns magistrados compreendendo bastar a decisão de economicidade pelos órgãos de controle para fundar e justificar condenação por improbidade de agente público e empresário (ver TRF5. PROCESSO: 200582020013421, AC456937/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 27/10/2009, PUBLICAÇÃO: DJE, 19/11/2009, p. 659) e outras já entendem necessitar da prova de que, mesmo antieconômico, somente se caracterizada a ilegalidade e desonestidade (ver TRF1. AC 0000141-35.1998.4.01.4200/RR, rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, DJ, p. 34 de 5/10/2007).

³ Cumpre salientar que não há espaço aqui para adentrar em análise minuciosa das normas infraconstitucionais, o que provavelmente se fará em outra oportunidade.

II. O conteúdo jurídico da avaliação econômica pela atividade de controle externo sobre atos e contratos administrativos

II.1 A distinção entre ilegalidade e irregularidade

A vigente Constituição da República estabelece em seus artigos 70 a 75 as competências da atividade estatal de controle externo, bem como a extensão das funções dos Tribunais de Contas. Neles se extraem essencialmente a fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial quanto à **legalidade, economicidade e legitimidade** (artigo 70).⁴

O sentido desse conjunto normativo, quando lido de forma integrada à respectiva Seção IX do Capítulo VII (Da Administração Pública), é entregar à atividade de controle externo competência para exercer fiscalização da função administrativa quanto à (i) legalidade e à (ii) economicidade de seus atos na utilização, arrecadação, guarda e gestão de recursos públicos.

Se o Constituinte fez expressa menção a termos distintos — legalidade e economicidade —, seria de se esperar que para cada um dos objetos a ser fiscalizado, (i) e (ii), deveria haver conteúdos e consequências jurídicos próprios.

Ocorre que, quando avaliada a sequência dos dispositivos da Seção IX, em especial as competências do controle externo do artigo 71, encontram-se apenas as seguintes distintas palavras em diferentes frases e contextos: **ilegalidade** (incisos VIII e IX do artigo 71; inciso II e parágrafos 1º e 2º do artigo 74), **irregularidade** (incisos II, VIII e XI do artigo 71; parágrafos 1º e 2º do artigo 74) e, por fim, **abusos apurados** (inciso XI do artigo 71). Ou seja, o termo economicidade⁵ não mais aparece.

O mesmo acontece com o termo legitimidade.

⁴ Extraem-se desses termos — legalidade, economicidade e legitimidade — duas compreensões antagônicas quanto ao seu alcance no mundo do direito, a depender da corrente doutrinária seguida: uma que defende serem economicidade e legitimidade interpretadas dentro do conteúdo amplo da legalidade; outra que daria a elas autonomia em relação à legalidade. Para a primeira corrente, não haveria muito sentido distinguir dentro da competência da atividade de controle a fiscalização quanto à economicidade e à legalidade, pois sempre teria que demonstrar violação a alguma norma jurídica. Para a segunda, poderia haver a anulação de um ato legal, mas antieconômico.

⁵ O único lugar da Constituição em que se menciona a palavra economicidade é no *caput* do artigo 70, que abre a Seção IX.

Acredita-se ser relevante o cuidadoso entendimento jurídico dessas distinções, já que o constituinte não as escolheu aleatoriamente, pois há coerência em seus sentidos dentro dos referidos artigos, especialmente quanto às consequências jurídicas:

- 1) caso o Tribunal de Contas identifique a existência de **ilegalidade de despesa** em algum ato administrativo, deverá: (a) aplicar sanções aos responsáveis⁶ (inciso VIII); (b) “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei” (inciso IX); e (c) “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado” (inciso X).
- 2) de outro lado, caso seja identificada **irregularidade de contas**, deverá: (a) aplicar sanções aos responsáveis (inciso VIII) e (b) “representar ao Poder competente sobre irregularidades” (inciso XI).
- 3) se encontrar algum **abuso** incumbirá “representar ao Poder competente” (inciso XI).

Consegue-se extrair desses comandos que o controle externo, quando identificar ilegalidade, atuará direta e mais duramente, podendo ensejar a expedição de comando obrigando o administrador ao cumprimento da lei e, até mesmo, a sustação do ato administrativo pelo próprio Tribunal de Contas.⁷

Já irregularidade acarretará apenas representação ao órgão de poder competente para que, mediante seu controle interno e autotutela, adote as providências que compreender pertinentes, visando a eficácia e eficiência de sua gestão (artigo 74 e seu inciso II da CF/1988). O mesmo para abusos apurados.

Têm-se, portanto, diferentes consequências para a ilegalidade e para a irregularidade. Por que não há menção sobre a competência do Tribunal de Contas para o caso de identificar um ato violador da economicidade?⁸

⁶ Responsáveis para a CF/1988 são aqueles que utilizam, arrecadam, gerenciam, guardam ou administram recursos públicos.

⁷ No caso de contrato administrativo, sua sustação necessita vir de comando do Congresso Nacional, conforme norma contida no §1º do artigo 71 da CF. Somente na hipótese de omissão deste no prazo de 90 dias, o Tribunal de Contas poderá decidir a respeito (§2º do mesmo artigo 71).

⁸ O mesmo se poderia dizer para a legitimidade, que para fins deste trabalho será compreendida como o princípio que combate a atuação administrativa praticada com desvio de finalidade.

Pode-se responder tal pergunta de três formas distintas:

- 1) A economicidade estaria dentro da legalidade: o ato violador da economicidade é aquele que viola primeiro a lei, sendo portanto um ato contrário à legalidade.
- 2) A economicidade estaria dentro do conteúdo jurídico do termo regularidade: seria irregular um ato produzido contrariamente à economicidade, mesmo que produzido de acordo com a lei.
- 3) A economicidade pode estar tanto dentro do termo legalidade como da regularidade.

Outras perguntas importantes são: de acordo com os símbolos positivados nos artigos constitucionais mencionados, qual seria a diferença de conteúdo jurídico entre ilegalidade e irregularidade? Ou seja, o que faz um ato ser tido como irregular e não ilegal ao mesmo tempo e vice-versa? Por que o Constituinte escolheu usar a palavra irregularidade e não apenas ilegalidade? Será porque teria pretendido diferenciar os atos nulos dos anuláveis e convalidáveis (como debatido na doutrina da teoria dos atos administrativos)? Ou será porque se utiliza da palavra irregularidade para indicar violação à economicidade, nos moldes do §2º do artigo 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias?

