

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

MARCOS MOREIRA DE CARVALHO

ANÁLISE JURÍDICA DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO – 2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MARCOS MOREIRA DE CARVALHO

ANÁLISE JURÍDICA DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Silvio Luís Ferreira da Rocha

SÃO PAULO – 2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

MARCOS MOREIRA DE CARVALHO

ANÁLISE JURÍDICA DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

MESTRADO EM DIREITO

Banca Examinadora

Professor Doutor Pedro Estevam
Alves Pinto Serrano

Professor Doutor Marcos Augusto
Perez

Aos meus filhos Rafael, Estêvão e Florença, meus amores.

À minha esposa, Marianne, pelo amor e incentivo.

À minha mãe Maria do Carmo, por tudo o que sou.

Aos meus irmãos Márcio e Ana Laura, por todos os momentos de nossas vidas.

À memória de meu pai Aristides e de meu avô Mauro, exemplos de dignidade e perseverança.

A todos os meus familiares e amigos, paulistas e mineiros.

Meu agradecimento especial ao professor Silvio Rocha, mestre competente e profícuo cultor do Direito

ANÁLISE JURÍDICA DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

MARCOS MOREIRA DE CARVALHO

RESUMO

O trabalho tem por fim analisar juridicamente a sanção administrativa - declaração de inidoneidade. Trata-se de uma espécie de penalidade prevista na Lei 8.666/93, aplicável aos particulares licitantes e contratados que, dolosa ou culposamente, causarem prejuízo ao interesse público ou transgredirem princípios e regras informadores do regime jurídico de Direito Administrativo.

O estudo parte, por óbvio, do texto da Lei, com ênfase ao conteúdo do ato sancionador, para mediante utilização do método dedutivo, identificar dentre as funções do Estado a função administrativa até o exercício da atividade sancionadora nas relações contratuais e nos procedimentos licitação.

Concluimos pela possibilidade de se aplicar tal sanção, consoante a legislação vigente, sem necessidade de inclusão de novas regras.

A falta de monografia sobre o assunto e a sua atualidade encorajou-nos a detalhar a declaração de inidoneidade.

Palavras chave: licitação, contratos administrativos, sanção administrativa, declaração de inidoneidade, improbidade, rescisão contratual, inexecução contratual.

ANÁLISE JURÍDICA DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

MARCOS MOREIRA DE CARVALHO

ABSTRACT

This work carries out a juridical analysis of the administrative sanction – declaration of *ineligibility*. This is a type of penalty regulated in Law 8,666/93, which applies to private bidders and contractors that intentionally or culpably cause harm to the public interest, or transgress principles and rules that govern the juridical system of Administrative Law.

The study is based, clearly, on the text of the Law, with emphasis on the content of the sanctioning act, through the use of the deductive method, identifying within the functions of the State the administrative function through to the exercise of sanctioning activity in relations between parties to contracts, and bidding procedures.

We conclude that it is possible to apply this sanction, in accordance with the legislation in force, without the need for the inclusion of new rules.

The lack of academic works on this subject, and its relevance today, prompted us to analyze the declaration of ineligibility.

Key words: bidding, administrative contracts, administrative sanction, declaration of ineligibility, improbity, termination of contract, non-execution of contract.

SUMÁRIO:

Introdução	8
Capítulo I - Função Administrativa	11
Capítulo II – Regime Jurídico das Contratações Públicas	23
Capítulo III – Da Declaração de Inidoneidade	39
Capítulo III.1 – Conceito.....	39
Capítulo III.2 – Histórico.....	42
Capítulo III.3 – Direito Internacional.....	46
Capítulo III.4 – Disciplina jurídica vigente.....	54
Capítulo III.5 – Efeitos.....	80
Capítulo III.6 – Competência para declarar.....	95
Capítulo III.7 - Da reabilitação do apenado.....	100
Capítulo III.8 – Figuras jurídicas semelhantes.....	103
Capítulo IV – Conclusões	110
Bibliografia	116

ANÁLISE JURÍDICA DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

Pretende-se através deste trabalho analisar juridicamente a declaração de inidoneidade - penalidade prevista no artigo 87, IV, da Lei 8.666/93.

A declaração de inidoneidade decorre do exercício da competência sancionadora da Administração Pública em virtude da prática de ilícito pelo particular no âmbito das contratações públicas e licitações ou com reflexos diretos nesta matéria.

Administração Pública é o conjunto orgânico que exerce a função administrativa. Por sua vez, função administrativa é um dos componentes do Poder Estatal.

Diante dessas premissas, optamos por encadear nossos estudos através do método dedutivo, partindo da análise do Poder Estatal, sua subdivisão, a identificação da função administrativa, o exercício da competência sancionadora da Administração Pública até a aplicação de penalidade em virtude da relação contratual entre o particular e o Estado.

O assunto mostra-se oportuno diante da inexistência de monografia sobre um tema de vanguarda e que tem sérias repercussões jurídicas, tanto na seara da administração pública quanto na seara do particular apenado.

Verifica-se na Doutrina grande preocupação com os efeitos da declaração de inidoneidade, porém, muito pouco esclarecimento acerca da edição do ato. Parte da doutrina simplesmente rechaça a possibilidade jurídica de sua edição. Parte mais flexível afirma necessidade de edição de ato legislativo ou administrativo regulamentar para sua prática.

Sustentamos a inexistência de óbices legais à prática do ato sancionador com fundamento nos artigos 87 e 88 da Lei 8.666/93 e, portanto, a plena eficácia da norma contida no artigo 87, IV.

O texto está dividido em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, será fixada gênese de toda atividade Estatal – o exercício efetivo do Poder do Estado. O Poder Estatal não reconhece interna ou externamente poder superior ao seu. Esse fenômeno denomina-se soberania.

Também serão analisadas as características da função administrativa e os "poderes"¹ outorgados pelo Ordenamento Jurídico ao administrador, para atendimento das finalidades que se lhe são constitucional e legalmente impostas.

No segundo capítulo será inserida resenha sobre o regime jurídico regente dos contratos administrativos, visando focar os limites do exercício da potestade punitiva do Estado nesta matéria.

¹ A expressão está digitada propositalmente entre aspas, pois, no decorrer do texto, demonstrar-se-á que, na verdade, o exercício desta atividade impõe ao administrador o DEVER de agir.

Feitas premissas, consoante proposta metodológica, no terceiro capítulo será tratada toda matéria referente à declaração de inidoneidade.

Para efeitos epistemológicos, o capítulo está dividido em sete itens, cada qual dispondo, respectivamente sobre: 1) o conceito de idoneidade e inidoneidade; 2) Esboço histórico da matéria no ordenamento jurídico pátrio; 3) Disciplina no Direito Internacional argentino, português, e espanhol; 4) A disciplina jurídica nacional vigente; 5) Os efeitos da declaração; 6) A competência para declarar; 7) A reabilitação do apenado e, por fim, 8) Figuras jurídicas semelhantes.

No quarto e último capítulo seguem as conclusões com a propositura de teoria que visa dar suporte à declaração de inidoneidade mediante a fixação de alguns critérios e parâmetros objetivos, segundo a Lei nº 8.666/93.

CAPÍTULO I

FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Antes de adentrar o cerne da questão a que se propõe o presente trabalho, oportuno se faz lembrar que o estudo da Administração Pública, em regra, deve partir do conceito de Estado uma vez que atua concretamente visando satisfação dos objetivos e fins estabelecidos na Constituição Federal.²

Oportuno delinear juridicamente o conceito de Estado. Para tanto se traz ao lume escorço doutrinário sobre o tema³:

² O preâmbulo da Constituição Federal dá a tônica do Estado Brasileiro ao dispor: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil."

³ MARTINS, Ives Gandra e BASTOS, Celso Ribeiro, Comentários à constituição do Brasil, 1988 p. 109-112. Consoante os professores "O Estado – entendido, portanto, como uma forma específica da sociedade política – é o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder. Ele surge com as transformações por que passa a sociedade política por volta do século XVI. Nessa altura, uma série de fatores que vinham amadurecendo ao longo dos últimos séculos do período medieval torna possível – e mesmo necessária – a concentração do poder numa única pessoa. É esta característica a principal nota formadora do Estado moderno. O poder torna-se mais abrangente. Atividades que outrora comportavam um exercício difuso pela sociedade são concentradas na mão do poder monárquico, que assim passa a ser aquele que resolve em última instância os problemas atinentes aos rumos e aos fins a serem impressos no próprio Estado.

[...]

É curioso que, embora o homem viva num Estado, a todo momento sofrendo sua influência, no instante de defini-lo encontre grandes dificuldades. Não é de fato fácil encontrar-se uma definição que agrade a todos. No nosso *Curso de teoria do Estado e ciência política* tivemos o ensejo de definir o Estado como a 'organização política sob a qual vive o homem moderno [...] resultante de um povo vivendo sob um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente' (p.10). Não seria o caso aqui de pretendermos elencar todas as concepções que autores de nomeada avençaram sobre o Estado. Parece interessante e oportuna a discussão travada sobre o papel representado pelo chamados elementos do Estado, dado que, na verdade e sobretudo depois da obra de Jellinek, boa parte dos teóricos se

José Afonso da Silva⁴, assim professa:

Estado é, na justa definição de Balladore Pallieri, uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a ideia de poder soberano, institucionalizado. O Estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano, de um povo situado num território com certas finalidades. E a constituição, como dissemos antes, é o conjunto de normas que organizam estes elementos constitutivos do Estado: povo, território, poder e fins.

Dalmo Dallari⁵ adota conceito que sintetiza as ideias dos demais juristas mencionados e que se nos parece ser adequada ao propósito deste trabalho, *in verbis*:

Em face de todas as razões até aqui expostas, e tendo em conta a possibilidade e a conveniência de se acentuar o componente jurídico do Estado, sem perder de vista a presença necessária dos fatores não jurídicos, parece-nos que se poderá conceituar o Estado como a *ordem jurídica e soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território*. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na

contentaram em considerar como resultante de três elementos fundamentais: poder, população e território”.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 2008, p. 97-98.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do estado, 2009. p.119. O jurista em sua obra cita as definições propostas por autores de escol: “Um povo fixado num território e organizado sob um poder supremo originário de império para atuar com ação unitária os seus próprios fins coletivos.” (RANELLETTI, 1955). “Estado é a unidade de um sistema jurídico que tem em si mesmo o próprio centro autônomo e que é possuidor da suprema qualidade de pessoa.” (DEL VECCHIO, 1958). “Estado é uma corporação territorial dotada de um poder de mando originário.” (JELLINEK, 1954). “Estado é uma ordem coativa normativa da conduta humana.” (KELSEN, 1959).

de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a certo povo e, finalmente, à territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, esta presente na menção a determinado território.

O que se nos parece relevante é que a ideia de Estado é atrelada à de "Poder" que não reconhece, interna ou externamente⁶, outro que lhe seja superior e quanto aos fins atribuídos ao Estado, conforme disposto acima.

O Estado é criado pelo Ordenamento Jurídico, que também é a gênese dos poderes aludidos anteriormente. Portanto, só é legítimo afirmar a existência de Poder Estatal enquanto houver ordem jurídica local.

O Barão de Montesquieu, baseado nos ideais de Aristóteles e Platão, assinalou que todo aquele que dispõe de poder tem uma tendência natural a dele exorbitar. Partindo dessa premissa analisou os governos da época e propôs a divisão do Poder Estatal, que é uno, entre órgãos, distribuindo autoridade entre eles, como forma de se evitar arbítrio e violência.⁷

⁶ Insta salientar que a soberania não é atribuída à pessoa jurídica - Estado, mas, sim, à ordem jurídica nacional.

⁷ Montesquieu no livro *O Espírito das Leis* – 1748, diz que o Poder Executivo seria exercido por um rei, com direito de veto sobre as decisões do parlamento. O Poder Legislativo, convocado pelo Executivo, deveria ser separado em duas casas: o Corpo dos Comuns, composto pelos representantes do povo, e o Corpo dos Nobres, formado por nobres, hereditário e com a faculdade de impedir (vetar) as disposições do Corpo dos Comuns. Essas duas casas teriam assembleias e decisões separadas, assim como interesses e opiniões independentes.

Para o filósofo iluminista, somente o poder freia o poder. Daí o batismo da teoria da separação de poderes em “sistema de freios e contrapesos” (*checks and balances*).

Consoante a doutrina, há a divisão de funções entre Órgãos Estatais constituídos, visando assegurar o controle mútuo.⁸

Porém tal divisão não é estanque. Os órgãos integrantes exercem tipicamente a função a que se preordenam e, atipicamente, funções que, a priori, seriam atribuições de outros órgãos do Poder Estatal.

Em síntese, os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário têm, por função típica, o exercício, respectivamente, da atividade

⁸ “Embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele desdobra-se em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A primeira estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; as duas outras aplicam as leis ao caso concreto: a função jurisdicional, mediante solução de conflitos de interesses e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente; a função executiva, mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas.

(...)

A essa distinção pode-se acrescentar, com relação às duas últimas funções, a seguinte: a jurisdição atua mediante provocação da parte interessada, razão pela qual é função **subsidiária**, que se exerce apenas quando os interessados não cumprirem a lei espontaneamente; a administração atua independentemente de provocação para que a vontade contida no comando legal seja cumprida e alcançados os fins estatais.

No entanto, o mesmo autor demonstra que a função de emanar atos de produção jurídica **complementares** não fica absorvida apenas pela função administrativa de realização concreta dos interesses coletivos, mas compreende também a **função política** ou de **governo**, ‘que implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, e assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania estatal’”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo, 2008. p.50-51).

Celso Antônio Bandeira de Mello, igualmente identifica além das tres funções estatais clássicas, a função política ou de governo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 2008, p. 36.

legislativa, executiva (administrativa) e judicial, e exercem, atipicamente, funções que, materialmente, seriam de incumbência de outro Poder.

Interessa-nos voltar atenção para estudo da função administrativa, uma vez que o regime jurídico a ela aplicável servirá de supedâneo para todas as conclusões pretendidas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁹:

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Lúcia Valle Figueiredo¹⁰, assim se manifesta:

A função administrativa consiste no dever de o estado, ou quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com auxílio dos tribunais de contas), atos estes, revisíveis pelo Judiciário.

⁹ MELLO, Celso A. Bandeira de. Curso de direito administrativo. 2008 p. 36

¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2006, p. 34

A autora¹¹ faz um apanhado da melhor Doutrina acerca de função administrativa. Estuda as lições dos juristas argentinos Carrió, Gordillo e Cassagne; os italianos Renato Alessi e Guido Zanobini; o alemão Otto Mayer; o Português, Marcello Caetano; os Brasileiros, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Miguel Seabra Fagundes, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Conclui nos seguintes termos:

Os autores citados são unânimes quanto ao exercício da função administrativa *sob a lei* – portanto, em regime de subserviência. Ao concretizar-se a utilidade pública haverá inovação na ordem jurídica, de modo concreto e imediato; a norma individual representará a operatividade da norma geral.

O conceito teleológico (a finalidade) da função administrativa também aparece como uma constante. O Estado deve perseguir seus fins. Que fins? Aqueles encampados pelo ordenamento jurídico.

A conclusão, a que se impende chegar pelo exame das conceituações propostas, é no sentido de que a função administrativa, quer se lhe dê conceito orgânico, material ou misto (orgânico-material), não vai exaurir a complexidade dos atos materialmente administrativos praticados pelos diversos órgãos da Administração.

Acabam os autores, por conseguinte, reconhecendo que existe apenas preponderância da atuação por parte do órgão competente à emanção de determinada categoria de atos. De conseguinte, funções típicas e atípicas, no dizer de Alessi.

Naturalmente, ao legislar, o Estado estaria agindo sob a Constituição, mas, evidentemente, cabendo-lhe opções do que seja útil, adequado ao interesse público de determinado momento histórico.

A norma posta é sempre uma opção entre várias. À Administração e à Jurisdição só cabe a criação do direito individualizado, ou seja,

¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2006, p 33

de normas individuais, que, necessariamente, devem refletir a norma geral.

Sintetizando as conceituações trazidas à colação pode-se afirmar que a atividade administrativa ou função administrativa é exercida sempre com arrimo na lei, segundo a lei, com total subsunção a ela.

A Constituição Federal consagra expressamente a superioridade da lei (material e formal), nos artigos 5º - princípio da reserva legal, 37 - princípio da legalidade e 84 - poder regulamentar do Executivo, limitado a comandos infralegais.¹²

O princípio da legalidade consiste na obrigatoriedade de os atos administrativos serem praticados em consonância com as normas jurídicas vigentes, uma vez que tais atos estão condicionados quanto a sua existência, validade e eficácia ao enquadramento legal.

É neste diapasão que flui o entendimento de vários doutrinadores, dentre eles Helly Lopes Meirelles¹³, consoante transcrição a seguir:

A legalidade, como princípio de administração (Cf, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de

¹² Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"; "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:"; Art. 84, IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 2009, p. 89

praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Conforme Diogenes Gasparini¹⁴:

O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo o que a lei permite e tudo o que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei *autoriza* e, ainda assim, *quando* e *como* autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra quando irrompem inopinadamente).

José Cretella Júnior¹⁵:

Constitui o princípio da legalidade ou de ilegalidade uma *limitação do poder administrativo*, sendo, sob esse aspecto, um princípio *liberal*, um elemento de liberalismo no regime administrativo.

Chocam-se, nesse particular, dois interesses radicalmente opostos, que convém colocar em evidência: de um lado, a *liberdade de ação*, que deve caracterizar as atividades administrativas. De outro lado, as *maiores garantias para os administrados*, que precisam proteger-se contra os possíveis abusos da Administração.

Percebe-se que a legalidade nada mais é do que a relação entre as regras limitadoras e as atividades administrativas que aquelas pretendem limitar, cumprindo indagar, num estudo mais profundo,

¹⁴ GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo, 2009. p.7-8

¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo, 2000. p.8-9

quais são as regras limitadoras (*fontes da legalidade*), em que medida limitam a ação administrativa (*conteúdo da legalidade*), enfim, de que maneiras diversas os atos da Administração podem infringir a legalidade (*modalidade da ilegalidade*).

Não pode a Administração agir da maneira que lhe prouver uma vez que seus atos estão estritamente vinculados às determinações legais. Nesta esteira Renato Alessi¹⁶:

O princípio da legalidade - explica Renato Alessi - 'subordina a atividade administrativa ou executiva à função legislativa do Estado. Tal subordinação possui duplo sentido: negativo e positivo. No sentido negativo, quer significar que a atividade administrativa encontra limite formalmente insuperável na lei, a qual pode proibir determinada atividade tanto no que se refere à finalidade, quanto no que se refere aos meios e provas. No outro sentido - positivo - e, sobretudo nesse, a lei pode vincular positivamente a atividade administrativa, indicando-lhe determinada finalidade, ou determinados meios ou determinada forma. O princípio da necessária legalidade da atividade administrativa impõe à Administração o ônus dela fazer somente aquilo que a lei consente.

No exercício da função administrativa o agente público tem o dever de satisfazer o interesse público. Este é o substrato de toda a atividade do administrador.