Para iniciar respostas às perguntas, cumpre trazer a lume o fato de o termo **irregularidade** somente ser utilizado nos artigos referentes à Seção IX (artigos 71 a 74) da Constituição e uma vez no artigo 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), quando menciona a obrigação de o Congresso avaliar questão econômica da dívida externa brasileira, com ajuda do Tribunal de Contas da União (TCU):

Art. 26. No prazo de um ano a contar da promulgação da Constituição, o Congresso Nacional promoverá, através de Comissão mista, exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro.

§1º — A Comissão terá a força legal de Comissão parlamentar de inquérito para os fins de requisição e convocação, e atuará com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

§2º — Apurada irregularidade, o Congresso Nacional proporá ao Poder Executivo a declaração de nulidade do ato e encaminhará o processo ao Ministério Público Federal, que formalizará, no prazo de sessenta dias, a ação cabível.

Percebam como coerente foi o nosso Constituinte de 1988 quanto ao uso do termo irregularidade, utilizado tanto na Seção IX — da fiscalização contábil, financeira e orçamentária —, que possui claramente conteúdo afeto à ciência econômica e financeira, como no artigo 26 do ADCT, que possui também conteúdo próprio da ciência econômica (exame analítico e pericial do endividamento externo brasileiro).

Outra curiosidade está nos diversos dispositivos contidos nos artigos 71 e 74, em que a Constituição diferencia claramente esses termos na mesma frase, utilizando-se do sufixo “ou” para separá-los, dizendo haver ou ilegalidade ou irregularidade, nunca uma “e” outra:

Artigo 71: VIII — aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa **ou** irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; [grifo nosso]

Artigo 74: §1º — Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade **ou** ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. [grifo nosso]

§2º — Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades **ou** ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. [grifo nosso]

Ou seja, por meio de uma interpretação gramatical dos referidos dispositivos constitucionais, um ato administrativo incorrerá em vício de ilegalidade ou em vício de irregularidade.⁹ Se é assim, como parece, o conteúdo jurídico do termo irregularidade (como utilizado nos referidos artigos da Constituição) não pode ser aquele tratado teoricamente na doutrina como os atos “padecentes de vícios materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa [...]”.¹⁰ Isso porque, nessa construção doutrinária, com finalidade didática, o ato denominado de irregular é aquele possuidor de defeito leve, que decorre de uma ilegalidade, apenas a

⁹ Há ainda a breve menção a *abusos apurados*, que ligariam ao desvio de finalidade próprio do princípio da legitimidade.

¹⁰ Veja a excelente lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a invalidação dos atos administrativos (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 478).

consequência de sua ilegalidade é que não será igual aos atos inexistentes, nulos e anuláveis.

Acredita-se, dessa forma, que a Constituição criou significativa distinção entre ilegalidade e irregularidade¹¹ para a atividade de controle externo.

Ocorre que, se o conteúdo jurídico de ilegalidade e o de irregularidade, nos termos constitucionais, são distintos, então quais exatamente seriam?

Para o termo ilegalidade não há dúvidas quanto ao seu conteúdo jurídico: haverá ilegalidade no exercício da função administrativa quando seus atos forem produzidos sem prévio comando ou contrários à lei.¹²

Já a irregularidade (como prevista nos artigos constitucionais da Seção IX) ocorrerá, de acordo com o que ora se propõe, quando o ato administrativo for produzido de forma contrária à **economicidade**.

Quanto à rápida e única menção à expressão *abusos apurados*, compreende-se ligado ao desvio de finalidade, próprio para o termo legitimidade, cujo conteúdo jurídico adotado no presente artigo é: será legítimo o ato administrativo que for produzido de forma correspondente à finalidade da lei da qual o ato buscou seu fundamento de validade formal e material.

O que seria, então, para os fins constitucionais anteriormente mencionados, *economicidade*?

11.2 O termo constitucional economicidade

Diversos excelentes estudos¹³ no Brasil e no exterior delinearam muito bem o conceito de economicidade, em que pese cada qual trazer aspectos mais ou menos salientes sobre sua extensão e significância.

¹¹ É imperioso esclarecer que a Lei nº 8.443/1992 não faz distinções entre irregularidade e ilegalidade, claramente mistura ambas, como se fossem a mesma coisa. Como aqui nos propusemos a uma interpretação constitucional, não nos dedicaremos a interpretar a referida lei, o que deverá ocorrer em futuro artigo.

¹² Entende-se, aqui, *lei* como: os princípios e normas constitucionais; os princípios e normas introduzidos no ordenamento jurídico por um dos instrumentos descritos no artigo 59 da Constituição — emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções do Senado Federal —; as normas jurídicas que, mesmo não advindo originariamente daqueles anteriores instrumentos, sejam introduzidas por Decreto ou atos administrativos normativos para obrigar inovadoramente apenas a própria administração pública; as normas jurídicas trazidas por decisão judicial transitada em julgado ou não suspendida por outra decisão judicial.

¹³ Aqueles estudados por esse autor estão indicados nas referências bibliográficas no fim deste artigo, mas salientam-se desde já as excelentes obras sobre o tema de Paulo Soares Bugarin (BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 114), Ricardo Lobo Torres (TORRES,

A maioria dos doutrinadores reconhece ser a economicidade um termo que representa um valor permeado de significâncias obtidas de ciências diversas: econômica, financeira e da administração. Tentam trazer para a ciência do direito o melhor conceito para economicidade, normalmente denominando-o de princípio jurídico correlato aos princípios da eficiência e da razoabilidade.

Identificam-se, nos trabalhos até então produzidos, grandes e importantes esforços para dar um conteúdo jurídico à economicidade, tentando minorar sua imprecisão significativa. Pode-se dizer que há quase unanimidade na doutrina em descrevê-lo como o valor que orienta o alcance do menor custo para obtenção do maior benefício possível um dado contexto social e econômico.

Paulo Soares Bugarin, em seu ótimo livro sobre a economicidade, expõe:

Em síntese, poder-se-ia, então, afirmar que economicidade se qualificaria por uma justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas. No mesmo sentido, a afirmação de que se consubstancia na relação adequada entre os resultados envolvidos e as resultantes alcançadas.

Isto posto, cabe considerar a natural preocupação expressa pelo vocábulo no sentido de que os atos públicos de gestão, na sua multiconfigurada existência, expressem e pratiquem uma necessária alocação econômica dos recursos públicos, que, se não se insere no universo restrito, e talvez ideal, de uma alocação ótima — maximizadora de

Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista do TCE/RJ*, Rio de Janeiro, n. 22, p. 37-44, jul. 1991), Juarez Freitas (FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. Malheiros Editores, 2007. p. 41), Antônio Roque Citadini (CITADINI, Antonio Roque. *A economicidade nos gastos públicos*. Disponível em: <www.citadini.com.br/artigos/oesp8904.htm>), Frederico Pardini (PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*. Tese (doutorado em direito público) — Faculdade de Direito, Universidade de Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997. p. 131-3.), Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. p. 29-52) e Jackson José Basso (BASSO, Jackson José. *Exame multidisciplinar do princípio da economicidade: condição para segurança jurídica*. Monografia (especialização em direito administrativo) — Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2010).

resultados —, pelo menos impõe que nos complexos processos de tomadas de decisão de gastos e investimentos públicos seja sempre levada em conta, não obviamente como valor absoluto, mas como um dos vetores constitucionais da atividade administrativa, a eficiência econômica, com as necessárias mitigações que impõe a prática político-administrativa estatal.

Todos os demais autores desenvolvem intenso exercício para caracterizar o alcance de economicidade como princípio jurídico, salientando ser um valor entre outros que informam a *boa administração*. Outro excelente exemplo de trabalho refletido sobre o tema é a monografia de Ricardo Lobo Torres:

O controle da economicidade entende com o exame e fiscalização material da execução orçamentária, em contraponto com o formal, que é o da legalidade. [...] O conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça.

Controle da economicidade significa controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação. Transcende o mero controle da economia de gastos, entendida como aperto ou diminuição de despesa, pois abrange também a receita, na qual aparece como efetividade na realização das entradas orçamentária. É, sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas. [...]

Economicidade é princípio constitucional vazio, como acontece também com a igualdade. Enuncia a necessidade de adequação e equilíbrio entre o mínimo de despesa e o máximo de receita, nas melhores condições possíveis. Não passa de enunciado formal, porque não traz em si qualquer conteúdo ou determinação material, embora tenha por objetivo o controle dos aspectos materiais da execução orçamentária. O jurista alemão Hans Herbert Von Arnim, num livro dos mais completos e profundos sobre o assunto, intitulado *Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip* (Economicidade como Princípio Jurídico), recusa-lhe o status de princípio de direito, preferindo apelidá-la de “norma fundamental de economicidade” (*Wirtschaftlichkeitsgrundsatz*), caracterizando-a como um “preceito de otimização” (*Optimierungsgebot*), tendo em

vista que não diz “o que deve ser otimizado, senão apenas que deve ser otimizado”.¹⁴

Como os próprios autores reconhecem,¹⁵ o resultado da doutrina para definir e precisar o conteúdo jurídico de economicidade é, infelizmente, bastante frustrante para aquele que se propõe a aplicá-lo no cotidiano da atividade administrativa sem o risco de vir posteriormente a ser questionado ou punido por eventualmente haver violado a economicidade.

Para se ter uma ideia da dificuldade dos agentes responsáveis pela função administrativa (que envolve interesses difusos de milhões de pessoas) em respeitar a economicidade, basta identificar a realidade das empresas privadas (que normalmente visam primordialmente apenas o lucro de um grupo limitado de acionistas). Elas possuem técnicos de diversas áreas do conhecimento e grande formação científica, com correspondente alta remuneração, destinados a descobrir qual a ótima economicidade possível a ser alcançada (e nem sempre a conseguem atingir — daí suas comuns derrocadas e imensos prejuízos) em seus investimentos e propósitos comerciais.

Nesse sentido, é adequada e oportuna a comparação feita por Bugarin:

Assim, enquanto no plano privado o vetor essencial para a avaliação de uma boa/ótima decisão alocativa de recursos se dá na comparação entre custos e resultados econômicos, na busca da alternativa que permita a maximização dos lucros, no plano público, se dá na busca de uma metodologia que permita uma estimativa objetivamente aferível dos custos e benefícios sociais, permitindo a adoção da alternativa de investimento que melhor resultado estratégico político-social alcance.¹⁶

Há inequívoca complexidade de se decidir e identificar tantas variáveis dinâmicas em uma democracia como: benefícios sociais (de curto, médio e longo prazos), tempo, qualidades, custos, disponibilidade de recursos orça-

¹⁴ Torres, O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade, op. cit., p. 267-268.

¹⁵ Veja a seguinte passagem da obra citada de Paulo Soares Bugarin: “Preliminarmente, insta ressaltar que o caráter amplo e aberto da expressão economicidade, fruto de sua natureza principiológica, impõe ao intérprete um denso e criativo exercício de concretização do Texto Constitucional, na necessária busca de sua plena efetividade político-social” (Bugarin, *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 108).

¹⁶ Ibid., p. 120.

mentários, possibilidade dos seus recursos humanos, interesses prementes da coletividade, riscos da economia nacional e internacional, eleições com mudanças de projetos políticos etc.

Obviamente que existem exemplos simples de atos total e claramente antieconômicos. Ocorre que normalmente esses exemplos denotam, antes do que violação à economicidade, uma flagrante quebra do princípio da legalidade (além dos da finalidade e da razoabilidade).

Para minorar, portanto, a insegurança jurídica decorrente da subjetividade e amplitude do termo economicidade no exercício da função administrativa, há dois caminhos hermenêuticos que se compreendem adequados e consentâneos com interpretação sistemática da ordem constitucional:

- 1) Ou interpretar a economicidade como subprincípio do princípio da legalidade, muito próximo (na realidade sequencial) dos princípios da finalidade, razoabilidade e eficiência.
- 2) Ou dar autonomia à economicidade, contudo limitando as consequências jurídicas do seu descumprimento quando fiscalizado pela atividade de controle externo.

Se partíssemos para a **hipótese (1)** — mais fácil de ser justificada —, haveria grande desperdício de um termo — *economicidade* — cirurgicamente colocado pelo Constituinte de 1988 na referida Seção IX do Capítulo VII da Constituição. Em primeiro lugar porque não precisamos dele para indicar que a administração pública necessita agir dentro da legalidade, finalidade, razoabilidade e eficiência;¹⁷ isso já está expresso no contexto, pelo menos, dos artigos 1º, 5º e 37. Em segundo lugar porque seria imprudente desconsiderar o fato de somente no *caput* do Artigo 70 o Constituinte insculpir a palavra economicidade aos seus objetos correspondentes (contabilidade, finanças, orçamento e patrimônio públicos). Em terceiro porque levaria sua vinculação à legalidade, obrigando sempre a atividade do Controle Externo a somente indicar necessidade de orientação da atividade administrativa caso identificasse ilegalidade, o que não nos parece correto com uma interpretação sistemática da Constituição e nem diante da premente necessidade de aprimorar a gestão da máquina administrativa.

Já a **hipótese (2)** merece mais aprofundadas reflexões.

¹⁷ Para evitar dúvidas quanto à compreensão do autor sobre o princípio da legalidade e seus princípios inerentes (finalidade e razoabilidade) e íntimos (eficiência), esclareça-se aqui adotar integralmente a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello (Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 102 a 126).