Interesse público é aquele inerente a toda coletividade. É a síntese dos interesses de todos os cidadãos¹⁷. O interesse público que o

¹⁶ *Apud* BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Princípios de direito administrativo brasileiro, 2002, p. 90-91.

Estado tutela é aquele denominado pela Doutrina Italiana de interesse público primário, que é o definido pela Constituição e pelas leis e que

¹⁷ Nas palavras de Marçal Justen: “Para compreender os problemas produzidos pela concepção ora examinada, é necessário aprofundar o próprio conceito de interesse público. A doutrina costuma invocar o “interesse público”, mas sem definir a expressão nem apresentar um conceito mais preciso. Aliás, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR observou que ‘*interesse público*’ é um ‘*lugar comum*’, e que, justamente por isso, dispensa definição precisa, o que permite utilização mais eficiente – o que deve ser entendido não como vantagem, mas como sério defeito. Afinal, a indeterminação dos critérios de validade dos atos governamentais dificulta seu controle.

Não é fácil definir ‘*interesse público*’, inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado, o que afasta uma exatidão de conteúdo. Mas a função primordial atribuída ao interesse público exige contornos mais precisos.

Inicialmente, é possível uma conceituação negativa destinada a indicar aquilo que o interesse público **não** é, antes de tentar determinar aquilo que poderia ser.

O primeiro equívoco é confundir interesse público com interesse estatal, o que gera um raciocínio circular: o interesse é público porque atribuído ao Estado, e é atribuído ao Estado por ser público. Como decorrência, todo interesse público seria estatal, e todo interesse estatal seria público. Essa concepção é incompatível com a Constituição, e a maior evidência reside na existência de interesses públicos não estatais (o que envolve, em especial, o chamado *terceiro setor*, composto pelas organizações não governamentais).

Não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe **antes** do Estado.

Como se vê, essa concepção é indefensável, sendo incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Logo, o interesse é público não por ser de titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público.

O interesse público não consiste no ‘interesse do aparato estatal’. O Estado, como sujeito de direito, pode ter certas ‘conveniências’, de modo semelhante ao que ocorre com qualquer sujeito privado. Os exemplos clássicos são a ausência de pagamento pelo Estado de suas dívidas, o que representa um benefício material para os cofres públicos.

Também é necessário distinguir o interesse público do interesse privado do sujeito que exerce função administrativa. O exercício da função pública não pode ser afetado pelos interesses privados e egoísticos do agente público. Eles continuam a ser interesses privados, submetidos às regras comuns, que disciplinam a generalidade de interesses dos integrantes da comunidade. A propriedade privada não é alterada se o proprietário adquirir a condição de agente público. Logo, não se pode cogitar de um regime especial e diverso para tributação sobre bens de agentes públicos.

[...]

Ou seja, um interesse deixa de ser privado quando sua satisfação não possa ser objeto de alguma transigência. Recolocando o problema em outros termos, um interesse é público por ser indisponível, e não o inverso. Por isso, é incorreto afirmar que algum interesse, **por ser público**, é indisponível. Esse modo de enfrentar o problema é incorreto, já que o interesse somente é qualificado como público por ser indisponível. Portanto, a indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público **porque** é indisponível, **porque** não pode ser colocado em risco, **porque** sua natureza exige que seja realizado. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, 2008. p. 54-65.

pertence à sociedade como um todo, em contrapartida ao interesse público secundário, que é aquele inerente ao ente Estatal como pessoa, isto é, centro de direitos e deveres, e que somente será legitimado como autêntico se coincidir com o primário.¹⁸

Consoante Renato Alessi¹⁹:

O interesse público não é outra coisa senão o interesse coletivo primário, considerado como objeto de tutela direta da ação administrativa; enquanto o interesse da administração, instrumental que é, não representa senão um desses interesses secundários existentes no grupo social.

Outra vertente relativa ao exercício de função é que, como dito, o Administrador não é titular do interesse que lhe é posto sob a guarda, mas, sim, o povo. O Administrador Público exerce um *munus publico*.

O regime jurídico de Direito Administrativo tem por sustentáculo dois pilares: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade desses interesses.

¹⁸ GORDILLO, Augustin. *Tratado de derecho administrativo*, 2003, p. 194. “El interés público o bien común no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad indefinible e imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes – actuales y/o futuros – y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual de la comunidad. Por supuesto, hablamos de una mayoría de individuos, no de la totalidad de los miembros de la sociedad; debe tratarse de intereses coincidentes lato sensu, esto es, homogéneos.
(...)”

Además, el interés público no es el interés de la administración pública. Así, el juego es decididamente contrario al interés público y sin embargo, explotado por la administración (hipódromos, loterías, etc.) redundando claramente en beneficio de ésta; la venta de cigarrillos es una bonanza tributaria para el Estado – un aparente beneficio público -, aunque gasta mucho más de lo que allí recauda para atender todas las enfermedades que el cigarrillo crea, más lo que la sociedad pierde en tales enfermedades y muertes”.

¹⁹ ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, 1974. p.100.

O primeiro princípio estabelece que ante o confronto entre interesse do particular e interesse da coletividade (fixado como tal no sistema normativo vigente), prevalecerá o interesse público e o segundo reitera a ideia de subserviência do administrador à lei, que impõe-lhe o dever de agir visando satisfazer esse interesses.

O ordenamento jurídico é dotado de coerência lógica e sistêmica, outorgando ao administrador uma série de "poderes", que visam possibilitar o atendimento das finalidades legais e, *ipso jure*, dos interesses que são postos sob sua guarda.

Relembramos, neste momento, a definição de Estado acima exposta, onde há um elemento teleológico, que é justamente o fundamento do exercício da função administrativa.

Dessa forma, a ordem jurídica deve assegurar os meios adequados e suficientes para que o administrador realize concretamente os comandos normativos, colocando a sua disposição certos poderes que são instrumentais para a satisfação do interesse público. Há a atribuição de deveres e a correspondente viabilização dos poderes necessários para a consecução desses misteres.

Diante dessas circunstâncias, advém a afirmação doutrinária segundo a qual, na verdade, o exercício da função administrativa é qualificado pelo **dever-poder** de agir, uma vez que não se trata de faculdade instituída ao administrador, mas, antes de tudo, uma imposição legal.²⁰

²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José, Curso de direito administrativo, 2000 p.8. “Entre os *princípios informativos do direito administrativo*, podemos, num primeiro contato, apontar os seguintes: [...]

CAPÍTULO II

REGIME JURÍDICO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Dentre as várias atividades relativas ao exercício da função administrativa, destaca-se, para efeitos deste estudo, a atividade contratual exercida pelo Estado.

g) *Princípio do poder-dever*, assim enunciado: “A autoridade administrativa é obrigada a tomar toda e qualquer providência em prol do interesse público. Desse princípio é que decorre, por exemplo, a obrigatoriedade que tem a autoridade administrativa de denunciar as irregularidades de que teve ciência para que seja punido o funcionário que infringiu a norma legal ou regulamentar”.

MEIRELLES, Hely Lopes, 2009. p. 107-108 “O poder administrativo, portanto, é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público. Nessas condições, o *poder de agir* se converte no *dever de agir*. Assim, se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público é uma imposição, um *dever* para o agente que detém, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem sua atuação. Eis por que a Administração responde civilmente pelas omissões lesivas de seus agentes”.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, 2008. p. 88-97. “Embora o vocábulo **poder** dê a impressão de que se trata de **faculdade** da Administração, na realidade trata-se de **poder-dever**, já que é reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis. Todos eles encerram prerrogativas de autoridade, as quais, por isso mesmo, só podem ser exercidas nos limites da lei.”

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo, 2008. p. 97-99. “Convém reiterar, e agora com maior detença, considerações dantes feitas, para prevenir intelecção equivocada ou desabrida sobre o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na esfera administrativa. A saber: as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de ‘poderes’, *sic et simpliciter*. Na verdade o que nela se encontram são ‘deveres poderes’, como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de ‘função’.

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao *dever* de buscar, no *interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como *meios* impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir.

Segue-se que tais poderes são *instrumentais: servientes* do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, *deveres-poderes*. Não ‘poderes’, simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como ‘poderes-deveres’, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano.”

Os contratos são figuras jurídicas originárias do Direito Privado cuja essência fundamenta-se na autonomia de vontade das partes.²¹

No Direito Pátrio, há divergência doutrinária acerca do regime jurídico aplicável aos contratos firmados pela Administração Pública.²²

²¹ O contrato é uma instituição originária do Direito Romano. Seu significado deriva do latim clássico '*contractu*' (*contrae* + *actus* = trato com). Segundo Ulpiano '*duorum pluriumve in idem placitum consensus*' - contrato é mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto, tradução livre.

DINIZ, Maria Helena, 2006. p. 9. "Contrato é o acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinada a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial".

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da, 2002, p. 33. "Pode-se, portanto, definir o contrato como o acordo de vontades pelo qual as partes constituem, modificam ou extinguem relações jurídicas patrimoniais".

RODRIGUES, Silvio 2004. p. 9-10. "Por conseguinte, cada vez que a formação do negócio jurídico depender da conjugação de duas vontades, encontramos-nos na presença de um contrato, que é, pois, o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos".

BARROS MONTEIRO, Washington de 2000. p. 5. "De nossa parte, podemos conceituá-lo como o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito. Por essa definição, percebem-se, para logo, a natureza e a essência do contrato, que é um *ato jurídico* e que por isso reclama, para a sua validade, em consonância com o art. 82, do Código Civil, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei."

²² A síntese elaborada por Ricardo Marcondes Martins explica cabalmente a situação: "Efetuada algumas considerações sobre o contrato no direito privado, possível se torna passar ao exame dos chamados *contratos administrativos*. Sobre eles existem na doutrina brasileira *três posições*. A primeira baseia-se na doutrina tradicional francesa, a segunda, na doutrina tradicional alemã e a terceira, na doutrina formada mais recentemente sobre o tema. Pela primeira posição, a Administração pode firmar contratos regidos pelo direito público, denominados contratos administrativos, e contratos regidos pelo direito privado, denominados contratos de administração. Os contratos pertencem ao primeiro grupo por uma imposição legal, ou por conter cláusulas exorbitantes ou porque têm por objeto a prestação de um serviço público. Para a segunda corrente não existem contratos administrativos: ou a atividade da Administração submete-se ao direito privado e é possível a celebração de contratos ou não se submete ao direito privado e o que seriam contratos administrativos são atos unilaterais com contratos adjetos. Para a terceira corrente, existem contratos administrativos, mas não existem contratos da Administração, quer dizer, todos os contratos firmados pela Administração são regidos em maior ou menor medida pelo direito público. Hely Lopes Meirelles é partidário da primeira posição. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antônio Bandeira de Mello, da segunda. Carlos Ari Sundfeld e Lúcia Valle Figueiredo, da terceira.
[...]

A análise detalhada das doutrinas sobre os contratos administrativos foge ao escopo deste estudo. Por razões pragmáticas e epistemológicas trataremos de seu regime jurídico identificado pelas normas Constitucionais e infraconstitucionais.

O artigo 22, XXVII da Magna Carta fixa a competência privativa da União para estabelecer normas gerais em matéria de licitações e contratos.²³

Neste diapasão, o artigo primeiro da Lei 8.666/93 estabelece a finalidade desse diploma legal – fixar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Na sequência, o parágrafo único determina o âmbito de sua abrangência:

Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações

Sem embargo, diante do uso reiterado do signo, da *tradição linguística*, resta render-se, apesar da *ambiguidade*, à manutenção do signo 'contrato administrativo' e enfatizar: ele não se refere aos contratos privados, não se atrela à teoria dos contratos do direito privado, é tão somente um rótulo, uma denominação atribuída aos atos *administrativos bilaterais*. Buscou-se na teoria dos atos administrativos a solução para os vícios metodológicos apontados. Apresentou-se, então, o seguinte conceito: contrato administrativo é a denominação dada a todo ato administrativo bilateral, entendido como ato cujo conteúdo seja fruto da manifestação de dois entes, sendo ao menos um deles um ente administrativo. MARTINS, Ricardo Marcondes. In Revista eletrônica de direito do estado.

²³ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Parágrafo único, do artigo 2º da Lei 8.666/93, conceitua contratos como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”.

Por sua vez, o artigo 54, da mesma legislação, prescreve que “os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”.

A norma contida no artigo 62 estabelece:

Art. 62...

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

A Lei 8.666/93 fixa o regime jurídico de direito público aplicável aos contratos firmados pelos entes que exercem função

administrativa e admite contratos cujo **conteúdo** seja regido com prevalência deste regime e outros do direito privado. Mesmo na segunda hipótese, haverá o influxo das normas de direito público naquilo que for juridicamente possível e desde que não inviabilize por completo a contratação pretendida.

Os contratos administrativos apresentam características peculiares em face aos contratos firmados entre particulares, posto serem regidos pelo regime jurídico de Direito Público, onde há desnivelamento entre as partes em razão do sobredito princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade desses interesses pelo administrador.²⁴ Os doutrinadores costumam se referir à representação do vínculo mediante relação vertical entre as partes em contrapartida ao contrato particular representado por relação horizontal.

A doutrina francesa foi pioneira na conceituação desta espécie de avença identificando seu regime jurídico peculiar.²⁵

"Mas o regime jurídico dos contratos administrativos é fundamentalmente um regime autônomo. Veremos que ele obedece às regras do direito administrativo em geral, diferentes das de direito civil, por vezes em contradição com eles sobre os

²⁴ Não obstante a nomenclatura adotada e as divergências doutrinárias acerca do tema, não nos ocuparemos dos contratos cujo conteúdo seja regido pelo Direito Privado (contratos de administração), pois o exercício da competência sancionatória nessas espécies poderá ter tratamento diferenciado.

²⁵ Tradução livre de LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*, 1953, p. 413-436. "*Mais le régime juridique du contrat administratif est un régime foncièrement autonome. On verra qu'il obéit à des règles de droit administratif généralement différentes de celles du droit civil, quelquefois en contradiction flagrante avec celles-ci sur les points mêmes où ces règles paraissent, en droit civil, fondamentales. Tout ce particularisme de la théorie du contrat administratif est dominé et commandé par la notion et les exigences du service public dont les contrats administratifs ont pour but de permettre ou de faciliter le fonctionnement. Alors que les contrats entre particuliers mettent en présence des intérêts d'égale valeur, les contrats entre le service public et un particulier mettent en présence non pas comme on le dit parfois, des volontés inégales mais des intérêts inégaux, l'intérêt général devant primer les intérêts particuliers*".

mesmos pontos que as regras fundamentais aparecem em direito civil. Todo particularismo da teoria da administração de contratos é dominado e controlado pelo conceito e requisitos do serviço público, cujos contratos são para fins administrativos de permitir ou facilitar sua execução. Enquanto os contratos entre os indivíduos estão presentes interesses de igual valor, os contratos celebrados entre o serviço público e um particular não na presença como por vezes se diz, de vontades desiguais, mas desiguais os interesses, o interesse geral deve prevalecer sobre interesses particulares".

Das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶, tem-se o conceito de contratos administrativos:

É um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Para Diogenes Gasparini²⁷, o conceito de contrato administrativo é o infratranscrito:

É o ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizados pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 2008, p. 583-584.

²⁷ GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo, 2009, p.526.

Segundo Hely Lopes Meirelles²⁸:

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nesta qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

Marçal Justen Filho²⁹, assim se manifesta:

Prefere-se definir contrato administrativo, em sentido amplo, como o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.

É bem verdade que a doutrina sempre afirmou que a principal distinção entre contratos administrativos e os particulares residiria no fato de estes serem regidos pela máxima "*pacta sunt servanda*" e naqueles existiria a cláusula "*rebus sic stantibus*"³⁰.

Porém, com a edição do novo Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a garantia ao seu equilíbrio econômico-financeiro não é mais característica exclusiva dos contratos administrativos. Atualmente

²⁸ MEIRELLES Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 2009, p. 214.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, 2008 p. 324-327.

³⁰ A expressão designa a cláusula contratual que abranda ou mitiga a rigidez da cláusula *pacta sunt servanda*. Os romanos já se utilizavam deste dispositivo cuja frase na íntegra é atribuída a Bartolo "*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*"

também direciona as avenças regidas pelo direito privado, segundo regra prevista no Título V, Capítulo II, Seção IV.³¹

O fato é que essa discussão será finalizada nesta passagem, até porque, certamente, seria um tema para uma monografia e desgarraria do escopo deste trabalho.

Sucintamente, pode-se afirmar que a diferenciação decorre do próprio direito positivo e é feita em face da existência de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, isto é, aquelas que seriam derogatórias ou absolutamente incompatíveis com o regime jurídico de direito privado, mas que são indispensáveis para se assegurar o atendimento ao interesse público.³²

Sempre oportuna a lição de Lúcia Valle Figueiredo³³ acerca das características dos contratos administrativos:

Como síntese podemos afirmar que governam os contratos administrativos os seguintes princípios: 1) desnivelamento jurídico

³¹ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

³² Registre-se que esta afirmação não é unânime e encontra opositores de escol. Cita-se como exemplo a professora Lucia Valle Figueiredo onde: "Não diríamos, entretanto, endossando Francis-Paul Benoît, estarmos diante de cláusulas exorbitantes. Preferimos, de revés, afirmar estarmos diante de princípios informadores próprios, distintos do chamado Direito Comum. FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Extinção dos Contratos Administrativos, 1986, p. 21.

³³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle Extinção dos contratos administrativos. p. 21.

das partes, uma vez que o poder Público está sob a *relação de Administração*; 2) autonomia de vontade só no atinente à formação ou não do vínculo; 3) os contratos regem-se basicamente pela cláusula *rebus sic stantibus*, de onde a intangibilidade da equação econômico-financeira; 4) a Administração poderá instabilizar o vínculo (*ius variandi*) unilateralmente, a fim de atender à necessidade pública; 5) deverá aplicar as sanções pecuniárias ou a rescisão, conforme o caso; 6) fiscalização inarredável.

Os contratos administrativos são disciplinados pela Lei 8.666/93, em cujo artigo 58 há o estabelecimento do seu regime jurídico, *in litteris*:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Este dispositivo sintetiza todo arcabouço jurídico aplicável ao contrato administrativo, acrescida, como dito, a regra sobre a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro - principal garantia dos particulares contratados, estabelecida, inclusive, no texto da Lei Maior - artigo 37, XXI.³⁴

O objetivo deste trabalho, como já delineado, é analisar a atividade sancionadora da Administração, com fundamento na Lei 8.666/93. A aplicação de sanção e execução da penalidade imposta decorre diretamente do regime jurídico das contratações administrativas.

Há que se verificar se, e em que medida, o ordenamento jurídico outorga ao administrador a competência sancionatória em razão da extinção patológica³⁵ dos contratos administrativos, provocada pelo contratado ou em razão de outras irregularidades praticadas pelos particulares, consoante exposto oportunamente.

Vêm a lanço as palavras de Hely Lopes Meirelles³⁶:

A aplicação de penalidades contratuais é outra prerrogativa da Administração na execução de seus ajustes (art. 58, IV). Enquanto que nos contratos privados nenhuma parte pode impor diretamente penalidades à outra, nos contratos administrativos a própria Administração valora as infrações e aplica as sanções correspondentes. É prerrogativa correlata à do controle do contrato, pois inútil seria o acompanhamento da execução

³⁴ "Ressalvados os casos ... com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei..." No âmbito da Lei nº 8.666/93, destacam-se, sobre o assunto, os artigos 58, §1º e 65.

³⁵ A denominação extinção patológica foi utilizada, com muita felicidade pela Professora Lucia Valle Figueiredo, em sua obra *Extinção dos Contratos Administrativos*, 1986. Consoante a autora, são as hipóteses em que a extinção contratual for provocada.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e Contrato Administrativo*, 2002, p. 199-200.

contratual se, verificada a infração do contratado, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida. Tal poder é extensão da faculdade de autoexecutoriedade dos atos administrativos aos contratos públicos, como privilégio da Administração. Com base neste princípio, a Administração, quando contrata, fica sempre com a reserva implícita de aplicar as penalidades contratuais, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário, salvo para as cobranças resistidas pelo particular contratado.

O Direito é constituído de normas jurídicas. As normas são comandos imperativos, componentes de um ordenamento jurídico, que estabelecem regras de condutas³⁷. As transgressões aos comandos normativos ensejam sanção. Eis, pois, a característica marcante das normas jurídicas que as distingue das demais - a coercibilidade.

Kelsen, descrito por Rafael Munhoz de Mello³⁸, diz:

As normas de conduta possuem estrutura complexa, que pode ser dividida em dois elementos: a norma primária e a norma secundária. A norma primária prescreve uma conduta às pessoas que se enquadrem na situação de fato nela descrita; a secundária impõe uma consequência ao descumprimento da conduta devida, que é justamente a sanção.

Prossegue o citado autor³⁹:

³⁷ Valemo-nos da nomenclatura utilizada por Norberto Bobbio, segundo a qual o ordenamento jurídico é constituído por normas de conduta e normas de estrutura. As normas desta segunda espécie são desprovidas de sanção na medida em que estabelecem a organização e os fins do Estado. Estas normas teleológicas também são denominadas de normas programáticas.

³⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. Devido Processo Legal na Administração Pública, p. 146.

³⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. Devido Processo Legal na Administração Pública, p. 147.

Ambas - a norma primária e a secundária - contêm uma hipótese e um mandamento (se A é, deve ser B). Na norma primária, a hipótese descreve uma situação de fato e atribui a sua ocorrência uma consequência: a criação de uma relação jurídica, pela qual a uma pessoa é conferido um direito e a outra pessoa é imposto um dever jurídico, que deve ser observado (se uma pessoa vive em sociedade, não deve matar outras pessoas; se uma pessoa auferir renda, deve pagar o respectivo imposto). Na norma secundária, a hipótese também descreve uma situação de fato, qual seja, o descumprimento da conduta imposta pela norma primária, à qual é atribuída uma outra consequência: a aplicação de sanção (se uma pessoa deixa de recolher o imposto, deve ser aplicada pena de multa).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a norma jurídica tem como estrutura a hipótese ⁴⁰(previsão de determinada situação abstrata), o mandamento (comando - modal deôntico) e a sanção (consequência da inobservância mandamental).⁴¹

Não obstante a morfologia da norma jurídica resta possível pode-se concluir que a sanção é a consequência atribuída pelo ordenamento jurídico em decorrência da constatação de um ilícito. Este é a mola propulsora para o exercício da potestade sancionadora do Estado.

A ilicitude é uma figura do próprio Direito, está contida no sistema normativo. Não é a negativa do Direito, ao contrário, é a sua afirmação!

⁴⁰ A Doutrina Italiana alude a *fattispecie juridica*, como a situação que resulta de determinado concurso de eventos e circunstâncias aos quais o ordenamento jurídico atribui efeitos. A situação de fato idônea a produzir efeitos.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 2008, p. 912-913.

Parafraseando Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁴², "a norma jurídica brilha quando é violada".

Como dito, o ilícito é a conduta que contraria o mandamento normativo. O ilícito administrativo é aquele determinado pelo regime jurídico de Direito Administrativo, constatado no exercício da função administrativa e cuja aplicação de sanção é de competência exclusiva da autoridade administrativa.⁴³

Vejamos o conceito de sanção administrativa, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁴:

A sanção é providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria administração.

Sobre o tema manifesta-se Lucia Valle Figueiredo⁴⁵, cujas palavras merecem ser transcritas:

Deveras, a diferença fundamental entre as sanções administrativas e as penais está apenas na gravidade da infração. Enfatizamos que as sanções administrativas têm caráter repressivo, porém para infrações consideradas pelo legislador como potencialmente menos agressivas. O ilícito administrativo é

⁴² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica, p. 79.

⁴³ Foge ao objeto do nosso estudo a verificação dos pressupostos de existência do ilícito. Limitamo-nos, portanto, a fixar que, para a configuração do ilícito administrativo, é condição *sine qua non* a constatação do elemento subjetivo - dolo ou culpa. Não bastam a capacidade e a voluntariedade - aqui entendida como a livre e consciente eleição entre dois comportamentos possíveis.

⁴⁴ MELLO Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo, 2008, p. 798.

⁴⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo, 2008, p. 464.

punido, por isso mesmo, com sanções administrativas, e não com penas privativas de liberdade ou penas alternativas, como modernamente também se pode utilizar quando se tratar de sanções penais.

Segundo Roberto Munhoz de Mello⁴⁶:

A sanção administrativa, portanto, é a consequência jurídica atribuída pelo ordenamento jurídico a um ilícito, a ser imposta no exercício da função administrativa, se preciso através da utilização de força.

Heraldo Garcia Vitta⁴⁷ anotou:

Diante do exposto, podemos *conceituar* sanção administrativa: é a consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta

⁴⁶ MELLO, Roberto Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da legalidade, 2000, p. 144-146.

⁴⁷ VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo, 2003, p. 65-67:

“1 - Trata-se de consequência em virtude da prática de ilícito; portanto, decorre do descumprimento do mandamento da norma jurídica. Essa consequência é estipulada pela ordem normativa, por conta das normas estabelecidas pelo legislador;

2- somente será qualificada como ‘sanção administrativa’ a que possa ser imposta por autoridade administrativa, na função administrativa; ou por autoridade legislativa ou judiciária, quando exercem funções administrativas;

3- o Direito pode estipular a consequência desfavorável tanto ao infrator como ao responsável. Aquele é quem, efetivamente, contraria o mandamento da norma, realiza a conduta que é pressuposto da sanção; enquanto o responsável responde, sofre a consequência determinada na ordem legal, ainda que não tenha praticado a conduta ilícita;

4- a finalidade da sanção administrativa não é punir o sujeito infrator ou responsável. Tem por escopo desestimular as pessoas a cometerem futuras violações. A finalidade é preventiva.

Parece-nos que, desse modo, separamos o instituto *sanção administrativa* de quaisquer outros do ordenamento jurídico. Essas características são necessárias suficientes para distingui-las dos demais institutos do Direito”.

(comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica.

Júnior⁴⁸:
Calha a fiveleta as palavras de Edilson Pereira Nobre

Em sua multifária atividade, a Administração, muitas vezes, depara-se com a necessidade de impor aos administrados punições para assegurar a higidez da ordem pública, ou o eficaz funcionamento dos serviços que estão a seu cargo. Tal se verifica ora com relação a terceiros, quando se está ante o poder de polícia, ora com sujeitos que se encontram vinculados à entidade administrativa por vínculos hierárquicos (servidores) ou negociais (contratos administrativos). Não se esquecer ainda das penalidades aplicadas no campo da atividade vinculada de arrecadação de tributos, as quais, embora estudadas com maior relevo na província do Direito Tributário, seguem os nortes orientadores das demais sanções administrativas.

Seguindo as premissas estabelecidas, trataremos no capítulo seguinte das consequências do ilícito administrativo relativas à extinção patológica de contratos administrativos e demais hipóteses de aplicação da sanção de declaração de inidoneidade (Artigos 87, IV e 88).

Frise-se, antecipadamente, defendermos a tese segundo a qual a aplicação de sanção diante da constatação de uma conduta ilegal pelo particular não é faculdade do administrador. Uma vez apontado e demonstrado o ilícito e prejuízo de qualquer natureza ao interesse público o

⁴⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, Sanções administrativas e princípios de direito penal. 2000, p. 449-450.

administrador tem o dever-poder de penalizar, sob pena de omissão e prevaricação.⁴⁹

⁴⁹ Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

CAPÍTULO III DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

III.1 – Conceito

A interpretação de qualquer dispositivo legal inicia-se com a captura semântica das expressões que contém. Neste diapasão, inidoneidade significa:

Sf (in+idoneidade) Falta de idoneidade. *I.do.nei.da.de sf (lat idoneitate)* **1** Qualidade de idôneo. **2** Aptidão, capacidade, competência. *I. financeira, Dir:* qualidade de quem desfruta de crédito, pela disponibilidade de bens patrimoniais próprios. *I. moral, Dir:* conjunto de qualidades que distinguem o indivíduo, pela boa prática dos deveres e costumes, dignificando-o no conceito público.⁵⁰

O dicionarista jurídico De Plácido e Silva⁵¹ conceitua inidôneo como “ao contrário de idôneo, ou não idôneo, é aplicado no mesmo sentido de impróprio, inadequado ou contraindicado, para que possa cumprir certo objetivo ou resultado esperado.”.

Para Maria Helena Diniz⁵², inidôneo, na linguagem jurídica em geral é: a) que não é idôneo; b) incapaz; c) incompetente; d) ineficaz; e) o que não preenche certas condições ou requisitos.

A síntese dos conceitos de idoneidade se aplica integralmente às contratações públicas e licitações, pois se refere ao

⁵⁰ Disponível em <http://michaelis.uol.com.br>. Acesso em: 15 nov. 2009.

⁵¹ DE PLÁCIDO e SILVA, Vocabulário jurídico, 1974, p. 86.

⁵² DINIZ, Maria Helena, Dicionário jurídico, 1998, p. 843.

conjunto de qualidades e aptidões, capacitação e competência necessárias que os particulares devem demonstrar possuir no procedimento licitatório e manter integralmente no decorrer da execução do contrato. Além, é claro, do aspecto moral - a boa-fé.

A Lei 8.666/93 usou a denominação habilitação, para sintetizar o conjunto de características individuais que os licitantes devem demonstrar possuir e que tem por finalidade assegurar o cumprimento do contrato decorrente do certame. Existe uma fase do procedimento especialmente dedicada à análise da idoneidade dos licitantes, cujos termos principais constam dos artigos 27 a 31 do Estatuto das licitações.

Consoante os indigitados dispositivos a habilitação dos interessados, isto é, a verificação de sua idoneidade, limita-se à verificação da capacitação jurídica, técnica, econômico-financeira, fiscal e atendimento a preceitos constitucionais atinentes à utilização de mão de obra de menores.⁵³

É bem verdade que a habilitação analisa aspectos formais (documentos) referentes à vida pregressa da empresa licitante e, portanto, supõe a sua idoneidade para execução do objeto contratual. Neste diapasão, a efetiva constatação da idoneidade do particular será verificada com o total cumprimento das obrigações contratuais assumidas.

Interessante verificar que o Código de Contabilidade da União, o segundo diploma legal nacional, utilizou exatamente a expressão

⁵³ A regra referente a habilitação aplica-se *mutatis mutandis*, às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, na medida em que o legislador impôs ao administrador que justifique a razão da escolha do fornecedor ou executante – artigo 26, II, da Lei nº 8.666/93. A decisão deverá ser pautada com base nas premissas pessoais fixadas no artigos 27 a 31.

verificação da idoneidade dos concorrentes para designar o que hoje é denominado habilitação dos licitantes.⁵⁴

A fixação destas premissas torna-se relevante na medida em a declaração de inidoneidade significa a inaptidão jurídica, técnica ou econômico-fiscal ou atuação concreta, dolosa ou culposamente ou ainda de má-fé, desviada dos padrões idôneos que conduziram a empresa a firmar a contratação pública e que gerou prejuízo ao interesse público.

Este conceito servirá de base para a teoria que buscaremos construir ao final, de sorte que haverá seu aprofundamento nos próximos capítulos.

⁵⁴ O Decreto 4.536, de 28 de janeiro de 1922 – Código de Contabilidade da União ao estabelecer o procedimento das concorrências fixou: “Art. 51 (...) § 1º Verificada, em primeiro lugar, a idoneidade dos concorrentes, será escolhida, salvo outras razões de preferencia antecipadamente assignaladas no edital, a proposta mais barata, que não poderá exceder de 10% os preços correntes da praça.”. Prosseguia a referida legislação, no mesmo artigo 52, desta feita no parágrafo segundo: “§ 2º Aos concorrentes será lícito reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, mediante prova dos factos que allegarem.”. Novamente o Decreto previu para as contratações permanentes que: “Art. 52 (...). § 2º Julgada dentro de 10 dias a idoneidade do proponente, será ordenada a sua immediata inscrição si este se subordinar ás condições exigidas para o fornecimento.”. E, por último, a legislação fixou norma atinente a penalização por inadequação do pagamento feito pelo ordenador de despesa: “Art. 65 (...). § 2º Verificada a nullidade do pagamento, por falta de idoneidade legal da pessoa que houver recebido, ou inobservancia de formalidades regulamentares, os pagadores deverão entrar, dentro de oito dias, com a importancia indevidamente paga, sob pena de suspensão e mais medidas acautelatorias dos direitos da Fazenda Nacional.”.

III.2 - Histórico

A sanção de declaração de inidoneidade teve origem no ordenamento jurídico Pátrio através do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Este extenso diploma legal tratou de toda estruturação da administração pública federal e destinou título específico para disciplinar as licitações federais – Título XII – Artigos 125 a 144.

Com sua edição houve inovação jurídica ao estabelecer outras espécies de sanção administrativa aos contratados pela administração federal, além das multas, dispondo, *in litteris*:⁵⁵

Art. 136. Os fornecedores ou executantes de obras ou serviços estarão sujeitos às seguintes penalidades:

I - Multa, prevista nas condições de licitação.

II - Suspensão do direito de licitar, pelo prazo que a autoridade competente fixar, segundo a gradação que for estipulada em função da natureza da falta.

III - Declaração de inidoneidade para licitar na Administração Federal.

⁵⁵ Anteriormente ao Decreto-lei 200/67, regia a matéria o já citado Decreto 4.536, que não fixou penalidades, mas fez alusão à aplicação de multas no seu artigo 57, “Art. 57. A relevação de multas applicadas em virtude de lei ou de contractos celebrados com a administração publica depende de assentimento prévio do Tribunal de Contas.’. As normas do propalado Decreto-lei foram estendidas às demais entidades da Administração por força da Lei 5.456, de 20 de junho de 1968. Continuando na cronologia regressiva, o primeiro diploma legal nacional foi o Decreto 2.926, de 14 de maio de 1862, que prescrevia literalmente a possibilidade de aplicação de multas decorrentes de descumprimento contratual: “Art. 32. Nos contractos serão fixadas as multas em que incorrerem os arrematantes, quando faltarem ao cumprimento das obrigações que contrahirem. O proponente que preferido recusar assignar o contracto, pagará uma multa equivalente a 10% do valor da fiança; esta multa nunca será inferior a 100\$000.”.

Parágrafo único. A declaração de inidoneidade será publicada no órgão oficial. (grifamos)

Sucedendo o Decreto-lei 200, sobreveio o Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que manteve o mesmo espírito da legislação que vigia, porém detalhou um pouco mais a pena de declaração de inidoneidade e fixou prazo máximo para pena de suspensão – 2 anos.

Art 73. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a 2 anos.

IV - Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, enquanto perdurarem os motivos da punição.

(g.n.)

O Decreto-lei 2.348, de 24 de julho de 1987, alterou a disciplina da declaração de inidoneidade inserindo hipótese alternativa de cumprimento da pena e conseguinte reabilitação perante a autoridade administrativa que aplicará a sanção. Também trouxe importante evolução ao *caput* do artigo 73, consagrando o princípio do contraditório e ampla defesa, previamente às penalizações.

A redação dos dispositivos em comento restou da seguinte forma:

Art. 73. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Federal, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

Nota-se diante do escorso histórico que a sanção de declaração de inidoneidade é relativamente jovem, conta com 32 anos de vigência, o que torna o tema convidativo para análise no Direito Contemporâneo.

Atualmente as penas administrativas possíveis de serem aplicadas aos licitantes e contratados pela Administração Pública estão previstas no artigo 87, da Lei 8.666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Importante frisar que as normas que estabelecem sanção estão inseridas no conjunto das normas gerais, o que exclui a competência legislativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios, por força do disposto no artigo 22, XXVII, da Magna Carta.

A justificativa para afirmação é deveras simples. As regras da Lei 8.666/93, que impõe a obrigatoriedade do particular executar fielmente o contrato tem natureza geral. Aliás, o princípio do *pacta sunt servanda* é a gênese de todo o arcabouço do direito contratual, incluindo por óbvio e por disposição expressa no artigo 66, da Lei 8.666/93, os contratos firmados por entes da Administração Pública.

Na medida em que o artigo 87 trata das sanções para hipótese de inadimplemento contratual resta inegável que tais preceitos igualmente têm natureza geral. Ademais seria um contrassenso imenso admitir-se que Estados, Municípios e Distrito Federal pudessem prever penas diferenciadas, até porque, no caso da declaração de inidoneidade, os efeitos transcendem a figura do contratante. Diante dessa circunstância em face ao princípio da isonomia e da segurança jurídica não se vislumbra a hipótese de os Entes federativos criarem sanções diferentes das fixadas na Lei 8.666/93, destarte o rol ali constante é taxativo.

III.3 Direito Internacional

No Direito alienígena não encontramos expressão idêntica, mas alguns ordenamentos se utilizam de institutos semelhantes, consoante resenha a seguir apresentada.

No Direito Lusitano, o Decreto-lei nº 18/2008, de 29 de janeiro institui o Código dos Contratos Públicos (CCP), que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo, editado em consonância com as diretrizes da comunidade europeia, não prevê a figura da inidoneidade.

A citada legislação contempla a pena de **privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos**. No sistema jurídico português a pena é tratada como acessória à aplicação de multa. Segundo se depreende dos termos legais, há discricionariedade do órgão contratante para avaliar a gravidade da infração e a culpa do agente, como condições de aplicação da pena. E fixa o prazo máximo de dois anos para imposição da restrição.⁵⁶

Importante regra do ordenamento Português determina o impedimento de a pessoa singular ou coletiva, que sofrer a pena de

⁵⁶ “Artigo 460.º - Sanção acessória. 1 — Em simultâneo com a coima, pode ser aplicada ao infractor a sanção acessória de privação do direito de participar, como candidato, como concorrente ou como membro de agrupamento candidato ou concorrente, em qualquer procedimento adoptado para a formação de contratos públicos, quando a gravidade da infracção e a culpa do agente o justifiquem. 2 — A sanção acessória a que se refere o número anterior deve ser fixada segundo a gravidade da infracção e a culpa do agente e não pode, em caso algum, exceder dois anos.”.

privação, participar de qualquer procedimento de formação de contrato⁵⁷, promovido por qualquer entidade estatal submetida aos termos da legislação em comento.⁵⁸

A legislação da Espanha, recentemente revista em razão das disposições da comunidade europeia – Ley 30/2007, de 30 de octubre - DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. (BOE nº 261 de 31 de octubre de 2007) igualmente não prescreve a sanção de declaração de inidoneidade. O termo utilizado pela indigitada legislação é ***prohibición de contratar***.