11.3 Uma proposta de delimitação do conteúdo jurídico do termo constitucional economicidade e a consequência de seu não alcance pela função administrativa

Não há dúvidas de que o administrador público se deve conduzir a partir da legalidade; caso não o faça, tanto o ato administrativo¹⁸ produzido como o próprio agente¹⁹ sofrerão as consequências da ilegalidade identificada.

Essa atuação com ilegalidade pode conter uma violação a um aspecto econômico previsto na norma jurídica, como aquela norma que impõe à Comissão de Licitação a contratação do menor valor global ofertado por licitante na concorrência. Se a comissão contratar o segundo menor valor, sem motivos substantivos para desclassificar o primeiro, incorrerá não em violação ao princípio da economicidade, mas sim ao princípio da legalidade, em sua faceta econômica²⁰ (aqui se poderia até admitir que se dissesse *v.g.* haver a comissão violado o princípio da legalidade, o da finalidade da licitação, o da eficiência e o da economicidade).

Contudo, não nos parece ser a mais adequada interpretação do termo economicidade como utilizado na Constituição da República de 1988, pois cairíamos para apenas mais uma das já várias qualificações existentes do princípio da legalidade.

O que aqui se entende é que o termo economicidade, como posto na Constituição em seu artigo 70, seria autônomo e informaria apenas a função administrativa, como um parâmetro econômico que deve ser alcançado pelo agente estatal no exercício de suas atribuições funcionais.

O eventual não alcance da economicidade na escolha e produção de um ato ou contrato administrativo não configurará necessariamente ilegalidade, mas irregularidade.

¹⁸ O referido ato administrativo será invalidado ou convalidado, tudo a depender do grau de sua ilegalidade.

¹⁹ Esse poderá receber punições administrativas, cíveis e até criminais, tudo também a depender dos motivos e dos efeitos de sua conduta ilícita.

²⁰ Analisando tema análogo, moralidade e função administrativa, Márcio Cammarosano (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006) descreve muito bem a questão, em que imoralidade seria a ilegalidade agravada por violação de norma jurídica com conteúdo moral. Portanto, para economicidade, poderíamos dizer o mesmo, seria a ilegalidade agravada por violação de norma jurídica com conteúdo econômico. Isso com certeza pode ocorrer e de fato ocorre. Mas, como se verá, no que tange especificamente à economicidade (artigo 70 da CF) pode haver situações em que não se encontrará uma norma jurídica com conteúdo econômico violada, mas ainda sim violação à economicidade para fins exclusivos de controle externo.

Se é irregularidade, como a própria Constituição Federal determina nos artigos 71 a 74, as únicas consequências jurídicas possíveis serão:

- 1) Para a entidade governamental:
 - i. conforme o inciso XI do artigo 71, o Tribunal de Contas representará ao Poder competente²¹ sobre eventual irregularidade apurada;
 - ii. já o Poder competente, conforme artigo 74, recebendo a representação, verificará, pelo prisma de eficácia e eficiência, a adequação da modificação ou manutenção de sua atuação considerada antieconômica pela atividade de controle externo;
 - iii. aqui terminam as possibilidades de interferência do controle externo sobre o gasto tido como irregular (ou antieconômico). O máximo que se poderia conceber como controle, a partir de então, seria o exercido pelo Congresso Nacional, conforme previsão do artigo 72 da CF.²²
- 2) Para o agente público responsável²³ pela despesa:
 - i. Poderá responder ao julgamento de suas contas, conforme inciso II do artigo 71;
 - ii. Caso ao fim do julgamento o Tribunal de Contas o condene, poderá receber aplicação de sanções previstas em lei.²⁴

Desse conjunto normativo constitucional, pode-se extrair que a atividade de controle externo tem competência para identificar atuação **antieconômica** da função administrativa, devendo comunicar tal entendimento para a

²¹ “Poder Competente” é uma das esferas de poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário) que exerceu, por meio de um de seus órgãos administrativos, a função administrativa questionada (por exemplo, a despesa realizada pelo setor de contratações do Tribunal Regional Federal da 1ª Região).

²² Nesse ponto, é interessante notar a previsão do artigo 72, que conjugado com o artigo 166, parágrafo 1º, entrega competência para a Comissão Mista de Planos e Orçamento do Congresso Nacional requisitar explicações da autoridade governamental responsável sobre os gastos pertinentes aos Planos Plurianuais, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual. Se a Comissão compreender que tal gasto possa vir a causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, poderá então propor ao Congresso Nacional a sustação do referido gasto tido como antieconômico (ou na linguagem do próprio parágrafo 2º do artigo 72: *irregular*).

²³ São submetidos à prestação de contas, conforme artigo 70, parágrafo único, qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos.

²⁴ A Lei nº 8.443/1992 prevê: “**Art. 19:** Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

Parágrafo único. Não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, desta lei”.

entidade pública responsável, mas não podendo se substituir a ela a ponto de sustar ou produzir novo ato ou contrato.

Somente na hipótese de ser identificada **ilegalidade** é que poderá haver sustação do ato administrativo pela atividade de controle externo, substituindo-se à função administrativa.

A interpretação sistemática do texto constitucional reforça, portanto, a compreensão obtida da interpretação literal anteriormente demonstrada, de que é possível haver um ato administrativo tido por antieconômico (pelo controle externo ou pelo controle interno), mas que não seja ilegal.

Sendo contrário à economicidade, o papel da atividade de controle externo é apenas sugestivo/indicativo à entidade governamental responsável, não podendo alterar o ato e o contrato unilateralmente (salvo a específica hipótese orçamentária prevista no artigo 72, quando o Congresso poderá adotar ato de sustação). O ato ou contrato administrativo tido como antieconômico poderá apenas ser revogado ou alterado pelo próprio Poder competente para sua prática, não sendo possível serem anulados ou sustados seus efeitos (já que inexistente o vício da ilegalidade).

Se o ato ou contrato for contrário à legalidade, então a atividade de controle externo poderá se substituir à entidade governamental, retirando eficácia do ato e do contrato tido como ilegal. O Poder competente poderá anular esse ato ou contrato.

Disso advém outra pergunta: o agente estatal, que tem a obrigação de prestar contas, poderá sofrer sanções do Tribunal de Contas por haver atuado legalmente, mas com resultado que se mostrou antieconômico? Caso sim, sob qual fundamento jurídico?