⁵⁷ “Artigo 55.º - Impedimentos. Não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que: f) Tenham sido objecto de aplicação da sanção acessória prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 21.º do Decreto –lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, na alínea b) do n.º 1 do artigo 45.º da Lei 18/2003, de 11 de Junho, e no n.º 1 do artigo 460.º do presente Código, durante o período de inabilidade fixado na decisão condenatória;”.

⁵⁸ “Art. 2º - Entidades adjudicantes 1 — São entidades adjudicantes: a) O Estado; b) As Regiões Autónomas; c) As autarquias locais; d) Os institutos públicos; e) As fundações públicas, com excepção das previstas na Lei 62/2007, de 10 de Setembro; f) As associações públicas; g) As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas. 2 — São também entidades adjudicantes: a) Quaisquer pessoas colectivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada: i) Tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial; e ii) Sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades; b) Quaisquer pessoas colectivas que se encontrem na situação referida na alínea anterior relativamente a uma entidade que seja, ela própria, uma entidade adjudicante nos termos do disposto na mesma alínea; c) As associações de direito privado que prossigam finalidades a título principal de natureza científica e tecnológica, desde que sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas; d) As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas;”.

Em termos sintéticos, segundo os artigos 49 e 50, da indigitada legislação, a penalidade é ampla e abarca a quase totalidade das situações em que o particular comete qualquer ato ilícito com reflexo nas contratações públicas, consoante as hipóteses previstas na legislação espanhola. A sanção pode aplicar-se tanto a pessoas jurídicas quanto seus representantes legais. O prazo de duração da penalidade varia de 2 a 8 anos, dependendo da gravidade e consequência do ato praticado pelo particular. A priori, a penalidade é restrita ao órgão que constatou a irregularidade. Cabe, porém, ao Ministro de Economia e Fazenda estender seus efeitos aos demais órgãos. A legislação também impõe a obrigatoriedade do órgão que aplicou a pena notificar “*la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas*”, para providências de sua alçada.⁵⁹

⁵⁹ “Artículo 49. Prohibiciones de contratar.

1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a. Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo.

b. Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c. Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, o en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres; en la Ley 11/1997,

de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación

d. No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen.

e. Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 130.1.c o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 59.4 y en el artículo 305.

f. Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.

g. Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el incumplimiento a que se refiere el artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo.

2. Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas las siguientes:

a. Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una Administración Pública.

b. Haber infringido una prohibición para contratar con cualquiera de las Administraciones públicas.

c. Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

d. Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación definitiva del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el artículo 135.4 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.

e. Haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 102, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta Ley, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario.

3. Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas.

Artículo 50. Declaración de la concurrencia de prohibiciones de contratar y efectos.

1. Las prohibiciones de contratar contenidas en las letras b, d, f y g del apartado 1 del artículo anterior, y c de su apartado 2, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

La prohibición de contratar por la causa prevista en la letra a del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, siempre que la sentencia se pronuncie sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas. Cuando la sentencia no contenga pronunciamiento sobre la prohibición de contratar o su duración, la prohibición se apreciará directamente por los órganos de contratación, pero su alcance y duración deberán determinarse mediante procedimiento instruido de conformidad con lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo.

En los restantes supuestos previstos en el artículo anterior, la apreciación de la concurrencia de la prohibición de contratar requerirá la previa declaración de su existencia mediante procedimiento al efecto.

2. En los casos en que, conforme a lo señalado en el apartado anterior, sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de ésta se determinarán siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos. La duración de la prohibición no excederá de cinco años, con carácter general, o de ocho años en el caso de las prohibiciones que tengan por causa la existencia de una condena mediante sentencia firme. Sin embargo, las prohibiciones de contratar basadas en la causa prevista en la letra d del apartado 2 del artículo anterior subsistirán, en todo caso, durante un plazo de dos años, contados desde su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, y las impuestas por la causa prevista en la letra e) del mismo apartado no podrán exceder de un año de duración.

El procedimiento de declaración no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de tres años contados a partir de las siguientes fechas:

a. desde la firmeza de la resolución sancionadora, en el caso de la causa prevista en la letra c del apartado 1 del artículo anterior;

b. desde la fecha en que se hubieran facilitado los datos falsos o desde aquélla en que hubiera debido comunicarse la correspondiente información, en los casos previstos en la letra e) del apartado 1 del artículo anterior;

c. desde la fecha en que fuese firme la resolución del contrato, en el caso previsto en la letra a del apartado 2 del artículo anterior;

d. desde la fecha de formalización del contrato, en el caso previsto en la letra b del apartado 2 del artículo anterior;

e. en los casos previstos en la letra d del apartado 2 del artículo anterior, desde la fecha en que se hubiese procedido a la adjudicación provisional del contrato, si la causa es la retirada indebida de proposiciones o candidaturas; o desde la fecha en que hubiese debido procederse a la adjudicación definitiva, si la prohibición se fundamenta en el incumplimiento de lo establecido en el artículo 135.4.

En el caso de la letra a del apartado 1 del artículo anterior, el procedimiento, de ser necesario, no podrá iniciarse una vez transcurrido el plazo previsto para la prescripción de la correspondiente pena, y en el caso de la letra e del apartado 2, si hubiesen transcurrido más de tres meses desde que se produjo el incumplimiento.

3. La competencia para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar en el caso de la letra a del apartado 1 del artículo anterior, así como para declarar la prohibición de contratar en el supuesto contemplado en la letra c del mismo apartado corresponderá al

A legislação que mais se aproxima da nacional é a argentina.

O artigo 29, do “Decreto 1023/2001 con las modificaciones introducidas por los Decreto Nros. 666/2003 y 204/2004 y por la Ley 25.563, fixa o Régimen General. Contrataciones Públicas Electrónicas. Contrataciones de Bienes y Servicios. Obras Públicas. Disposiciones Finales y Transitorias. (Bs. As., 13/8/2001), prevê, *in litteris*:

Artículo 29. — PENALIDADES Y SANCIONES. Los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes penalidades y sanciones:

a) PENALIDADES.

Ministro de Economía y Hacienda, que dictará resolución a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. La prohibición así declarada impedirá contratar con cualquier órgano de contratación.

En el supuesto previsto en la letra e del apartado 1 del artículo anterior la declaración de la prohibición corresponderá a la Administración o entidad a la que se deba comunicar la correspondiente información; en los casos contemplados en las letras a, d y e del apartado 2, a la Administración contratante; y en el supuesto de la letra b de este mismo apartado, a la Administración que hubiese declarado la prohibición. En estos casos, la prohibición afectará a la contratación con la Administración o entidad del sector público competente para su declaración, sin perjuicio de que el Ministro de Economía y Hacienda, previa comunicación de aquéllas y con audiencia del empresario afectado, considerando el daño causado a los intereses públicos, pueda extender sus efectos a la contratación con cualquier órgano, ente, organismo o entidad del sector público.

4. La eficacia de las prohibiciones de contratar a que se refieren las letras c y e del apartado 1 del artículo anterior, así como la de las establecidas en su apartado 2, estará condicionada a su inscripción o constancia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda. Igualmente la eficacia de la resolución que determine el alcance y duración de la prohibición de contratar derivada de la causa prevista en la letra a del apartado 1 del artículo anterior estará condicionada a su inscripción.

5. A los efectos de la aplicación de este artículo, las autoridades y órganos competentes notificarán a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, las sanciones y resoluciones firmes recaídas en los procedimientos mencionados en el artículo anterior, así como la comisión de los hechos previstos en la letra e de su apartado 1 y en las letras b, d y e de su apartado 2, a fin de que se puedan instruir los expedientes previstos en este artículo o adoptarse las resoluciones que sean pertinentes y proceder, en su caso, a su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que sea procedente. Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado podrá recabar de estas autoridades y órganos cuantos datos y antecedentes sean precisos a los mismos efectos.”.

1. Pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato.

2. Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

3. Rescisión por su culpa.

b) SANCIONES. Sin perjuicio de las correspondientes penalidades los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes sanciones, en los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones:

1. Apercibimiento

2. Suspensión.

3. Inhabilitación.

A los efectos de la aplicación de las sanciones antes mencionadas, los organismos deberán remitir al Organo Rector copia fiel de los actos administrativos firmes mediante los cuales hubieren aplicado penalidades a los oferentes o cocontratantes.

O Decreto 436/2000, (Bs. As., 30/5/2000) cuyo conteúdo fixa “*Reglamento para la adquisicion, enajenacion y contratacion de bienes y servicios Del Estado Nacional*”, prescreve, nos artigos 144 a 148, as classes de sanções para hipóteses de revogação das licitações, rescisões contratuais e descumprimento da obrigação de prestar informações sobre preços praticados.

Com regramento muito semelhante ao nacional, os propalados artigos fixam escalonamento de sanções consoante sua gravidade e reincidência.⁶⁰

⁶⁰ “ARTICULO 144. — CLASES DE SANCIONES. Las revocaciones de adjudicaciones, las rescisiones contractuales y los incumplimientos de la obligación de suministrar información a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION de la PRESIDENCIA DE LA NACION a los efectos de determinar el Precio Testigo darán lugar, en los casos que se determinan en el presente Reglamento, a las siguientes sanciones:

a) Suspensión.

b) Inhabilitación.

Las sanciones serán aplicadas por la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES dependiente de la SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO de la SECRETARIA DE

O mesmo decreto, no artigo 136, estabelece que as pessoas suspensas ou inhabilitadas não poderão vir a contratar com a Administração Pública. Porém a legislação argentina é expressa no sentido de a penalidade não macular os contratos vigentes, gerando, portanto, efeito *ex nunc* como oportunamente será estudado.

Nota-se bastante semelhança entre as legislações estrangeiras trazidas à baila e a nacional. Um aspecto parece relevante referente à aplicabilidade nas normas sem a necessidade de regulamentação, servindo de paradigma para as conclusões que oportunamente serão lançadas no sentido da autoaplicabilidade e eficácia plena das normas do artigo 87, da Lei 8.666/93.

HACIENDA del MINISTERIO DE ECONOMIA y afectarán a la persona física o jurídica que hubiere incurrido en falta.

Una vez aplicada una sanción, ella no impedirá el cumplimiento de los contratos que el oferente o proveedor tuviere adjudicados o en curso de ejecución, pero no podrán adjudicársele nuevos contratos hasta la extinción de aquélla.

[...].

ARTICULO 146. — INHABILITACION. Serán inhabilitados para contratar:

a) El proveedor a quien se le hubiere aplicado DOS (2) sanciones de suspensión según lo previsto en el Artículo 145 inciso a) apartado II, dentro del plazo de CINCO (5) años contados a partir de la última suspensión aplicada.

b) El proveedor a quien se le hubiere aplicado DOS (2) sanciones de suspensión según lo previsto en los incisos b) y c) del Artículo 145 y se le hubiere rescindido un contrato dentro del plazo de CINCO (5) años contados a partir de la última suspensión aplicada.

c) El proveedor que hubiere cumplido la suspensión prevista en el apartado III del inciso b) del Artículo anterior, hasta que efectúe el depósito correspondiente a la multa o a la garantía perdida.

ARTICULO 147. — REHABILITACION DEL PROVEEDOR. Una vez transcurrido el plazo de CINCO (5) años desde la fecha de la inhabilitación, el proveedor quedará nuevamente habilitado para contratar con la ADMINISTRACION PUBLICA NACIONAL, salvo el supuesto del inciso b) del Artículo anterior. En este último caso, el plazo mencionado comenzará a contarse a partir del depósito correspondiente a la multa o a la garantía perdida.

ARTICULO 148. — COMPETENCIA TEMPORAL. No podrán imponerse sanciones de suspensión o inhabilitación después de transcurrido el plazo de TRES (3) años contados desde la fecha en que el acto a que diera lugar la aplicación de aquéllas quede firme en sede administrativa.”.

III.4 – Disciplina jurídica vigente

A questão que prepondera sobre análise dos dispositivos normativos atinentes à aplicação da pena de declaração de inidoneidade reside na análise da eficácia das normas que a instituem, especialmente o propalado artigo 87, da Lei 8.666/93.

Parte da Doutrina afirma haver mera previsão genérica de sujeição às sanções ali previstas, diante da inexecução parcial ou total do contrato ou, ainda, se a empresa tiver sofrido condenação definitiva pela prática, por meios dolosos, de fraude fiscal (Art. 88, I); se praticar atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação (Art. 88,II); se demonstrar não possuir idoneidade para contratar com a administração em razão de atos ilícitos praticados (Art. 88, III).

Alude à falta de arrimo legal suficientemente detalhado e minudente para aplicação da pena de declaração de inidoneidade. Esta situação, segundo os que a defendem, impediria o exercício da atividade sancionadora da administração com fundamento somente no artigo 87 acima mencionado.

Sobre o assunto explanou Celso Antônio Bandeira de Mello⁶¹:

Tais sanções são previstas no art. 87, III e IV da Lei 8.666. Como

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de direito administrativo, 2008, p. 569. O autor, em nota de rodapé, comenta que Marçal Justen Filho e Lúcia Valle Figueiredo também acompanham o raciocínio, negando a possibilidade de se aplicarem as sanções sem a rigorosa tipificação legal. Ressalva, entretanto, que ambos não aludem à possibilidade de se aplicarem tais sanções diante das hipóteses definidas legalmente como crimes.

a lei não efetuou prévia descrição das hipóteses em que cabem a suspensão do direito de licitar e o impedimento de contratar, nem aquelas em que caberia a declaração de inidoneidade, entendemos que tais sanções só poderão ser aplicadas no caso de comportamentos tipificados como crimes.

Sinteticamente pode-se concluir que a base da doutrina que sustenta a impossibilidade jurídica da imposição da pena de declaração de inidoneidade é a aplicação subsidiária de alguns institutos de direito penal, sobretudo o princípio da tipicidade.

O princípio da tipicidade consiste na necessidade de que os comportamentos reprováveis estejam objetiva e minuciosamente descritos por norma legal, atuando como garantia aos cidadãos para ciência das condutas admitidas ou não pelo ordenamento, prevendo de forma clara a conduta e a correspondente sanção.

Analisando o princípio da tipicidade, o penalista Julio Fabbrini Mirabete⁶²:

Como o Estado, através do ordenamento jurídico, quer sancionar com penas as condutas intoleráveis para a vida em comunidade, tutelando os bens jurídicos fundamentais, poderia fazê-lo com uma norma geral que permitisse a aplicação de sanções penais a todos aqueles que praticassem um fato profundamente lesivo a esses bens. Nessas condições os destinatários da norma não poderiam saber exatamente quais as condutas que estariam proibidas nem o juiz poderia saber quais penas deveria impor. Por isso, a lei deve especificar exatamente a matéria de suas proibições, os fatos que são proibidos sob a ameaça de sanção penal, ou seja, o que é

⁶² MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, 2007, p. 101 e 116.

considerado crime. Isso é através dos tipos penais.

[...]

Como último elemento do fato típico tem-se a tipicidade, que é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei.

O princípio da tipicidade encontra-se positivado em nosso ordenamento jurídico, no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal, *in verbis*: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

Conforme doutrina citada para o exercício da punibilidade administrativa seria condição *sine qua non* que a conduta, anteriormente a sua prática e mediante edição de lei, fosse tida como irregular, antijurídica e reprovável, estando claramente previstas também a consequência e punição para a sua realização.

Uma vez considerado o princípio da tipicidade (ou estrita legalidade) como valor absoluto, resultaria na impossibilidade de se aplicar sanções mais graves, de natureza administrativa salvo advertência e multa, aos contratados, com suporte no artigo 87, da Lei 8.666/93, pois tais normas seriam de *lege ferenda*.

Segundo texto já mencionado anteriormente, Celso Antônio Bandeira de Mello⁶³ adota postura um pouco mais flexível, ao afirmar ser possível a aplicação da declaração de inidoneidade para as hipóteses tipificadas como crime pelo legislador, portanto, diante da ocorrência dos fatos descritos nas normas contidas nos artigos 89 a 98, da Lei 8.666/93.

⁶³ MELLO, Celso Antônio, Bandeira de Mello. Curso de direito administrativo, 2008, p.569.

Em que pesem os argumentos mencionados, entendemos que, dada a circunstância de especial sujeição do particular contratado que, espontaneamente adere ao regime jurídico disciplinador das contratações públicas e constitui relação pessoal e direta com o Estado restará presente, por força da ordem jurídica, a **supremacia especial do Estado**.⁶⁴

Explica-nos o sentido da supremacia especial, Guido Zanobini⁶⁵, *apud* Vitta:

Por consequência, devem-se considerar relações especiais, que dão lugar ao exercício de poderes especiais de supremacia, não somente aqueles entre o Estado e quem faz parte de sua organização, após sua admissão, mas também aqueles entre o Estado e aqueles que venham a ele coligados estavelmente, de qualquer outro ato jurídico, capaz de operar aquela união estável. Típicos entre estes são os atos com os quais se confere a particulares o exercício de funções ou de serviços públicos: admissão ao exercício de certas profissões de interesse público (notários, procuradores, agentes de câmbio); concessão de serviço público (ferrovias, telefones, linha de navegação, exatorias); conferência de funções ligadas à administração da justiça (funções tutelares, falimentares etc.). Todos esses atos dão lugar, ao lado daqueles de admissão aos ofícios públicos, a outras tantas relações orgânicas, entre os particulares e a administração,

⁶⁴ Esta expressão é utilizada para diferenciar a espécie de relação entre Estado e indivíduo, da relação de sujeição geral decorrente do Poder de Império Estatal que atinge indiscriminadamente todos os indivíduos. No dizer de Heraldo Garcia Vitta: "Na denominada supremacia geral, em que a sujeição do particular não se atém a determinado liame, por intermédio do qual o indivíduo ingressa na intimidade da organização administrativa, o princípio da legalidade vige na sua mais ampla acepção; apenas a Lei, formal, editada pelo Legislativo, poderá estabelecer infrações e sanções administrativas." VITTA, Haroldo Garcia. A sanção no direito administrativo, 2003, p. 84.

⁶⁵ VITTA, Haroldo Garcia. A sanção no direito administrativo, 2003, p. 73/74.

das quais derivam, para esta, verdadeiros poderes especiais de supremacia e especiais deveres de obediência para aqueles.

Embasado na doutrina europeia, Celso Antonio Bandeira de Mello⁶⁶ explica a diferenciação entre supremacia geral e supremacia especial do Estado, *in verbis*:

De acordo com tal formulação doutrinária, que a doutrina brasileira praticamente ignora, a Administração, com base em sua supremacia geral, como regra não possui poderes para agir senão extraídos diretamente da lei. Diversamente, assistir-lhe-iam poderes outros, não sacáveis diretamente da lei, quando estivesse assentada em relação específica que os conferisse.

[...]

Além dos casos em que o administrado voluntariamente se inclui sob o estatuto das instituições cujo serviço demanda – o *volenti non fit injuria* a que se reporta Forsthoff – o certo é que, tanto no direito europeu, quanto em qualquer outra parte – inclusive, pois, no Brasil -, há uma pletera de situações a seguir mencionadas que revelam a necessidade de se reconhecer a figura da “supremacia especial.

A relação contratual enquadra-se naquelas de especial sujeição, dado que não há imposição legal ou da administração para seu estabelecimento e seu conteúdo transcende a regulação geral imposta a toda sociedade.

O particular, *sponte propria*, é que decide vir a contratar com a Administração. Neste caso específico a postura da Administração é passiva. Mediante procedimento licitatório é feito chamamento, geral e indeterminado ou mediante convite, com definição das regras do certame e do futuro contrato através de edital. Cabe exclusivamente ao particular acudir

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 2008, p. 817-820.

ou não ao chamamento. O vínculo ainda condiciona ao particular sagrar-se vencedor da licitação o que implica dizer que engendrou esforços visando constituir o vínculo contratual. O mesmo pode se dizer em relação às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas respectivamente nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, onde não há, em absoluto, imposição ao estabelecimento da relação jurídica entre o Estado e o particular.

Relação dessa natureza cria um vínculo específico entre a Administração e o particular, decorrente do regime jurídico estabelecido pela Lei 8.666/93, que consagra a existência de direitos e deveres recíprocos.

Há que se considerar que nos contratos administrativos, as diretrizes e exigências decorrem diretamente da Lei de Licitações, cabendo à Administração a fixação do objeto (cláusulas regulamentares e de serviços) e da oportunidade da contratação. O particular somente interfere com sua vontade ao decidir contratar e ao estabelecer o valor contratual. No mais, as partes sujeitam-se completamente à lei.

Nas relações onde há sujeição especial, é juridicamente possível o estabelecimento de sanções sem que haja dispositivo legal exposto e minudente para tanto, pois seria tarefa praticamente impossível o legislador prever as infinitas regras pormenorizadas em decorrência da dinâmica mutabilidade das circunstâncias fáticas. Tal exigência praticamente aniquilaria o exercício eficaz da atividade administrativa.

É possível argumentar-se haver conflito aparente entre o princípio da tipicidade e o da supremacia do interesse público sobre o

privado, concernente no exercício da competência sancionatória da Administração decorrente de inexecução contratual, ou infração a deveres legais pelo particular.

Como verificado anteriormente, cada um dos princípios em comento possui conteúdo semântico próprio, que não se confunde com os demais, sendo, portanto, passível de, ante o caso concreto, ocorrer choque entre eles, muito embora devam operar imbricados.

Diante dessa hipótese o aplicador do Direito deverá estabelecer qual princípio - e regras que o concretizam - terá aplicabilidade sob aquela especial circunstância fática.⁶⁷

A resposta a essa questão será dada através da técnica da ponderação ou balanceamento de valores e interesses envolvidos e caberá ao intérprete fixar, para aquela determinada situação fática, o princípio aplicável.

Não há qualquer regra predeterminada a esse fim, e o intérprete/aplicador, deverá analisar no caso em exame, qual princípio terá maior peso e, portanto, qual norma será aplicada, tendo em vista o bem jurídico que visa tutelar.

⁶⁷ O mais prudente e razoável nos contextos conflitivos é, em primeiro lugar, preservar a unidade sistemática da constituição e, além disso, sopesar as circunstâncias de cada situação concreta para definir, caso a caso, o interesse ou grupo de interesses que estejam a merecer a tutela constitucional, mediante a escolha do comando protetor melhor aplicável à espécie de que se trate. A técnica exegética da ponderação dos interesses em conflito, dado o grau de equilíbrio e sensatez na análise de confrontação entre princípios e normas constitucionais que enseja, granjeou a referência dos doutrinadores de expressão e a escolhida na jurisprudência das cortes com jurisdição constitucional. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na constituição de 1998, 2006, p. 73.

Em trabalho monográfico pioneiro, o professor Almiro do Couto e Silva delimitou algumas diretrizes para condução do aplicador, diante da hipótese de conflito entre princípios.

A ponderação de valores como forma de solucionar o conflito aparente de princípios foi reconhecida pelo ilustre jurista Almiro do Couto e Silva⁶⁸, que analisou o problema a partir da constatação de vício no ato administrativo e, portanto, ofensa ao princípio da legalidade que culminaria com a declaração de nulidade operando efeito *ex tunc*, em contraste com o princípio da segurança jurídica que justificaria a permanência do ato no mundo jurídico.

As conclusões expostas falam por si, motivo pelo qual serão reproduzidas, *in litteris*:

É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o **dever** (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjugação da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo decorrido.

A questão sob exame também pode ser deslindada através da utilização do método da ponderação.

⁶⁸ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). Revista eletrônica de direito do estado nº 2, abril/maio/junho de 2005.

Diante das hipóteses de exercício de competência sancionatória envolvendo relação de especial sujeição ou supremacia especial do Estado, o princípio da tipicidade cederá espaço ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Neste caso, o interesse público se consubstancia no exercício da competência sancionatória da Administração Pública em decorrência da prática de ilícito por particular ou em virtude da inexecução total ou parcial de contrato administrativo que tenha gerado prejuízo ao interesse público.

Rafael Munhoz de Mello⁶⁹, atenta ao fato de que nessas relações, via de regra, é impossível preestabelecer todas as circunstâncias ensejadoras da aplicação de sanção, *in verbis*:

No âmbito das relações de especial sujeição, a incidência do princípio da legalidade ocorre de modo particular, distinto do que se verifica na seara das relações de sujeição geral. Com efeito, nas relações de especial sujeição podem ocorrer situações em que seja impossível a determinação prévia de todas as obrigações que possam ser impostas aos particulares, ou ainda, tal determinação pode ser contrária ao interesse público. Em tais casos, e tão somente em tais casos, admite-se que a Administração Pública imponha obrigações aos particulares que não estejam previstas de modo minudente em lei formal anterior. Será sempre necessário, todavia, que haja uma lei prévia autorizando essa situação administrativa, ainda que através de cláusula geral.

⁶⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. Devido processo legal na administração pública. 2001, p. 182. p. 182.

Marçal Justen Filho⁷⁰ sustentava a necessidade de haver regulamentação legal ou administrativa visando normatizar as hipóteses de aplicação da pena de declaração de inidoneidade, como condição de eficácia do artigo 87, IV:

Até a 9ª edição desta obra, foi adotada orientação no sentido da necessidade de providência legislativa ou administrativa, destinada a evitar a incerteza sobre os pressupostos de aplicação das sanções previstas na Lei 8.666/93. Esse entendimento não tem merecido maior adesão, reputando-se que a natureza da responsabilidade administrativa seria incompatível com definições legislativas mais exatas. Ainda que se discorde desse entendimento, é inafastável que os parâmetros da ilicitude e da punição sejam predeterminados, ainda que por atos de cunho regulamentar ou contratual.

Em síntese, temos que o artigo 87 da Lei 8.666/93 é dotado de eficácia plena e que seria de bom alvitre que os contratos remetessem, quanto à aplicação de sanção a esse dispositivo, bem como estipulassem detalhadamente as obrigações da contratada, como determina o artigo 54, da mesma lei - que fixa as exigências necessárias aos contratos administrativos.⁷¹

Porém, mesmo que o contrato seja omissivo, entendemos ser possível a aplicação de todas as sanções estabelecidas no citado dispositivo, pelas razões já expostas e porque entendemos que a Lei 8.666/93, fornece todos os elementos necessários para declaração de inidoneidade, atendendo plenamente ao princípio da legalidade.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos, 2009 p. 854.

⁷¹ Vem a lançar a opinião do autor citado que discorda das conclusões aqui lançadas, entendendo que, mesmo havendo a situação de especial sujeição nas relações contratuais, a ausência de lei formal impede a aplicação do artigo 87, da Lei 8.666/93.

Vejamos:

Os contratos são regidos pela máxima milenar *pacta sunt servanda*. O artigo 66, da Lei 8.666/93, contém norma de idêntico conteúdo ao prever que “o contrato deverá ser fielmente executado pelas partes, de acordo com as normas desta lei, respondendo cada qual pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.

Isto significa que todas as obrigações legais e demais regras contratuais devem ser cumpridas em sua íntegra, exatamente como predeterminado, no tempo, lugar e forma fixados.

O inadimplemento surge quando faltar, no todo ou em parte, obrigação devida. Dependendo da falta, remeterá à inexecução total ou parcial do contrato.

A inexecução é considerada total quando inviabiliza por completo a fruição pela Administração do bem ou serviço.

Note-se que, mesmo que algumas etapas do objeto já tenham sido cumpridas, é possível ocorrer inexecução total do contrato.

Os seguintes exemplos aclaram a afirmação: empresa contratada para construir uma ponte por erro de cálculo não consegue interligar a cabeceira com o restante da estrada. Muito embora a obra tenha sido praticamente concluída, houve a inexecução total do contrato na medida em que causa prejuízo ao interesse público decorrente da ausência do equipamento como planejado e contratado. Empresa contratada para fazer vigilância de próprios municipais, decorrido metade do prazo contratual

admite ter errado em sua proposta e não suporta os ônus contratuais levando à rescisão.

O artigo 87 da Lei 8.666/93 prescreve as sanções aplicáveis aos contratados em decorrência de inexecução total ou parcial do contrato.

A penalização é uma decorrência das hipóteses de rescisão patológica da avença, desde que o particular atue com dolo ou culpa e que resulte prejuízo ao interesse público. Nessas circunstâncias o administrador tem o poder-dever de penalizar, portanto não se trata de faculdade, mas, sim, obrigação de agir.

A expressão extinção patológica do contrato, como já mencionado alhures, é utilizada por Lucia Valle Figueiredo⁷²:

Denominamos de patológica a modalidade de extinção que se versará por decorrer de fato – como já esclarecemos na extinção normal – de o objeto contratual não se completar por se ter interrompido bruscamente o contrato mercê da provocação de uma das partes, do controle do Judiciário, das Cortes de Contas ou do Congresso.

O artigo 79, da Lei 8.666/93, fixa as hipóteses de rescisão contratual, cujos termos permitimo-nos reproduzir:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

⁷² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Extinção dos contratos administrativos, 1986, p. 38.

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;

Ocorrendo quaisquer fatos previstos hipoteticamente nas normas da Lei 8.666/93, contidas no artigo, 78, incisos I a XII e XVIII⁷³ ou no artigo 81⁷⁴, o administrador poderá rescindir o contrato e deverá instaurar

⁷³ “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

- I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
- II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
- III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
- IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
- V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
- VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;
- VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;
- VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;
- IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
- X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
- XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;
- XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;
- XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.”

⁷⁴ “Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos licitantes convocados nos termos do art. 64, § 2º desta Lei, que não aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao prazo e preço.”

o competente processo investigatório para verificar se e em que medida o interesse público foi afetado.

Anote-se que não se trata somente de prejuízo econômico, mas de qualquer natureza suportado pela Administração, v.g. a falta de determinado produto, serviço não realizado a contento, a entrega defeituosa, não cumprimento dos prazos ou prescrições contratuais, inadequação dos meios técnicos utilizados, inobservância de normas técnicas, de conduta, de segurança em suma não atendimento às condições contratuais⁷⁵.

Por sua vez, o artigo 88, da Lei 8.666/93, igualmente prescreve toda a hipótese de incidência normativa ao estabelecer que as sanções de suspensão e declaração de inidoneidade também poderão ser aplicadas aos profissionais ou empresas que:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

⁷⁵ Recentemente, dois fatos ocorridos durante a execução de obras públicas se notabilizaram pela dimensão e pelo prejuízo que causaram, além da conseqüente repercussão. No dia 12/01/2007, acidente nas obras da Estação Pinheiros, linha 4 do metrô de São Paulo, na altura do número 7.500 da Avenida das Nações Unidas abriu grande cratera no local das obras. No dia 13/11/2009, ocorreu queda de três vigas da obra do trecho sul do Rodoanel sobre a pista sentido São Paulo da rodovia Régis Bittencourt na altura do km 279, em Embu (Grande São Paulo).

A primeira hipótese remete ao caráter acessório da penalidade administrativa diante do trânsito em julgado de decisão condenatória nas esferas cível ou criminal decorrente de atos praticados contra o fisco.

É bem verdade que o fisco dispõe de mecanismos próprios para impedir e punir caso perpetrados os atos atentatórios contra si. Ocorre que, em virtude da exigibilidade dos atos administrativos, o legislador fixou várias regras de natureza eminentemente tributária, nas licitações e contratações públicas, tendo assim mais um instrumento hábil para garantir o regular recolhimento tributário pelas empresas.

Há, ainda, um viés que não se pode deixar de considerar atinente à boa-fé do contribuinte licitante, pois aquele que fraudava o fisco demonstra cabalmente que, para si, os fins justificam todos e quaisquer meios e demonstra não ter idoneidade moral para relacionar-se contratualmente com a Administração Pública. Por fim, tal dispositivo visa à salvaguarda do princípio da isonomia, posto que, ou os valores praticados por esta empresa seriam menores que os praticados por todos que cumprem suas obrigações tributárias ou o lucro decorrente da elisão fiscal transcende as regras de mercado fixadas no edital e contrato, evidenciando concorrência desleal.

A segunda hipótese parece estar contida na terceira, posto que aquela prevê a pena de inidoneidade em decorrência da prática de qualquer ato ilícito pelo particular ao passo que esta fixa o âmbito de eficácia aos atos praticados com fim específico de fraudar licitações. Não obstante, lembrando as aulas do professor Celso Antonio Bandeira de Mello, onde evidencia que “as leis não contêm palavras mortas”, entendo que esta norma

visa a penalizar o particular que não sagrou-se vencedor da licitação, mas cometeu atos ilícitos no desenvolver do procedimento licitatório.

O objetivo da licitação é a escolha da melhor proposta e, *ipso jure*, do melhor contrato. Suponhamos que um determinado licitante altere o conteúdo de um atestado de capacidade técnica essencial para sua habilitação, vença o certame e execute de forma completa a avença, mas posteriormente venha a ser descoberta a artimanha. Nesse caso, os objetivos da licitação não foram frustrados; ao contrário, foram plenamente atendidos.

Por tais argumentos é que entendo que a norma contida no inciso II, do artigo 88, visa à salvaguarda do procedimento licitatório que não logrou êxito em decorrência de atitude antijurídica praticada pelo particular.

A terceira hipótese contém norma de baixíssima densidade semântica, pois estabelece a aplicação da pena de inidoneidade em decorrência de qualquer ato ilícito praticado pelo particular.

Considerando as premissas alhures fixadas, segundo as quais a inidoneidade equivale à perda das condições de habilitação, e considerando ainda que a lei fixa um dispositivo específico para fraudes praticadas no desenvolver do certame que não atinge a contratação, este dispositivo remete aos casos em que o contrato já se exauriu, não houve a rescisão prematura (patológica) da avença, mas, *a posteriori*, verificou-se a prática de ilegalidades, como exemplificado acima ao tratar do inciso anterior.

Este dispositivo ainda possibilita a aplicação da pena de inidoneidade ao particular recalcitrante, em razão da falta reiterada em diversas contratações devidamente constatadas e anotadas no cadastro de

fornecedores, segundo prescreve artigos 34, 36 § 2º, da Lei 8.666/93, que venham a questionar a idoneidade (condições de habilitação aliadas ao preceito moral – boa-fé!) da pessoa.⁷⁶

Anote-se que todas as hipóteses do artigo 88 exigem o dolo. Além disso, haverá maior rigorismo em sua aplicabilidade em virtude da relativização da relação de especial sujeição em face ao princípio da legalidade e tipicidade.

Sustentamos que o artigo 87, especialmente o inciso IV, é plenamente eficaz em razão de prever sanção decorrente da rescisão prematura do contrato e, portanto, sob o manto da relação de especial sujeição. Nas hipóteses do artigo 88 não há aperfeiçoamento desta situação ou ela já se exauriu, motivo pelo qual sua disciplina jurídica impõe aplicabilidade mais rigorosa que as normas previstas do artigo 87, inciso IV combinado com artigo 78 da Lei 8.666/93.

Dessa forma o princípio da legalidade restará plenamente atendido. A legislação estabelece as obrigações genéricas dos contratados artigo 66⁷⁷, da Lei 8.666/93, fixa as hipóteses de rescisão contratual – artigo 78 e as sanções administrativas aplicáveis – artigo 87. O mesmo se dá com as normas do artigo 88.

⁷⁶ “Art. 34. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.”. “Art. 36 § 2º A atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral.”

⁷⁷ “Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.”

Diante do caso concreto, caberá ao administrador avaliar se, em razão da rescisão contratual, o particular agiu com dolo ou culpa. Valemo-nos para identificar o elemento subjetivo do tipo, da definição proposta pelo Decreto-lei 2.848/40 - Código Penal – artigo 18 – dolosa é atuação quando o agente quiser o resultado ou assumir o risco de produzi-lo e culposa é atuação quando o agente der causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

A regra da necessidade de demonstração da culpabilidade advém também do Código Civil (Lei 10.406, de 10/01/02):

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Uma vez constatado o ilícito, exsurge, *ipso facto*, o exercício da competência sancionatória do Estado.

Neste diapasão entendemos haver escalonamento crescente das penas que vão da mais branda - advertência (artigo 87, I), até a pena capital - declaração de inidoneidade (artigo 87, IV), tendo como intermediária a suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração (artigo 87, III) e paralelamente, há a pena de multa que poderá ser aplicada cumulativamente com as demais ou independente, cabendo ao administrador, no caso concreto, verificar dentre esse rol, a solução adequada a satisfazer o interesse público.

Não há motivos lógicos ou jurídicos para rechaçar as conclusões expostas. A doutrina e jurisprudência aceitam unanimemente haver atribuição ao administrador de valorar e dosar a pena aplicada aos

agentes públicos, no exercício do poder-dever disciplinar da Administração, consoante expressamente contido no artigo 128, da Lei 8.112/90.⁷⁸

No indigitado texto legal há expresse reconhecimento da existência de graduação punitiva, que varia da advertência à demissão, tendo a suspensão como intermediária (além de cassação de aposentadoria e destituição de cargo em comissão e função comissionada).

Hely Lopes Meirelles⁷⁹ nos ensina:

Conforme a gravidade do fato a ser punido, a autoridade escolherá entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais bem reprima a falta cometida. Neste campo é que entra o discricionarismo disciplinar. Isto não significa, entretanto, que o superior hierárquico possa punir arbitrariamente, ou sem se ater a critérios jurídicos. Não é este o significado da discricionariedade disciplinar. O que se quer dizer é que a Administração pode e deve, atendo-se aos princípios gerais do Direito e às normas administrativas específicas do serviço, conceituar a falta cometida, escolher e graduar a pena disciplinar, em face dos dados concretos apurados pelos meios regulares - processo administrativo ou meios sumários -, conforme a maior ou menor gravidade da falta, ou a natureza da pena a ser aplicada.