11.4 Do fundamento jurídico para aplicação de penalidade, pelo controle externo, ao agente público que tenha praticado ato legal mas antieconômico

Como visto, em face das normas dos artigos 70 a 74 da Constituição (e adstrita apenas ao controle externo), compreende-se aqui correta a separação entre legalidade e economicidade, ou seja, economicidade é um valor autônomo,²⁵ merecedor de regramento próprio, distinto do da legalidade. Isso

²⁵ Não se pode deixar de salientar que este autor não entrega autonomia aos princípios constitucionais da moralidade e eficiência em relação ao princípio da legalidade. Ou seja, para

porque o constituinte qualificou a atuação antieconômica do agente público como **irregularidade**; e entregou competência ao Tribunal de Contas para julgar essas contas que apresentarem irregularidade, podendo aplicar sanções aos seus responsáveis.

Com isso, nosso Constituinte de 1988 concebeu um regime diferenciado de relação jurídica²⁶ para todos aqueles que **utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem** ou **administrem** dinheiros, bens e valores públicos.

Em outras palavras: as pessoas, físicas ou jurídicas, que se dispuserem a utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiro, bens e valores públicos têm a obrigação de agir de forma compatível com a economicidade, e caso não o façam, poderão, quando da sua obrigatória prestação de contas perante a atividade de controle externo, sofrer sanções pela atividade de controle externo.

Muitas pessoas, e com razão, podem dizer que isso significaria grande insegurança jurídica, já que o agente ficaria sempre no risco de um posterior diverso crivo de economicidade decidido pelo órgão de controle.²⁷ Questionariam ainda: *economicidade não é um valor absoluto, concreto, fácil de identificação e mensuração em todo e qualquer fato ou circunstância do mundo real; se eu, gestor*

o autor não é possível a anulação de um ato ou a condenação de alguém que tenha agido dentro da legalidade, mas violado, por exemplo, uma norma moral da sociedade, ou um senso corrente de eficiência administrativa. Como já dito, o autor concorda integralmente com os ensinamentos de Márcio Cammarosano em sua tese sobre o tema (*O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, op. cit., p. 111-116).

²⁶ Alguns doutrinadores vêm adotando o instituto jurídico alemão e espanhol da “relação especial de sujeição” para distinguir pessoas que se submetem a um regime especial de sujeição em relação às demais pessoas do país, que em nosso caso se submetem ao princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II, da CF/1988). Para maiores informações sobre o tema, ver sintética mas precisa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 840-845). Contudo, em pesquisa sobre a origem de tal instituto, pareceu ao autor esse ser adotado apenas quando inexistia direito amparando tal relação jurídica, como o caso de alguns procedimentos acessórios de rotina dos presidiários, ou sobre condutas dentro de uma biblioteca pública. Em nosso caso ora discutido, a Constituição é expressa em determinar que todas as pessoas que administrem ou recebam recursos públicos devem prestar contas.

²⁷ Inclusive, na prática cotidiana brasileira atual, é isso que está ocorrendo. Todas as semanas muitos gestores são condenados pelos Tribunais de Contas por terem se conduzido contrariamente ao que os técnicos dessas referidas cortes de contas compreendem como gestão antieconômica, sem que haja o apontamento de qualquer ilegalidade na condução dos mesmos. O grande problema atual está no fato de as pessoas (controladores, alguns representantes do Ministério Público e juízes de direito) confundirem irregularidade com ilegalidade, economicidade com legalidade, erro no cálculo do efeito econômico de um ato/contrato com atuação desonesta e ilegal. Esse tipo de confusão mental é o maior gerador de insegurança jurídica para os envolvidos na atuação administrativa. É por isso que este autor compreende fundamental identificarmos bem o conteúdo jurídico de cada uma dessas expressões, de maneira a garantir a coerência do sistema constitucional.

público, praticar um ato agora, crente de que estaria fazendo o melhor, e, lá no futuro, vir um órgão de controle, com técnicos mais criativos e perspicazes do que eu para calcular outras tantas variáveis que, ao fim, demonstrem ter existido outro mais econômico caminho do que aquele escolhido por mim no passado, então poderei ser processado e penalizado?

A resposta a essa pergunta, diante da nossa Constituição, artigos 70 e 71, é: provavelmente sim!

Ao escolher assumir um cargo ou função pública, com atribuição para utilizar, administrar, guardar, gerenciar e arrecadar dinheiros públicos, então essa pessoa passa a receber o encargo de prestar contas e agir de acordo com o que os controladores compreendem como consentâneo com a economicidade. Deverá o gestor, além de agir de acordo com a lei, fundamentar muito bem sua escolha, motivando-a muito antes de efetivá-la, cercando-se de pareceres técnicos coerentes, que reproduzam o entendimento corrente dos tribunais de contas e da legislação. É isso que o nosso Constituinte concebeu ao insculpir as normas contidas nos artigos 70 a 74.

Obviamente que a legislação infraconstitucional deveria tratar com razoabilidade e proporcionalidade as sanções passíveis de serem aplicadas na hipótese de violação à economicidade, distinguindo-as da hipótese de ilegalidade. Na visão deste autor, é muito mais grave a violação à lei do que uma atuação compreendida como não econômica (já que qualquer pessoa com o mínimo de bom senso consegue compreender a dificuldade de se determinar sempre a conduta mais aderente ao subjetivo conteúdo de economicidade). Não obstante, infelizmente o legislador, ao menos o federal, não conseguiu retratar precisamente esses conceitos, pois acabou por colocar no mesmo contexto tanto a atuação ilegal como a antieconômica, misturando-as, como se fossem iguais. Até que haja alteração da Lei nº 8.443/1992, tratando com fidedignidade as normas constitucionais respectivas, fica na consciência individual dos ministros do Tribunal de Contas da União a incumbência de decidir com razoabilidade e proporcionalidade.²⁸

Obviamente, se em determinado caso concreto um Tribunal de Contas aplicar penalidade desproporcional ao gestor que agiu contrariamente ao parâmetro à época do ato como o aderente de economicidade, poderá esse gestor se socorrer ao Poder Judiciário, com o fundamento de que houve pela corte de contas clara violação ao princípio da legalidade, sob o prisma da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

²⁸ O que não é bom para ninguém; nem para quem julga, nem para quem é julgado.

De tudo o que se tratou até agora, surgem perguntas que serão analisadas sequencialmente:

- 1) aquele que contrata com a administração pública a prestação de serviços, a execução de obras ou a venda de materiais, está obrigado a prestar contas aos Tribunais de Contas? Se esse agir de modo a configurar antieconomicidade, estará sujeito a sofrer penalidades dos Tribunais de Contas?
- 2) Os responsáveis por prestar contas que eventualmente tenham praticado ato legal mas antieconômico estarão sujeitos a ação de improbidade administrativa?
- 3) As empresas, que com o poder público contratam, estão sujeitas a ação de improbidade administrativa por eventual atuação contrária à economicidade?