Reforça a argumentação o fato de, em nossa perspectiva, ambas atividades administrativas - disciplinar e sancionatória contratual - serem de mesma natureza, constituindo relação de especial sujeição do Estado.

⁷⁸ Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.
Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 2009, p. 127-128.

Portanto, o artigo 87, da Lei 8.666/93, estabelece graduação punitiva ao contratado, variante de acordo com a extensão e dimensão do dano e da potencialidade ofensiva ao interesse público, cuja dosimetria deve ser feita pelo administrador, com fundamento nos princípios informadores de Direito Administrativo e demais leis regulamentares desta matéria, tendo em vista as circunstâncias de fato e a potencialidade do dano ao interesse público.

Também com fundamento no princípio da proporcionalidade, pode-se afirmar com total segurança que a declaração de inidoneidade somente será aplicada aos casos extremos, onde restar demonstrado o nexo causal entre a rescisão contratual e o prejuízo suportado pelo interesse público, sopesadas as circunstâncias fáticas e a real extensão do dano.

Evidencie-se que, através da motivação do ato, será possível constatar sua jurisdição.

Há inegável competência discricionária outorgada pelo legislador ao administrador para aplicar uma ou outra sanção dependendo da gravidade da conduta e sua potencialidade de dano ao interesse público e, neste diapasão, fixar a dosimetria da pena.

Pertinente traçar rápido esboço acerca da discricionariedade. Para tanto, valemo-nos das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁰, que assim a conceitua:

Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo, 2008, p. 963.

razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a solução vertente.

Já dissemos que o exercício da função administrativa tem por fundamento o princípio da legalidade que impõe ao administrador atuação *secundum legem*. Os atos administrativos, portanto, devem se subsumir às leis.

Via de regra, as leis não descrevem de maneira objetiva qual o comportamento, igualmente absoluta e objetivamente considerado, que o administrador deva ter ante o caso concreto visando a solução ótima para atender ao interesse público posto sob sua guarda.

Justifica-se a outorga pelo legislador da competência discricionária seja por reconhecer a situação 'privilegiada' do administrador ante o caso concreto para eleição da atitude que satisfaça o desiderato legal, seja em razão da impossibilidade material do legislador em prever todas as situações fáticas possíveis, seja em face da natureza genérica e abstrata das leis ou ainda ante a impossibilidade lógica de conter conceitos unissignificativos e plurissignificativos.

Em síntese, haverá discricionariedade nas hipóteses em que: 1) a norma não descrever a situação ensejadora da prática do ato administrativo, através de atualização do modal deôntico permitido; 2) quando a norma outorgar ao administrador a faculdade de agir ou de optar entre mais de um comportamento por ela enunciado; 3) a norma descrever

genericamente o objetivo legal ou utilizar-se de termos imprecisos ou conceitos vagos.

No decorrer da atividade interpretativa, o hermeneuta deslinda o núcleo significativo certo dos conceitos contidos na norma. Em suma, haverá sempre uma zona de certeza negativa, da qual não se duvida da inaplicabilidade do conceito, e uma positiva da qual sabe-se aplicável tal conceito. Poderá resultar um halo conceitual ou uma auréola marginal, vaga ou imprecisa.

O fato é que a discricionariedade tende a desaparecer uma vez exaurida a interpretação ou, dito de outra forma, subsistirá a competência discricionária se depois de concluído o procedimento interpretativo resultar mais de uma decisão igualmente justa (apta a satisfazer o interesse público), ou seja, diante do indiferente jurídico.

No caso do exercício da competência sancionadora em decorrência de inexecução contratual, exercida com fulcro no artigo 87 da Lei 8.666/93, entendemos que o legislador outorgou ao administrador a escolha pela decisão mais adequada, justa e legítima, diante do caso concreto, considerando o potencial lesivo da atuação ou omissão do particular e o grau e intensidade da ofensa ao interesse público. Reafirmamos que este artigo contém sanções que variam de intensidade desde a mais branda até a mais rígida e restritiva.⁸¹

⁸¹ Há que se ressaltar, como corolário do princípio do regime jurídico de direito público, a existência de infrações administrativas típicas (cuja hipótese e consequência estão exaustivamente descritas na norma aplicanda) e sanções atípicas (que, ao contrário, estão contidas em normas dotadas de menor densidade semântica). O reconhecimento de tais circunstâncias é imperioso dado que ao legislador é impossível prever todas as situações fáticas que possam gerar ofensa ao interesse público e, portanto, cabe ao administrador, como tutor deste mister, atuar ante o caso concreto, visando sua guarda.

A pena de inidoneidade é aplicável às circunstâncias fáticas que ocasionam gravames de considerada monta ou relevância. Aferir se tais situações são ou não gravosas ao ponto de ensejar a aplicação da pena capital é tarefa do administrador.

Como já fora dito em outra passagem, entendemos que a lei fornece todos os elementos necessários à prática do ato de declaração de inidoneidade com segurança. Em primeiro lugar, ter havido a rescisão contratual decorrente de inexecução por dolo ou culpa do contratado, segundo as hipóteses do artigo 78, da Lei 8.666/93. Em segundo lugar, verificar se e em que medida tal ato gerou prejuízo ao interesse público. Terceiro, caso haja conclusão de ofensa grave ou considerável, justifica-se a declaração de inidoneidade.

Ocorre que a discricionariedade encontrada a priori no arquétipo legal tende a ser eliminada no ato da aplicação da norma ao caso concreto, pois mesmo que os conceitos fluidos ou de menor densidade semântica possuam uma zona de certeza negativa – a infração não é grave, e também positiva – a infração é grave. Neste sentido através da hermenêutica jurídica, restará uma única solução justa.

No caso da penalização, exauridas a interpretação e subsunção, caberá ao administrador praticar o ato punitivo com estrita observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade tem origem no princípio do devido processo legal, em seu aspecto substantivo, na medida em que

impõem ao aplicador do Direito e ao próprio legislador a adequação entre meios e fins.⁸²

Consoante a doutrina, o princípio da razoabilidade traduz “a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração”.⁸³

A sempre elucidativa palavra de Celso A. Bandeira de Mello⁸⁴ arremata a questão acerca do princípio da razoabilidade:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga de competência exercida.

A proporcionalidade representa um *plus* em relação à razoabilidade, consoante ensinamentos de Lúcia Valle Figueiredo⁸⁵, para quem “resume-se o princípio da proporcionalidade na direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades administrativas. Vale dizer, só se sacrificam interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública”.

⁸² A partir do *substantive due process*, passou-se a admitir um controle, pelo Judiciário, dos atos do Poder Público, examinando-se sua razoabilidade (*reasonableness*) e sua racionalidade (*rationality*), tendo em vista a proteção dos direitos e liberdades individuais.

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 2008. p. 50.

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 2008. p.108.

⁸⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo, 2008, p. 51.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁶, o princípio da proporcionalidade está contido no princípio da razoabilidade. Celso A. Bandeira de Mello⁸⁷ afirma que o princípio da proporcionalidade é uma faceta da razoabilidade, um aspecto específico deste segundo princípio.

A Lei 9.784/99, aplicável subsidiariamente à Lei 8.666/93, expressamente indica a necessidade da observação nos processos administrativos de critérios de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público - Art. 2º, VI.

Impende alertar que atos de natureza sancionatória necessariamente necessitam ser motivados com a exposição clara das razões de fato e direito que conduziram à decisão. Também há que se explicitar a relação de causalidade, isto é, a adequação entre os pressupostos de fato que ensejaram a prática do ato e o ato em si, considerando a finalidade legal normativa em vista do qual a norma foi instituída.

Ainda há de ser observado o devido processo legal, consubstanciado nos princípios do contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes, além do rito procedimental adequado, haja vista tratar-se de ato restritivo de direitos.

Sempre oportuno lembrar os atributos dos atos administrativos: A presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e,

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 2008 p. 81.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 2008. p. 111.

em alguns casos, a executoriedade, **bem como resta inerente a esta categoria a ampla sindicabilidade pelo Poder Judiciário.**⁸⁸

⁸⁸ Seguimos a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem: A presunção de legitimidade é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conforme o Direito, até prova em contrário; Imperatividade é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância; Exigibilidade é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros, o cumprimento, a observância das obrigações que impôs; Executoriedade é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu. Curso de direito administrativo 2008, p. 413.

III.5 – Efeitos

Questão crucial referente à declaração de inidoneidade e que também é motivo de divergência doutrinária e jurisprudencial, reside no âmbito de abrangência da sanção e seus efeitos.

Impende verificar se a penalidade imposta por um determinado ente limita-se a sua estrutura ou produz efeitos a toda administração pública e ainda se a sanção contamina outros contratos vigentes.

Analisando-se os termos da Lei 8.666/93, poder-se-ia afirmar que a penalidade de declaração de inidoneidade aplicada por um ente da Administração geraria efeitos a todos os entes administrativos.

O Direito se expressa por uma linguagem, ou signos linguísticos. "Isto porque o direito tem uma linguagem, por ter um sentido comunicacional, uma vez que 'tem por condição de existência a de ser formulado numa linguagem, imposta pelo postulado da alteridade'. Por tal razão, procuramos estudar o direito enquanto necessita, para sua existência, da linguagem e não o inverso.⁸⁹

⁸⁹ Segundo ainda Maria Helena Diniz, (Compêndio de introdução à ciência do direito, 1997, p. 171) a ciência jurídica encontra na linguagem sua possibilidade de existir porque: "Não pode produzir seu objeto numa dimensão exterior à linguagem; Onde não há rigor científico não há ciência; Sua linguagem fala sobre algo que já é linguagem anteriormente a esta fala por ter por objeto as proposições normativas (prescritivas), que do ângulo linguístico são enunciados expressos na linguagem do legislador. O elemento linguístico entra em questão como instrumento de interpretação; se a linguagem geral for incompleta, deverá o jurista indicar os meios para completá-la, mediante o estudo dos mecanismos de integração; O elemento linguístico pode ser considerado como um instrumento de construção científica, visto que se a linguagem legal não é ordenada, o jurista deve reduzi-la a um sistema."

Ao interpretar o texto normativo, o exegeta deslinda-lhe sua linguagem (linguagem-objeto) e a ciência do Direito se ocupa do estudo das proposições normativas derivadas desta operação.

A primeira atividade do hermeneuta é buscar o significado dos termos empregados pelo legislador, ou seja, análise semântica.

Neste diapasão, o artigo 87, IV, em comento diz que a sanção a ser imposta é a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a **Administração Pública**.

A Lei 8.666/93, possui em seu artigo 6º, um glossário, ou melhor, uma definição vinculante dos termos empregados pelo legislador no decorrer do texto legal.

O *caput* deste artigo determina: "Para fins desta Lei, considera-se:". Ou seja, a interpretação do texto legal, para ser autêntica, verdadeira, deverá guindar-se pelos significados preestabelecidos.

O inciso XI, do citado artigo 6º, da Lei 8.666/93, está assim grafado:

Art. 6º [...]

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

Nota-se, *prima facie*, que a expressão utilizada pelo legislador estabelece um inarredável limite conceitual.

A mera interpretação literal não deixa dúvidas acerca da intenção do legislador ao determinar que "Administração Pública" alude à totalidade dos órgãos que exercem função administrativa.

Sobre a extensão da incidência da declaração de inidoneidade, anote-se as seguintes opiniões:

O legislador, por óbvio, quis dar uma abrangência maior para a declaração de inidoneidade, sendo lícito pensar que o contratado inidôneo assim o será perante qualquer órgão público do país. E aquele que for suspenso temporariamente será assim tratado perante os órgãos, entidades e unidades administrativas concernentes ao Poder Público que lhe aplicou uma sanção.⁹⁰

Compreendem-se os motivos e os efeitos da lei neste caso: a suspensão é menos grave que a declaração de inidoneidade, e por isso pôde ficar adstrita ao âmbito exclusivo da entidade que a aplicou. Diversamente, sendo a declaração de inidoneidade a pena administrativa mais grave que a lei prevê, natural que os seus efeitos se espriaiem por todas as entidades públicas, refugindo da circunscrição exclusiva daquela que a aplicou em virtude de sua intrínseca gravidade.⁹¹

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira, SANTOS, Márcia Walkíria Bastista dos. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*, Sanções administrativas. Suspensão temporária e declaração de inidoneidade. *Extensão*, 2000 p. 115 - 116.

⁹¹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Suspensão do direito de licitar. *Abrangência da penalidade*, BLC – *Boletim de Licitações e Contratos* – Nov.1999, p. 534.

A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública é a mais grave que pode ser imposta, com amplitude a todos os órgãos da Administração, não ficando, como no caso da suspensão temporária, restrita ao órgão onde ocorreu a irregularidade.⁹²

Resta demonstrado haver graduação das penas. E, neste diapasão evidentemente que a suspensão estabelecida no artigo 87, III, não poderia ter a mesma extensão e alcance que a declaração de inidoneidade (eficácia *erga omnes*) fixada no inciso IV, deste dispositivo.

O próprio estatuto das licitações tipifica conduta criminosa a admissão à licitação ou celebração de contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo. Fixa a pena de detenção de 6(seis) meses a 2 (dois) anos e multa – Art. 97, da Lei 8.666/93.

Outro aspecto a ser considerado sobre a eficácia do ato que declara o particular inidôneo refere-se à potencialidade de ele atingir contratos vigentes ou, de outra forma, somente impede contratações futuras.

Entendemos que *a priori* os contratos vigentes podem ser mantidos, cabendo ao particular apenas informar à Administração contratante sua condição.

Isso porque o ordenamento jurídico mediante norma Constitucional insculpida no artigo 5º, inciso XXXVI, impõe a blindagem do ato jurídico perfeito, inclusive contra nova disposição legal. Se a lei, como ato

⁹² CITADINI, Antônio Roque. Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas, 1997, p. 386 - 387.

de soberania, não pode invadir essa seara, com muito maior rigor o ato administrativo.

Porém, como dito, a declaração de inidoneidade é a pena capital aos contratados, não pode ser aplicada ao alvedrio do administrador, e deve pautar-se pelos princípios norteadores da atividade administrativa em especial da proporcionalidade e razoabilidade e presume-se que efetivamente o particular tenha dado causa a ela e todos os preceitos norteadores da atividade sancionadora da administração tenham sido respeitados.

Considerada a gravidade da penalidade, a administração contratante, ao deparar com particular declarado inidôneo, dependendo dos motivos ensejadores da sanção, poderá rescindir a avença, obedecidos os ritos legais e procedimentais para tanto.⁹³ Note-se que, nesta situação, não surge a obrigatoriedade da rescisão do contrato, mas a faculdade, cabendo ao administrador avaliar no caso concreto se a manutenção coloca em risco o interesse público.

Há que se esclarecer que o artigo 97 da Lei 8.666/93 tipifica como criminosa a celebração de contrato ou admissão em licitação com particular declarado inidôneo; fica igualmente proibido ao particular que tenha sido apenado, participar de licitação ou firme contratação nesta circunstância. A pena é de detenção e varia de seis meses a dois anos e multa.

⁹³ Os Tribunais de Contas publicam frequentemente o rol das empresas declaradas inidôneas, pois, dentre os documentos de envio obrigatório a tais casas de controle, estão os processos de penalização com penas de suspensão e declaração de inidoneidade e figuras afins.

Importante frisar que as conclusões aqui expostas referem-se exclusivamente à declaração de inidoneidade feita por ente da Administração Pública decorrente de inexecução contratual. Veremos oportunamente⁹⁴ que há sanção semelhante tipificada na Lei 8.429/92 – Lei das improbidades, cujos efeitos podem ser diferentes.

A jurisprudência também oscila entre as duas vertentes.

Algumas vezes o Superior Tribunal de Justiça assegura a incomunicabilidade da penalização aos demais contratos vigentes. Interessante o teor dos arestos, motivo pelo qual permitimo-nos transcrevê-lo na íntegra.

A declaração de inidoneidade só produz efeitos para o futuro (*ex nunc*). Ela não interfere nos contratos preexistentes e em andamento. Dessa forma, esse efeito da sanção inibe a sociedade empresarial de licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87 da Lei 8.666/1993), sem, contudo, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados diante de órgãos administrativos não vinculados à autoridade coatora ou de outros entes da Federação. Contudo, a falta de efeito rescisório automático não inibe a Administração de promover medidas administrativas específicas tendentes a rescindir os contratos nos casos autorizados, observadas as formalidades contidas nos arts. de 77 a 80 da referida lei. Precedente citado: MS 13.101-DF, DJe 9/12/2008. MS 14.002-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 28/10/2009. STJ.

Processo MS 13964 / DF2008/0250430-0 Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI Órgão Julgador PRIMEIRA SEÇÃO Data do

⁹⁴ O assunto será tratado no item III.8 – Figuras Semelhantes.

Julgamento 13/05/2009 DJe 25/05/2009. administrativo. declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública. vícios formais do processo administrativo. inexistência. efeitos ex nunc da declaração de inidoneidade.

[...]

2. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade 'só produz efeito para o futuro (efeito *ex nunc*), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento' (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de 'licitar ou contratar com a Administração Pública' (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

3. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pela impetrante.

4. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a segurança, restando prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os srs. ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator. Compareceu à sessão o Dr. Lourenço Paiva Gabina, pelo impetrado."

Em outros momentos, decisão proferida no mesmo Superior Tribunal de Justiça decide de modo contrário:

Processual civil e Administrativo. Reclamação. Agravo Regimental. Declaração de inidoneidade declarada por Ministro de Estado analisada pelo STJ em Mandado de Segurança originário. Acolhimento da declaração na esfera do Distrito Federal por Decreto do Governador. Autoridade que não participou do polo passivo da ação cuja decisão se busca garantir o cumprimento. Não cabimento da Reclamação. Precedentes da Primeira Seção. Agravo Regimental não provido.

1. Reclamação ajuizada para garantir a autoridade de decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça (MS 13.041/DF e 13.101/DF) em face de atos praticados pelo Governo do Distrito Federal (Decreto n. 28.310/2007) e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios, em sede de Agravo de Instrumento.

2. Hipótese em que o Governador do Distrito Federal, levando em consideração decisão proferida pelo Ministro de Estado de Controle e Transparência no Processo Administrativo 130.020.328/2007-37, editou decreto (Decreto 28.310, de 27 de setembro de 2007) pelo qual declarou a inidoneidade da Construtora Gautama Ltda. para contratar com a Administração local, bem como anulou pacto já firmado (em andamento).

[...]

6. Não obstante o Governador tenha adotado as mesmas conclusões do Ministro de Estado do Controle e da Transparência, somente a partir da expedição do decreto do chefe do Poder Executivo local é que os efeitos de declaração de inidoneidade passaram a reverberar no âmbito do Distrito Federal.

8. Agravo regimental não provido.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do

Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencida a Sra. Ministra Eliana Calmon, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão AgRg na Rcl 3042 / DF AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 2008/0250537-0 Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES PRIMEIRA SEÇÃO11/02/2009.

Não obstante a pertinência da discussão o fato é que a atual disciplina dos efeitos da declaração de inidoneidade e da suspensão dos direitos de contratar e licitar podem estar com seus dias contados.⁹⁵

Tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 7.709-A de 2007, que visa alterar dispositivos da Lei 8.666.

Consta da proposta alteração do artigo 87, incluindo §§ 4º e 5º, *in litteris*:

Art. 87. ...

§ 4º As sanções previstas nos incisos III e IV do *caput* deste artigo aplicam-se também aos proprietários e aos diretores das pessoas jurídicas de direito privado contratadas quando praticarem atos com excesso de poder, abuso de direito ou infração a lei, contrato social ou estatutos, bem como na dissolução irregular da sociedade.

⁹⁵ O projeto tramita há mais de dois anos. Já passou pelo Senado Federal e aguarda envio ao Plenário para deliberação pela Câmara dos Deputados. É impossível prever prazo para a conclusão do projeto legislativo. Temos exemplos recentes de projetos que tramitaram por mais de dez anos, como o novo código civil. Portanto, hoje, ao concluir este trabalho a situação jurídica é a relatada, amanhã quem saberá?

§ 5º A aplicação das sanções previstas neste artigo não implica automática rescisão de contratos vigentes com a Administração, que poderão ser mantidos, quando presentes indispensáveis razões de interesse público, pelos prazos necessários, devidamente justificados.(NR)

A mudança legislativa prevê também a inclusão de outro documento para fins de habilitação, inserido do artigo que trata da capacidade jurídica do licitante.

Art. 28 [...]

VI - declaração do licitante, por si e por seus proprietários e diretores, de que não está incurso nas sanções previstas nos incisos III e IV do *caput* do art. 87 desta Lei.

§ 1º Não poderá licitar nem contratar com a Administração Pública pessoa jurídica cujos proprietários e diretores, inclusive quando provenientes de outra pessoa jurídica, tenham sido punidos na forma do § 4º do art. 87 desta Lei, nos limites das sanções dos incisos III e IV do *caput* do mesmo artigo, enquanto perdurar a sanção.

§ 2º O impedimento de que trata o § 1º deste artigo será também aplicado ao licitante que esteja manifestamente atuando em substituição a outra pessoa jurídica com o intuito de burlar a efetividade das sanções previstas nos incisos III e IV do *caput* do art. 87 desta Lei, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.(NR).

Quando houver a conclusão do projeto e sanção presidencial e, portanto, vigência e eficácia da novel disciplina, consequência importantíssima, pois restará positivada a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa diante de

excessos cometidos pelos dirigentes no exercício de atividades empresariais.⁹⁶

⁹⁶ As pessoas jurídicas não se confundem com as pessoas naturais que as compõem. O ordenamento jurídico pátrio consagra a teoria da empresa, admitindo-a como pessoa (centro de direitos e deveres) tal como a pessoa natural ou física. O art.45 do Código Civil estabelece a constituição da personalidade a partir do registro.

O fato é que, sob a proteção desta estrutura jurídica, os seus componentes passaram a cometer toda espécie de desmandos e atos antijurídicos, ficando, *a priori*, sem responsabilização.

Em 1896, na Inglaterra, nasceu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica com o nome de *disregard of the legal entity* ou *disregard doctrine*, em razão do caso *Salomon x Salomon Company*.

A jurisprudência norte-americana adotou-a e lá batizou-a como *disregard of legal entity* ou *lifting the corporate veil*, respectivamente, *desconsideração da personalidade jurídica* ou *levantamento do véu da personalidade jurídica*.

No Brasil, dada a ausência de legislação específica, os tribunais aplicavam-na, por analogia, à norma do art. 135 do Código Tributário Nacional, que responsabiliza pessoalmente os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado por créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

A legislação trabalhista admite-a em face de outras pessoas jurídicas, como são as hipóteses previstas no art. 2º, § 2º, da CLT que trata do grupo econômico de empresas e da Lei do Rural que trata do grupo de empresas rural, como também nas hipóteses dos artigos 9º, 10º e 448, todos da CLT.

A positivação efetiva da teoria no Ordenamento Pátrio adveio com a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990 – Lei 8.078, cujo artigo 28, prescreve: "O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração".

O Código Civil vigente – Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, contempla expressamente essa teoria: "art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Há duas correntes sobre sua aplicabilidade. A primeira que sustenta não bastar o abuso e desvio de finalidade, exige o *animus*, ou seja, o dolo do agente – corrente subjetiva. Para a segunda corrente, denominada objetiva, basta provar o abuso. A jurisprudência nacional vem valendo-se da segunda teoria, embora persista divergência doutrinária a respeito.

Atualmente, a Lei 8.666/93 é omissa quanto à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Há um indicativo da preocupação do legislador quanto à estrutura empresarial do licitante ou contratado pela Administração Pública e as pessoas naturais (serem humanos) que a compõe.

O artigo 9º veda a participação na licitação ou na execução do contrato daquele que elaborou o projeto básico que os delineou. A vedação vale tanto para pessoas jurídicas ou físicas (naturais), incluindo sócios, gerentes, acionistas ou detentores de maioria de capital votante ou controlador, responsável técnico ou subcontratado ou que tenha qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista. A participação dessas pessoas limita-se às funções de consultoria, fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

Na verdade, não se trata de punição àqueles que se utilizam da pessoa jurídica para acobertar fraudes ou buscam o manto protetor desta estrutura para blindar atos inescrupulosos, imorais e antijurídicos. No caso, é a preservação da competitividade, além de isonomia e proteção ao sigilo das propostas. Como dito, trata-se de um indicativo do legislador de que os seres humanos componentes da estrutura empresarial se submetem às mesmas regras a estas impostas e seu comportamento individual é relevante.

O fato é que mesmo na ausência de regra específica na Lei de Licitações, é pacífica aplicabilidade subsidiária aos contratos administrativos, do Código de Defesa do Consumidor, e evidente que a edição do novo Código Civil sedimentou esta possibilidade.

A Doutrina e Jurisprudência admitem a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica administrativamente quando houver indícios de fraude ou atos que assim justifiquem. Tal prática resulta da interpretação analógica do disposto no artigo 28 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, cujas normas se aplicam às relações contratuais (consumo) administrativas. Recentemente, o dispositivo referente às relações de consumo foi ampliado por força do disposto no artigo 50, da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil. Neste sentido o acórdão RO em MS nº 15.156/BA, sª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator, Ministro Carlos Meira – DJ 08.09.2003.

Outras leis tratam da teoria em matérias específicas a) Lei 4.137/62 (repressão ao abuso do poder econômico), que determina a responsabilidade dos diretores e gerentes da pessoa jurídica que praticarem ilícitos previstos na lei (art. 6º); b) Lei 4.729/65 (Lei da sonegação fiscal), que imputa a responsabilidade penal a todos os que, ligados à pessoa jurídica, tenham praticado ou concorrido à prática de sonegação fiscal; c) D. 22.626/33 (Lei da usura), que dispõe serem responsáveis os representantes das pessoas jurídicas que incidirem na prática do delito de usura; d) Lei 5.172/66, que dispõe sobre a responsabilidade dos diretores, gerentes e representantes das pessoas jurídicas pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração da lei ou contrato. Social; e) Lei 9.605/98, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

A extensão dos efeitos da pena de inidoneidade aos dirigentes empresariais não é novidade. A companhia Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A – mediante manual de procedimentos contratuais, há muito se utiliza da desconsideração da personalidade jurídica quando da aplicação de penalidades aos contratados.

A empresa possui regulamento de procedimento licitatório simplificado, editado por meio do Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, com fundamento no artigo 67, da Lei 9.478, de 06/08/1997.

O citado regulamento estabelece as sanções decorrentes da inexecução parcial ou total do contrato:

7.3 A inexecução total ou parcial do contrato poderá ensejar a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei, além da aplicação ao contratado das seguintes sanções:

- a) advertência;
- b) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a PETROBRAS, por prazo não superior a dois anos;
- d) proibição de participar de licitação na PETROBRAS, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a pena.

Consta, ainda, do propalado Decreto, nas disposições finais e transitórias, a possibilidade de complementação da disciplina estabelecida pelo regulamento quanto aos aspectos operacionais, por ato da

diretoria executiva da Petrobras, previamente publicado na imprensa oficial, inclusive quanto à fixação das multas previstas no Decreto – item 10.1.

Por sua vez o manual de procedimentos contratuais, estabelece no item 9.1, *in litteris*:

9.1 - SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

9.1.1 - A Petrobras poderá aplicar sanções administrativas às empresas que com ela negociem, desde que os atos praticados signifiquem caracterização de ato ilícito ou de atos prejudiciais àquela.

9.1.2 - De acordo com a gravidade do ato praticado caberá a aplicação das seguintes sanções:

- a) advertência;
- b) multa;
- c) suspensão de contratação, suspensão na participação em licitações e suspensão e impedimento de inscrição cadastral;
- d) inidoneidade para contratar.

9.1.2.1 - As sanções aplicadas estender-se-ão aos sócios das empresas sancionadas. (grifamos)

Com relação aos efeitos da declaração de inidoneidade o manual de procedimentos fixou como regra sua extensão a todo sistema Petrobras, porém facultou a manutenção dos demais contratos de empresa que tenha sido declarada inidônea, mediante a prestação de caução suplementar.⁹⁷

Em suma, entendemos que, atualmente, os efeitos da declaração de inidoneidade irradiam a partir do ilícito que a deu causa. Portanto, opera efeitos *ex tunc*, assim como produz efeitos *erga omnes*, contaminando as demais contratações em vigor, mesmo que firmadas com outros entes, em razão da perda da(s) condição(ões) de habilitação.

⁹⁷ Itens do Manual de procedimento de contratações da Petrobras.

9.1.2.4.1.1 - A aplicação da penalidade estende-se a todo o sistema Petrobras.

9.1.2.4.1.2 - A penalidade pode, além do advento do termo de duração, ser condicionada ao implemento de condutas pertinentes à razão de aplicação da sanção, tais como reparo aos danos causados.

9.1.2.4.2 - A sanção de inidoneidade importará, durante sua vigência, na impossibilidade de contratar com o Sistema Petrobras, impossibilidade de requerer cadastramento ou cancelamento de registro cadastral, se existente.

9.1.2.4.2.1 - A inidoneidade importa na faculdade para Petrobras em rescindir contratos acaso vigentes com a sancionada, ou mantê-los vigentes, de forma condicionada à apresentação de garantia, na modalidade por ela determinada, proporcional ao prazo restante da contratação e sem que a garantia impacte no preço contratual.

III.6 – Competência para declarar

Outro aspecto de fundamental importância é identificar a competência para expedir a declaração de inidoneidade.

Inicialmente resta claro que a entidade contratante é competente para aplicar as sanções decorrentes da inadimplência contratual.

A Lei 8.666/93, determinou as pessoas competentes para tanto. Ao nosso modo de ver, extrapolou o limite das normas gerais que lhe são exclusivos, pois interferiu diretamente na autonomia organizacional e política dos demais entes.⁹⁸

O artigo 71, VIII, da Constituição Federal, ampliou a competência dos Tribunais de Contas, outorgando-lhes o poder (dever) de aplicar aos interessados sanções legalmente previstas:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

⁹⁸ Art. 87 [...]

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

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;

O dispositivo não suscita maiores dúvidas, sendo inclusive pacificada jurisprudência neste sentido.⁹⁹

⁹⁹ “Não é possível, efetivamente, entender que as decisões das Cortes de Contas, no exercício de sua competência constitucional, não possuam teor de coercibilidade. Possibilidade de impor sanções, assim como a lei disciplinar. Certo está que, na hipótese de abuso no exercício dessas atribuições por agentes da fiscalização dos Tribunais de Contas, ou de desvio de poder, os sujeitos passivos das sanções impostas possuem os meios que a ordem jurídica contém para o controle de legalidade dos atos de quem quer que exerça parcela de autoridade ou poder, garantidos, a tanto, ampla defesa e o devido processo legal.” (RE 190.985, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 14-2-96, DJ de 24-8-01)”

“O Tribunal de Contas da União é parte legítima para figurar no polo passivo do mandado de segurança, quando sua decisão está revestida de caráter impositivo.” (MS 21.548, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 4-2-99, DJ 25-6-99) Improcedência das alegações de ilegalidade quanto à imposição, pelo TCU, de multa e de afastamento temporário do exercício da Presidência ao Presidente do Conselho Regional de Medicina em causa.” (MS 22.643, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 6-8-98, DJ de 4-12-98).”

“Pet. AgR/DF 3606 – Relator Ministro Supúlveda Pertence – Julgamento 21/09/2006, Órgão Julgador Tribunal

EMENTA: Conflito de atribuição inexistente: Ministro de Estado dos Transportes e Tribunal de Contas da União: áreas de atuação diversas e inconfundíveis. 1. A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre do controle interno ínsito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70). 2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que - dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente. 3. Não se exime, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis. 4. Indiferente para a solução do caso a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção - genericamente considerada - pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, é passível de questionamento por outros meios processuais.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, as Senhoras Ministras Ellen Gracie (Presidente) e Cármen Lúcia, e os Senhores Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio.

A Lei 8.443, de 16/07/1992, dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e regulamenta a norma Constitucional, atribui àquela Corte a competência para, dentre outras sanções, declarar a inidoneidade de particular em razão da prática de fraude à licitação – artigo 46.

Norma de igual teor contém a Resolução n 155, de 4/12/2002 – Regimento Interno do Tribunal de Contas da União ao dispor em seu artigo 271:

Art. 271. Verificada a ocorrência de fraude comprovada a licitação, o Plenário declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na administração pública federal, nos termos do art. 46 da Lei 8.443, de 1992.

Por fim, o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União determina a manutenção de cadastro específico das sanções aplicadas por este órgão, sendo divulgada tanto na imprensa oficial quanto no site desta corte, com a finalidade de publicizar o rol de apenados, pois, como sustentamos, a pena atinge toda a administração pública inclusive contratos vigentes; não fosse por tais razões seria de bom alvitre a administração contratante conhecer a vida pregressa das empresas que contrata ou que possa vir a contratar, constante do cadastro de fornecedores.

A legislação vigente não deixa dúvidas quanto à limitação imposta aos Tribunais de Contas para somente declarar

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 21.09.2006.”

inidoneidade aos particulares ante a comprovação de fraude ou qualquer outra ilicitude.

A declaração de inidoneidade com fundamento na Lei 8.666/93, decorrente de inexecução contratual é de competência exclusiva da autoridade administrativa superior do órgão contratante.¹⁰⁰

Evidente que, caso a Corte de Contas seja o contratante, disporá de idêntica competência, mas, no exercício de sua atividade fiscalizatória, jamais.

Outra forma eficaz de controle das empresas que sofreram penalização desta magnitude, como já citado em tópico anterior, é a exclusão do SICAF – Sistema Unificado de Cadastro de Fornecedores¹⁰¹. Sua finalidade é cadastrar e habilitar parcialmente os interessados, pessoas físicas ou jurídicas, em participar de licitações realizadas por órgão/entidades da Administração Pública Federal, integrantes do SISG - Sistema de Serviços Gerais, bem como, acompanhar o desempenho dos fornecedores cadastrados e ampliar as opções de compra do Governo Federal.

Com a exclusão o apenado não pode mais participar de licitações de entidades integrantes do sistema SISG, além de divulgar as

¹⁰⁰ § 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

¹⁰¹ O SICAF foi criado pelo Decreto nº3.722, de 09 de janeiro de 2001, com objetivo de regulamentar o artigo 34 da Lei 8.666/93, instituindo o sistema de cadastro unificado de fornecedores, para a administração federal e demais órgãos que queiram a ele aderir.

empresas que sofreram tal condenação. O sistema também permite avaliar a observância do direito ao contraditório e ampla defesa, na medida em que somente admite qualquer anotação cadastral mediante a demonstração do devido processo legal, sendo, também, mais uma garantia ao particular.

III.7 – Da reabilitação do apenado

A declaração de inidoneidade é a pena capital administrativa para as empresas que participam de licitação e firmam contratos com entes da Administração Pública.

Não obstante, o legislador previu a hipótese de o apenado recuperar seu *status* jurídico de “plena habilitação” resgatando o direito de se lançar nesse pujante mercado.

Nos termos do artigo 87, IV, da Lei 8.666/93, a pena de inidoneidade prosperará até a ocorrência de um dos dois fatos previstos hipoteticamente na norma:

1 - Enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição;

ou

2 - Até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Interessante notar que, nos termos do artigo acima citado, a primeira hipótese de reabilitação do declarado inidôneo seria o esgotamento das razões que ensejaram a penalização.

Esta primeira parte do texto da lei é de intelecção complicada e pode gerar confusão ao menos atento. Poderia dar azo a imaginar-se que a pena poderia ser aplicada por prazo indeterminado mediante condição ou termo. Tal condição ou termo consistente na obrigação de fazer, deixar de fazer ou dar algo poria fim aos efeitos da inidoneidade.

Não vislumbramos a hipótese de sua ocorrência, pois caso fosse uma situação circunstancial e transitória, certamente não poderia ensejar a pena de inidoneidade aplicável aos casos mais extremos, como já salientado alhures. Na verdade esta previsão somente seria factível caso a reparação pelos danos causados à Administração não pudesse ser feita no prazo fixado (dois anos).

A segunda parte do dispositivo parece conter a primeira. Determina que a reabilitação do apenado poder-se-ia ocorrer mediante a total indenização à Administração pelos prejuízos causados e desde que decorrido o prazo de dois anos.

Portanto, além de restaurar a ordem tornando a Administração totalmente indene, o apenado permanecerá alijado das licitações e contratações públicas ao menos por dois anos como medida corretiva e didática para desencorajar os demais a praticarem ilicitudes ou atos que resultem em prejuízo de qualquer natureza à Administração Pública.

Pode ocorrer situação em que a atuação do particular não gere prejuízo ao interesse público, salvo a transgressão à ordem jurídica, como *v.g.* aquele que frauda atestado de capacidade técnica, é habilitado, vence a licitação, firma contrato e executa-o integralmente.

Ao ser descoberta a fraude, a Administração tem o poder-dever de apená-lo, inclusive declará-lo inidôneo, segundo preceitua artigo 88, II, da Lei 8.666/93.

A reabilitação do apenado mostra-se plenamente possível, à luz do preceito do artigo 87, §3º, *in fine*, da Lei 8.666/93 que fixa em dois anos o prazo máximo de duração da restrição decorrente da declaração de inidoneidade nas hipóteses em que não haja dano a recompor, pois caso contrário aplica-se a norma do artigo 87, IV.

O pleito nessas hipóteses também é feito à própria autoridade competente para declarar a inidoneidade.

Importante salientar que decorrido o prazo legal, sem que a conduta tenha gerado prejuízo passível de recomposição, a reabilitação é um direito e o ato que a declarar é vinculado, isto é, não sobeja nenhuma liberdade de avaliação do agente público, salvo constar o decurso do prazo e a inexistência de indenização.