II.5 Da ausência de fundamento jurídico constitucional para aplicação de penalidade, pelo controle externo, no particular que com o poder público contrata obras, serviços e materiais

Acredita-se que não restam dúvidas quanto à extensão da jurisdição dos Tribunais de Contas, em que a atividade de controle externo somente poderá processar, julgar, sustar os atos praticados pelas pessoas indicadas no parágrafo único do artigo 70 da Constituição.

Normalmente, as empresas que participam de licitação pública, *v.g.* para execução de obras, não o fazem para administrar, gerir, arrecadar, utilizar ou guardar recursos públicos. A natureza jurídica da relação que se forma é a contratual, em que manifestam as partes a vontade livre de um executar uma obra e do outro, a título de contraprestação, pagar os valores propostos. O dinheiro público pago para o executor de uma obra deixa de ser público no exato momento do pagamento pelo cumprimento do contratado.

Também não haveria qualquer sentido dizer que a empresa contratada violaria o princípio da economicidade ao fazer sua proposta na licitação com preços acima daqueles que o poder público eventualmente poderia contratar em caso de estar em outras circunstâncias que não as alcançadas naquela concorrência pública, daquele dia, naquele lugar, com aqueles concorrentes. A economicidade que o ordenamento jurídico pátrio espera de uma empresa

é a do lucro.²⁹ Somente seria afetado esse raciocínio caso a empresa agisse com ilegalidade para alcançar o lucro almejado.

Ademais, as empresas privadas contratadas do poder público estão submetidas ao princípio da legalidade como previsto no artigo 5º, inciso II, da CF/1988: *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

Portanto, absurdo pretender condenar um contratado privado da administração pública que, tendo agido de acordo com o que a lei estabeleça, eventualmente se beneficie economicamente de uma escolha do poder público tida posteriormente pelo controle externo como antieconômica (irregular).

Pior ainda é a pretensão de ajuizar ação de improbidade administrativa contra aquele que, tendo agido legalmente, viole o senso de economicidade da atividade de controle externo.

III. Da impossibilidade de se caracterizar como improbidade a atuação legal, mas reprovada pela atividade de controle externo sob o fundamento único de violadora da economicidade

Fazendo rápida sintética digressão, os Tribunais de Contas vêm julgando irregulares as contas dos responsáveis por dinheiros públicos, sob o fundamento de violadoras da economicidade, mesmo que concordem com a legalidade.

Os órgãos de controle externo assim agem seguindo suas competências constitucionais para julgar as contas ilegais ou antieconômicas dos responsáveis, em que se tem a autonomia da economicidade em relação à legalidade, e que denomina para o descumprimento daquela o termo irregularidade, e para essa o termo ilegalidade.

Ocorre que a Constituição entregou apenas e tão somente à atividade de controle externo a competência para condenar os agentes públicos (responsáveis)³⁰ a partir de um mero crivo de economicidade. E o fez porque decidiu

²⁹ Não se pode esquecer estarmos em um Estado que tem como um dos fundamentos a livre-iniciativa, onde se reconhece serem o empreendedorismo e a propriedade privada fontes de geração de riqueza, trabalho e desenvolvimento nacional.

³⁰ Todos aqueles que utilizem, guardem, arrecadem, administrem, gerenciem dinheiros, bens e valores públicos.

colocá-los em um regime próprio, de relação jurídica especial em relação às demais pessoas.

Ao Poder Judiciário, o Constituinte conferiu competência para julgar as pessoas que cometeram atos violadores da legalidade, sob o principal fundamento de vivermos em um estado de direito, em que o princípio da segurança jurídica é aquele que garante uma convivência previsível e estável, onde ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, e ao administrador público incumbe cumprir com fidelidade a lei.

Como consectário lógico inevitável, é um grande equívoco e imensa injustiça a propositura de ações de improbidade administrativa contra pessoas que tiveram suas contas julgadas irregulares, ou seja, contas consideradas violadoras apenas da economicidade.

É sabido que ato ímprobo é aquele produzido (i) contrariamente à legalidade e que (ii) contenha clara evidência de desonestidade, má-fé e deliberada intenção de causar dano à administração pública.

Se o ato for concorde com a lei, ele não poderá ser considerado ímprobo, mesmo que seu resultado tenha acarretado prejuízo econômico à administração pública (esse ato, como visto, poderá ser considerado apenas contrário à economicidade, e seu agente passível de punição somente perante o Tribunal de Contas).³¹

Mesmo se o ato for praticado contrariamente à lei e tiver causado prejuízo econômico à administração pública, somente será considerado ímprobo se houver sido produzido com desonestidade, intencional vontade do agente de prejudicar o interesse público. Merece destaque a recente esclarecedora decisão do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do atual ministro do STF Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO. ESPECIALIZAÇÃO NOTÓRIA. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS DEMANDADOS. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

³¹ Seria no máximo admitido a propositura pelo Ministério Público de ação civil pública cujo pedido fosse para determinar à autoridade administrativa que sustasse e anulasse o ato eventualmente contrário ao princípio da legalidade em sua faceta de eficiência. Nesse caso, a lide instaurada se estruturaria na comprovação pelo MP de que o ato violaria a finalidade legal.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. **A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo** e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

3. **A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público**, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (artigo 10, da Lei 8.429/92).

4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 6/8/2009; REsp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/4/2008; REsp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA; DJ 13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 8/5/2006.

[...]

10. Recurso Especial provido.

(REsp 1038777/SP, rel. ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3/2/2011, DJe 16/3/2011)

Por isso a jurisprudência inicia uniforme entendimento de que caracteriza grave equívoco confundir conduta irregular ou ilegal com ato de improbidade. Nesse sentido, cumpre transcrever mais um importante acórdão do STJ³²:

³² Há ainda outros no mesmo sentido, cabendo citar aqui o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DOS DEMANDADOS.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. FORNECIMENTO DE LANCHES MATINAIS. DOLO NÃO CONFIGURADO. SUCESSIVA RENOVAÇÃO DO CONTRATO MOTIVADA EM FACE DAS PECULIARIDADES DO OBJETO LICITADO.

[...]

Não é possível a condenação do agente público pelo crime previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, na hipótese em que o Tribunal a quo, ao analisar a renovação sucessiva de contratação direta, partiu da premissa de que tal ato configura ilícito administrativo, sem, contudo, sindicá-lo a respeito de eventual atuação dolosa, porquanto a mera contratação direta de forma sucessiva não caracteriza ato ímprobo quando inexistente prova de que houve conluio perverso aos interesses da Administração, **não se podendo confundir improbidade com simples ilegalidade**, ademais porque não é lícito, em sede de ação

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. AUSÊNCIA. COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA.

[...]

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 ser realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos 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.

[...]

7. Deveras, o Tribunal local, revisitando os fatos que nortearam o ato acoimado de improbidade, excluiu a sanção imposta pelo juízo singular, por ausência dos elementos subjetivos e objetivos, porquanto inócua má-fé ou dano ao erário, consoante se infere do voto condutor à págs. 417/424 dos autos.

8. A ausência de dolo e de dano ao erário encerra hipótese de rejeição da ação de improbidade. Isto porque o ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva. Precedentes: (REsp 654.721/MT, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/6/2009, *DJe* 1/7/2009; Resp 717.375/PR, *DJ* 8/5/06; REsp 658.415/RS, 2ª Turma, *DJ* de 3.8.2006, p. 253; REsp 604.151/RS, 1ª Turma, *DJ* de 8.6.2006, p. 121)

(...)

(REsp 1112062/SP, rel. ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/9/2009, *DJe* 7/10/2009)

de improbidade administrativa, da qual exsurgem severas sanções, a presunção do dolo, elemento subjetivo caracterizador da conduta típica prevista na Lei 8.429/1992.

Não é possível a condenação do agente público pelo crime previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, na hipótese em que o ato impugnado consubstancia-se na ausência de procedimento prévio para a dispensa de licitação, porquanto tal hipótese se subsume ao art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992 e, nesse contexto, a tipificação deficiente ou a falta de tipificação fechada do ato ímprobo pode levar a Administração a punir com a mesma sanção os atos simplesmente ilegais e os atos indubitavelmente caracterizados como de improbidade administrativa, o que impõe a atuação moderadora e corretiva do Poder Judiciário para evitar os excessos e o tratamento uniforme de situações objetivas distintas e inconfundíveis, com infração ao princípio da reserva de proporcionalidade.

(STJ. REsp 1192056/DF, rel. ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/4/2012, *DJe* 26/9/2012). [grifos nossos]

Ante o exposto até aqui, podem surgir as seguintes perguntas:

- 1) quando haveria, na nossa realidade nacional, a produção de um ato ou contrato correspondente à legalidade mas contrário à economicidade?
- 2) Quando ocorreria a produção de um ato contrário à legalidade e violador da economicidade?
- 3) E, por fim, quando poderia se identificar um ato ilegal mas concorde com a economicidade?

Um bom exemplo de resposta à pergunta 1 é aquele mencionado na introdução deste artigo: licitação válida e legal para contratação de obra pública sob regime de empreitada por preço unitário; com competitividade entre os licitantes; oferta de menor valor global pelo vencedor; celebração legal do contrato; execução das obras nos exatos termos contratados e previstos na Lei nº 8.666/1993; contudo, no curso da execução das obras, o Tribunal de Contas elabora um cálculo a partir de novas premissas e variáveis, comparando os preços contratados com outros referenciais de preços não previstos à época da licitação como obrigatórios de serem seguidos, e chega à conclusão de que os preços contratados estão acima daqueles tidos pelos auditores do Tribunal de Contas como mais aproximados aos de mercado.

Tudo absolutamente legal — edital, efetiva concorrência, contrato e execução das obras —, mas os preços contratados foram posteriormente compreendidos, pela atividade de controle externo, como superiores aos que eventualmente a administração pública poderia obter caso se lançasse na sorte de novo processo licitatório.³³

Para a pergunta 2, podemos buscar o mesmo exemplo anterior, apenas alterando qualquer uma de suas fases, *v.g.* o edital restringiu em demasia e desnecessariamente a competitividade, infringindo os comandos dos artigos 30 e 31 da Lei nº 8.666, e ao mesmo tempo obteve um contrato com preços superiores aos calculados pelo Tribunal de Contas.

Para a pergunta 3 a resposta igualmente é fácil: mesmo ocorrendo a dispensa ilegal de licitação, o contrato celebrado foi extremamente favorável economicamente para a administração pública, com preços muito abaixo daqueles calculados teoricamente pelos auditores do Tribunal de Contas.

Para os cenários anteriores incidirão as seguintes consequências quanto à improbidade administrativa:

Exemplo 1 — Não há configuração de qualquer ato ímprobo por parte do administrador público, pois esse agiu exatamente como a lei lhe impunha agir, utilizou-se adequadamente do instituto da licitação e cumpriu corretamente suas normas, alcançando ao final o menor preço para a administração, mesmo que eventualmente o preço final obtido venha a ser considerado maior do que se poderia obter em nova licitação. Muito menos cabe imputação de atuação com improbidade para o particular que seguindo as normas editalícias ofertou a proposta de preços que concebia como apta para a execução das obras.

Exemplo 2 — Se o **agente público** deliberadamente restringiu a concorrência, visando dirigir a licitação para algum apaniguado, e ainda locupletar-se com a diferença maior entre o valor contratado e aquele tido pelo Tribunal de Contas como o de mercado, então não há dúvidas de que agiu de forma desonesta, ímproba e antieconômica. O **particular** que venceu a licitação ilícita a ele sabidamente dirigida, igualmente deve responder por improbidade, pelos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992.

³³ É importante esclarecer que o autor não está interessado nesse momento em discutir se o crivo de economicidade da atividade de controle externo é correto ou não, como por exemplo se os auditores estão desconsiderando tantas outras importantes variáveis para aferir se um contrato está ou não compatível com a economicidade. Não se pretende aqui questionar ou sugerir quais são os parâmetros mais consentâneos com a ciência econômica ou da engenharia para aferir a economicidade do contrato. A intenção é apenas a de descrever uma hipótese e partir do pressuposto que o Tribunal de Contas é o órgão constitucionalmente competente para calcular a economicidade da atuação da função administrativa.

Se, não obstante, a restrição desnecessária da licitação não teve o intuito de dirigir a licitação para esse ou aquele, mas adveio de imperícia ou negligência do agente público, então não incidirá para esse as penas da improbidade, salvo se a imperícia ou a negligência tivesse sido de tal gravidade que beirasse o conceito usado no direito penal de dolo eventual³⁴ (ou o que se denomina na doutrina de culpa grave), em que caracterizaria os tipos previstos nas normas do artigo 10 da Lei nº 8.429/2002. Já para os particulares que ofertaram suas propostas de boa-fé, confiando na veracidade e legitimidade das regras editalícias, mesmo se ofertarem preços tidos posteriormente pelos órgãos de controle como acima dos de mercado,³⁵ não há atuação ímproba.

Exemplo 3 — nesse caso haverá conduta ímproba tipificada no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, pois o administrador público agiu contrariamente à legalidade. É bem verdade que existem casos duvidosos na doutrina e jurisprudência sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação. Se o agente público a dispensou sob fundamento razoável, amparado em pareceres jurídicos que retratassem entendimentos doutrinários e jurisprudenciais similares com reconhecimento da sua legalidade, não seria correto imaginar tal conduta como desonesta. O contrato pode até vir a ser anulado, mas não o agente punido como se ímprobo fosse.³⁶ Já o particular que aceitou contratar por

³⁴ O penalista Eugenio Raul Zaffaroni esclarece que o dolo eventual é “quando o sujeito representa a possibilidade do resultado concomitante, e a inclui como tal na vontade realizadora [da conduta]”. Leciona o penalista que “Quando uma pessoa planeja a causalidade para obter uma finalidade, faz uma representação dos possíveis resultados concomitantes de sua conduta. Em tal caso, se confia em que evitará ou que não sobrevirão estes resultados, deparamo-nos com uma hipótese de culpa com representação (ver n.280), mas se age admitindo a possibilidade de que sobrevenham [os resultados], o caso será de dolo eventual”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal brasileiro*, volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 430.

³⁵ Não se pode deixar de mencionar o seguinte: a expressão “preços de mercado”, quando há o instituto da licitação e efetiva competitividade, somente pode ser entendida como o resultado da própria licitação. A única exceção seria a fraude ao processo licitatório (conluio entre licitante e corrupção da Comissão de Licitação), pois daí adviria nulidade absoluta das propostas de preços apresentadas na concorrência.

³⁶ Aliás, o TRF DA 2ª REGIÃO já se posicionou recentemente no sentido que falhas da administração na condução da licitação não configuram, por si só, ato ímprobo, caso não comprovada a intenção dolosa (ou ao menos culpa grave) dos agentes de causar prejuízo ao erário:

“AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE DOLO. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Pode existir irregularidade em fase interna do processo licitatório (cotação de preço), e na autorização de despesa relativa à atualização dos valores contratados, sem que exista improbidade, pois a simples inobservância de regra legal, por si só, não caracteriza ato ímprobo. Não se confundem os conceitos de improbidade administrativa e de legalidade. Para configurar as hipóteses dos artigos 10 e 11 da Lei 8.429/92 mister se faz o dolo na conduta dos agentes, ou (e ainda assim excepcionalmente) pelo menos a culpa grave. Ação civil pública ajuizada pelo Parquet, com base em inquérito civil que apurou evento já apontado pela Controladoria Geral da União. Tomada de Preços realizada

dispensa de licitação, salvo comprovação de que estava em conluio com o agente público, é de se presumir que tenha agido de boa-fé, confiando na veracidade e legitimidade dos atos administrativos.³⁷

IV. Conclusão

Muitas outras questões podem ser postas para reflexão a partir das propostas de interpretação quanto à economicidade e à irregularidade contidas neste artigo. O autor vem vivenciando e observando realidades e compreensões diametralmente opostas entre a grande maioria da doutrina e os julgadores, tanto nos Tribunais de Contas como no Judiciário. Para esses o princípio da economicidade nada mais é do que uma mera faceta do princípio maior da legalidade. Para aqueles não, seriam autônomos, ou pior, seriam confundíveis, se o ato é antieconômico, é automaticamente ilegal, independentemente de ter havido ou não violação à expressa norma legal.

Nossa Constituição, em seus artigos 70 a 74, decidiu separar legalidade de economicidade, e ainda separou ilegalidade de irregularidade. Assim o fez para submeter as pessoas físicas ou jurídicas que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ao controle externo quanto à legalidade ou à economicidade de seus atos. Se violador apenas da economicidade, seu ato caracteriza-se como irregular (e não como ilegal), acarretando consequências jurídicas próprias distintas da atuação ilegal.

O agente que pratica ato violador da economicidade, ou seja, irregular, não age necessariamente de forma ilegal. Dessa forma e ainda mais significativamente, não lhe pode ser automaticamente imputada conduta ímproba

pelo Município de Nova Friburgo a partir de repasse de verba federal. Correta a sentença que não considerou provado o ato de improbidade. Apelo desprovido.”

(TRF2, AC — APELAÇÃO CÍVEL — 518083, desembargador federal GUILHERME COUTO, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R — Data: 23/8/2011 — Página: 304).

³⁷ A utilização indiscriminada da Lei de Improbidade contra tudo e todos, independentemente da precisa comprovação da conduta ilícita e desonesta do particular, pode levar à absurda situação de exigirem dos particulares, que com o poder público intendem relacionar-se, uma atuação de fiscalizar e questionar previamente todas as escolhas e atos do agente público, como se substituíssem aos órgãos de controle interno e externo. Caso isso continuar a ocorrer, instaurar-se-ia a nação do esdrúxulo princípio jurídico da presunção da ilegitimidade dos atos administrativos (na verdade, esse é o sentimento atualmente prevalecente na sociedade brasileira, causado pela identificação e divulgação de reais atos corruptos de muitas pessoas ligadas direta ou indiretamente ao Estado).

por ter sido julgado por Tribunal de Contas como culpado por prática de ato exclusivamente irregular.

Submetemos esse esforço hermenêutico para críticas da comunidade científica. Acreditamos que servirá para clarear o conteúdo jurídico dos termos positivados: economicidade, ilegalidade, irregularidade e improbidade.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. p. 29-52.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BASSO, Jackson José. *Exame multidisciplinar do princípio da economicidade: condição para segurança jurídica*. Monografia (especialização em direito administrativo) — Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2010.

BRASIL, Lei 8.443, de 16 julho de 1992. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 17 jul. 1992.

BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CITADINI, Antonio Roque. *A economicidade nos gastos públicos*. Disponível em: <www.citadini.com.br/artigos/oesp8904.htm>.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*. Tese (doutorado em direito público) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997.

STJ. REsp 1192056/DF, rel. ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, rel. p/ Acórdão ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/4/2012, *DJe* 26/9/2012.

STJ. REsp 1112062/SP, rel. ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/9/2009, *DJe* 7/10/2009.

STJ. REsp 1038777/SP, rel. ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3/2/2011, *DJe* 16/3/2011.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista do TCE/RJ*, Rio de Janeiro, n. 22, p. 37-44, jul. 1991.

TRF1. AC 0000141-35.1998.4.01.4200/RR, rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, *DJ* p. 34 de 5/10/2007.

TRF2, AC — APELAÇÃO CÍVEL — 518083, desembargador federal GUILHERME COUTO, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R — Data: 23/8/2011 — Página: 304.

TRF5. PROCESSO: 200582020013421, AC456937/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 27/10/2009, PUBLICAÇÃO: *DJE* 19/11/2009 — Página 659.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal brasileiro*. vol. 1: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.