A negativa ou demora na prática do ato de reabilitação poderá configurar omissão ou prevaricação, respondendo o agente civil, criminal e administrativo-politicamente.

III. 8 – Figuras jurídicas semelhantes

Todo raciocínio até aqui externado tem como fundamento a análise à declaração de inidoneidade, sanção descrita no art. 87, IV, da Lei 8.666/93.

O ordenamento jurídico vigente prevê outras hipóteses de sanção onde a consequência é idêntica à declaração de inidoneidade, qual seja, a impossibilidade de participação em licitações e de contratar com o Poder Público.

O artigo 7º da Lei 10.520/02, que institui e regulamenta a licitação na modalidade pregão, prescreve penalidade semelhante à declaração de inidoneidade, o impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.¹⁰²

Questão relevante atinente à sanção aplicada em decorrência de ilícitos praticados no decorrer do procedimento de pregão ou contratações dele decorrente é a ausência de previsão de outras sanções na legislação especial.

¹⁰² “Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e será descredenciado no Sicaf ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º. desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.”

A Lei 10.520/02, somente fixa a pena de impedimento de licitar e contratar com a administração pública, porém, estabelece que o prazo de duração da sanção é de até 5 (cinco) anos. A lei remete ao administrador ante o ato concreto de fixar a dosimetria da pena, consoante os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade em relação à conduta do particular e o prejuízo ao interesse público dela decorrente.

A norma contida no art. 7º da Lei 10.520/02 estabelece as hipóteses de aplicação desta sanção. Fixa as condutas suscetíveis de serem sancionadas, a “quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal”.

Neste comando normativo, entendemos haver condutas onde o elemento subjetivo do tipo é necessariamente o dolo, a saber: 1) apresentar documentação falsa exigida para o certame; 2) fraudar na execução do contrato; 3) cometer fraude fiscal. Nas demais, basta culpa para eclosão dos efeitos da norma: 1) não celebrar o contrato; 2) deixar de entregar documentação exigida para o certame; 3) ensejar o retardamento da execução de seu objeto; 4) não manter a proposta; 5) falhar na execução do contrato e 6) comportar-se de modo inidôneo.

Interessante notar também que a nossa tese acerca do conteúdo jurídico da declaração de inidoneidade ganha força com o

dispositivo legal acima transcrito, na medida em que em paralelo à imposição do impedimento de licitar e contratar há o descredenciamento junto ao SICAF¹⁰³ ou sistema de cadastro análogo, que nada mais representa que a total desqualificação jurídica, econômico-financeira e fiscal, portanto, INABILITAÇÃO do apenado.

Outro argumento que sustenta a tese que advogamos decorre do texto normativo que estabelece como fato passível de punição o comportamento INIDÔNIO do participante ou contratado. A análise semântica do termo inidoneidade, segundo consta do texto legal, igualmente vem ao encontro do que propomos.¹⁰⁴

¹⁰³ Decreto 3.722, de 09/01/2001.

Art. 1º O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF constitui o registro cadastral do Poder Executivo Federal, na forma definida neste Decreto, mantido pelos órgãos e entidades que compõem o Sistema de Serviços Gerais - SISG, nos termos do Decreto nº 1.094, de 13 de março de 1994.

§ 1º A habilitação dos fornecedores em licitação, dispensa, inexigibilidade e nos contratos administrativos pertinentes à aquisição de bens e serviços, inclusive de obras e publicidade, e a alienação e locação poderá ser comprovada por meio de prévia e regular inscrição cadastral no SICAF:

I - como condição necessária para emissão de nota de empenho, cada administração deverá realizar prévia consulta ao SICAF, para identificar possível proibição de contratar com o Poder Público; e

II - nos casos em que houver necessidade de assinatura do instrumento de contrato, e o proponente homologado não estiver inscrito no SICAF, o seu cadastramento deverá ser feito pela Administração, sem ônus para o proponente, antes da contratação, com base no reexame da documentação apresentada para habilitação, devidamente atualizada.

§ 2º O SICAF deverá conter os registros dos interessados diante da habilitação jurídica, a regularidade fiscal e qualificação econômico-financeira, bem como das sanções aplicadas pela Administração Pública relativas ao impedimento para contratar com o Poder Público, conforme previsto na legislação.

§ 3º Exceuem-se das exigências para habilitação prévia no SICAF as relativas à qualificação técnica da interessada, as quais somente serão demandadas quando a situação o exigir.

¹⁰⁴ Dissemos: “A síntese dos conceitos de idoneidade se aplica integralmente às contratações públicas e licitações, pois se refere ao conjunto de qualidades e aptidões, capacitação e competência necessárias que os particulares devem demonstrar possuir no procedimento licitatório e manter integralmente no decorrer da execução do contrato. Além, é claro, do aspecto moral - a boa-fé.”. Capítulo III, item 1, p.

Por fim, entendemos que aplicam-se aos particulares às hipóteses não previstas na Lei 10.520/02, em razão de sua especialidade, as demais sanções previstas no art. 87, da Lei 8.666/93, tendo em vista sua generalidade e por se tratarem de normas gerais. O próprio texto da Lei do Pregão, no artigo 9º, ressalta esse caráter da subsidiariedade das normas do estatuto das licitações em relação às normas da Lei 10.520/02.

Outra norma de consequência semelhante constante do ordenamento jurídico pátrio é a sanção de proibição de contratar com o Poder Público, fixada pela Lei 8.429/92 – Lei das Improbidades Administrativas, editada com o fim de disciplinar o artigo 37,§ 4º, da Constituição Federal.¹⁰⁵

Improbidade, palavra derivada do latim *improbitate*, significa falta de probidade, desonestidade e desonradez, antônimo de *probus*, que é aquele cujo agir caracteriza-se pela honestidade, retidão de caráter, integridade, cumprimento dos deveres e ética.

Os artigos 9, 10 e 11, da Lei 8.429/92, qualificam como atos de improbidade administrativa aqueles que: 1) importam em

¹⁰⁵ “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:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

enriquecimento ilícito, assim considerados os que buscam auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades da administração pública ou que delas recebam verbas públicas; 2) causam prejuízo ao erário, mediante qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades da administração pública ou que delas recebam verbas públicas e 3) atentam contra os princípios da administração pública, mediante qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Entendemos não haver definição específica para o conceito de improbidade. A rigor, é a qualificação legal de determinados atos como tal. A lei é que estabelece *numerus clausus* os fatos qualificados como ímprobos e as respectivas sanções. Na esteira de Márcio Camarosanno, Marcelo Figueiredo e José Afonso da Silva¹⁰⁶, afirmamos haver identidade entre improbidade e moralidade administrativa.

¹⁰⁶ “[...] a improbidade é a imoralidade administrativa especialmente qualificada, que a relação é entre conteúdo e continente, de sorte que toda improbidade constitui ofensa à moralidade administrativa, mas não basta que haja ofensa a esta para que, *ipso facto*, se tenha também como caracterizada aquela.” CAMAROSANNO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa, 2006 p. 109.

“Então a improbidade administrativa seria a imoralidade administrativa qualificada, ou seja, a improbidade é exatamente aquele campo específico de punição, de sancionamento da conduta de todos aqueles que violam a moralidade administrativa.” FIGUEIREDO, Marcelo. Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações In Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais 2003, p. 330.

"Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem[...].” SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 2009, p. 669.

Uma das sanções imputáveis aos particulares ante a constatação de um ato de improbidade é a proibição de contratar com o Poder Público.

Em que pese a similaridade entre os efeitos da pena aplicada com fundamento na Lei 8.429/92 e a declaração e inidoneidade fulcrada na Lei 8.666/93, as mesmas não se confundem.

A proibição de contratar prevista na Lei das Improbidades decorre de sentença prolatada em processo judicial, cujos efeitos podem variar de três a cinco anos, dependendo da tipicidade da conduta do agente. A declaração de inidoneidade prevista no estatuto das licitações é uma sanção, aplicada pelo agente administrativo, decorrente da rescisão contratual em virtude do inadimplemento pelo contratado com reflexos danosos ao interesse público; o contratado deixa, então, de possuir as condições de habilitação necessárias para participar de licitações e firmar ou manter contratos com a Administração Pública.

Outra distinção importante reside na tipificação legal das condutas qualificáveis como ímprobas, onde a Lei 8.429/92 fixa taxativamente as hipóteses qualificadas como tal, ao passo que a Lei de Licitações não as prevê objetivamente, remanescendo ao administrador certa margem de discricionariedade para sua aplicação.

Também cabe reflexão referente ao elemento subjetivo de cada uma das sanções aqui em cotejo. Afirmamos que a declaração de inidoneidade pode ser aplicada diante de conduta dolosa ou culposa do particular que venha a gerar impacto negativo ao interesse público. Da mesma forma, a Lei das Improbidades estabeleceu que as condutas previstas no artigo 9º exigem o dolo e para as outras previstas no artigo 10,

bastaria culpa. O artigo 11, da indigitada legislação não faz menção expressa ao elemento subjetivo do tipo, mas entendemos, diante dos arquétipos normativos, ser indispensável o dolo do agente. A jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça também se declina neste sentido.¹⁰⁷

Em que pese o texto inequívoco da lei, Marcelo Figueiredo defende expressamente a necessidade da demonstração do dolo em todas e quaisquer hipóteses de sanção¹⁰⁸. Marcio Camarosanno adverte para a necessidade de prudência ao intérprete para que não venha a considerar como ato de improbidade qualquer comportamento ou ato ofensivo à lei, decorrente de erro de fato ou de direito.¹⁰⁹

O fato é que, assim como defendemos acerca da inidoneidade, o impedimento de licitar poderá ser aplicado em razão de condutas dolosas e culposas, dependendo evidente da norma a que os fatos se subsumirem.

¹⁰⁷Consoante os seguintes arestos: REsp 1054843/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 23/03/2009; REsp 842.428/ES, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 21/05/2007 p. 560; REsp 816.193/MG, Relator Min. Castro Meira;

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações In Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais 2003, p. 49/50

¹⁰⁹CAMAROSANNO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa, 2006, p. 110.

CAPÍTULO IV – CONCLUSÕES

Segundo as premissas fixadas, buscou-se através deste trabalho identificar a declaração de inidoneidade como exercício do Poder Estatal, manifestado através da atividade contratual da administração pública, uma dentre outras atividades contidas na função administrativa.

Restou demonstrado que toda e qualquer atividade exercida com fundamento na função administrativa deve ter guarida legal, isto é, subsume-se integralmente ao ordenamento jurídico.

Desta forma, a teoria a que se nos propomos para disciplinar e fixar critérios para aplicação da declaração de inidoneidade tem como base o juspositivismo.

A primeira conclusão a que chegamos é que o dispositivo do artigo 87, IV, da Lei 8.666/93, tem eficácia plena, não necessita de qualquer regulamentação legal ou administrativa para sua aplicação.

O particular que firma contrato com a Administração Pública ou se propõe a fazê-lo mediante licitação ou procedimento de dispensa ou inexigibilidade, estabelece relação de especial sujeição ao Estado, diante da supremacia especial daquele em relação a este.

Relações de especial sujeição transcendem a submissão geral ao Estado decorrente de sua soberania. Constituem regras próprias e peculiares referentes à organização administrativa e ao específico enlace entre o Estado e o Particular. A consequência desta relação de

especial sujeição é que a Administração Pública tem competência para criar regras específicas, evidentemente que com respaldo do ordenamento jurídico, sem que para tanto necessite de lei que embase a prática de todos os atos.

Essa distinção é fundamental às conclusões ora propostas, na medida em que justifica a aplicação da pena de inidoneidade sem que haja descrição pormenorizada de todos os fatos possíveis de sanção, como sustenta grande parte da Doutrina.

Ademais, reiteramos entendimento segundo o qual a Lei 8.666/93, fornece todos os elementos necessários à aplicação da penalidade.

Em primeiro lugar porque o artigo 87, *caput*, estabelece hipótese de incidência ao fixar que a declaração de inidoneidade (além das demais sanções) é cabível diante da inexecução total ou parcial do contrato.

Por sua vez, o artigo 78, incisos I a XII, da mesma legislação, estabelece as hipóteses de rescisão contratual. O que se pode concluir, em primeiro plano, é que a aplicação da sanção é condicionada à ocorrência de algum dos fatos previstos nas normas jurídicas contidas nos citados artigos.

O artigo 88, também estabelece outras hipóteses de incidência da declaração de inidoneidade.

Porém, não basta para a aplicação de inidoneidade a subsunção dos fatos às normas dos artigos 87, IV, 88 e 78, I a XII; é mister a efetiva constatação do elemento subjetivo do tipo.

Neste diapasão entendemos que são puníveis as condutas dolosas. Evidentemente não poderia nem se imaginar que um particular qualquer intencionalmente atentasse contra a ordem jurídica em manifesta má-fé e com isso aferisse benefício de qualquer ordem ou gerasse qualquer prejuízo de qualquer natureza ao interesse público.

Também entendemos passíveis de penalização as condutas culposas que ensejem a rescisão contratual, cujos resultados atentem contra uma das condições de habilitação.

Aqui reza o substrato da teoria a que se nos propomos. Não há nenhuma dificuldade de se admitir que seja aplicada ao particular a pena de inidoneidade, que o alija do segmento das contratações públicas, uma vez constatada qualquer ilicitude dolosa por ele praticada, consoante as normas catalogadas nos artigos 89 a 98, da Lei 8.666/93 e que tenha lhe propiciado bônus ou atentado contra o interesse público.

Porém quando não há o dolo, mas culpa, em qualquer de suas modalidades – imprudência, imperícia ou negligência, que cause o inadimplemento total ou parcial das obrigações contratuais – e a falta cometida atenta contra qualquer das exigências habilitatórias fixadas nos artigos 27 a 31, da Lei 8.666/93 e consoante as regras do edital, aplicar-se-á a pena de inidoneidade.

Sustentamos que a declaração de inidoneidade não se restringe aos atos praticados pelo particular com má-fé ou dolo. A pena é igualmente cabível diante da constatação culposa segundo proposto.

Tais critérios certamente servirão de balizamento para aplicação coerente, lógica e objetiva da sanção e dirimem as dúvidas que ainda pairam sobre a aplicabilidade desta pena, além de atenuarem as críticas que ainda sobejam.

Se o ato praticado pelo particular mediante culpa motiva a rescisão do contrato por uma das hipóteses previstas no artigo 78, I a XII, da Lei 8.666/93 e se for constatado que esse ato tenha reflexo direto na sua aptidão jurídica, técnica, econômica, fiscal ou referente à utilização de mão de obra de menor, significa que perdeu o status jurídico de idôneo e, *ipso facto*, deverá ser declarado inidôneo.

Conforme propomos, o particular tem o dever de manter durante toda a execução contratual as condições de habilitação, por força do artigo 55, XIII, da Lei de Licitações. As condições de habilitação significam a idoneidade do particular para fins licitatórios e contratuais, portanto, sua manutenção é condição *sine qua non* para que o particular tenha acesso a esse segmento.

Desta forma, restaram circunscritas as hipóteses de incidência da norma contida no artigo 87, IV, da Lei 8.666/93.

O Estado, através do Artigo 58, da Lei 8.666/93, estabeleceu o regime jurídico das contratações públicas e dele consta expressamente a prerrogativa do ente administrativo e aplicação de sanções aos contratados.

Não obstante o próprio texto outorgar a prerrogativa do exercício da competência sancionatória, entendemos, ante o princípio da

indisponibilidade do interesse público, que o Administrador tem, na verdade, o **dever** de agir.

Tais conclusões decorrem do regime jurídico de Direito Administrativo, corolário do Estado Democrático de Direito, segundo o qual a atividade administrativa tem a natureza de *munus publico*. O Administrador Público tutela interesses da coletividade e, neste diapasão, exerce **função**, pois age em nome próprio visando interesses alheios. Em decorrência desta situação jurídica, o Administrador não dispõe do poder de agir, mas, sim, tem o dever de fazê-lo, sob pena de responsabilizar-se por sua omissão.

Especificamente sobre a sanção de inidoneidade prevista no artigo 87, IV, da Lei 8.666/93, sustentamos que o Administrador tem o dever de, ante o caso concreto em que se verifiquem determinadas circunstâncias, acima expostas, tem o dever de penalizar.

Portanto, o ordenamento fixa a competência vinculada do Administrador diante das circunstâncias preestabelecidas, seja quanto à declaração de inidoneidade seja quanto à reabilitação do apenado, pois não há margem remanescente à interpretação para que o Administrador eleja, segundo seu juízo, a melhor decisão que satisfaça o interesse público.

O cerne da teoria proposta é a análise ao conteúdo do ato administrativo sancionador e não seus efeitos, como a Doutrina e Jurisprudência se dedicam quase unanimemente.

Com relação aos efeitos, entendemos que, uma vez declarada inidoneidade, irradia efeitos *ex tunc*, isto é, desde o fato que deu causa, segundo as hipóteses de incidência arroladas alhures, bem como

opera efeitos *erga omnes*, contagiando todas as demais contratações vigentes, mesmo que formadas por outros entes além das licitações futuras.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. V. I, Milano: Giuffrè, 2v., 1974.

ALFONSO, Luciano Parejo. **La categoría de las relaciones especiales de sujeción**. In Guillermo A. Munhoz et al. (org). *Problemática de La Administración Contemporánea*. Buenos Aires: Ad-Hod, 1997.

ALMEIDA, Anadricea Vicente Vieira de e MENDES, Renato Geraldo. **A extensão dos efeitos da suspensão do direito de licitar e contratar e da declaração de inidoneidade**. In *Revista Zênite, Informativo de Licitações e Contratos*, Ano VI, nº 68.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **O princípio da eficiência no direito administrativo**. In *Revista Diálogo Jurídico, CAJ - Centro de Atualização Jurídica*, Salvador, nº. 14, jun/ago 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 ago 2008.

ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. **Introdução à auditoria operacional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

AUGUSTÍN, Gordillo. **Tratado de derecho administrativo**. Tomos I a IV, 6ª ed. Belo Horizonte: *Del Rey y Fundación de Derecho Administrativo*, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____ e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. 6º vol, Tomo II, São Paulo: Saraiva, 1991.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Norberto, **Teoria da norma jurídica**, 3ª ed. Traduzido. Editora Edipro.

BOLETIM DE DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo: NDJ, Jul 2003.

BOLETIM DE LICITAÇÕES E CONTRATO. São Paulo: NDJ, Abr 2000.

- _____. São Paulo: NDJ, Dez 2001.
- _____. São Paulo: NDJ, Ago 2003.
- _____ São Paulo: NDJ, Out 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CAMAROSANNO Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Editora Fórum, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____ e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editores, 1991.
- CARVALHO, Diógenes Faria de e PEREIRA, Paulo Guimarães. **A boa-fé objetiva como parâmetro de análise dos contratos administrativos**. *In Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, nº 23.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na Constituição de 1998**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CITADINI, Antônio Roque. **Comentários e jurisprudência sobre a Lei de licitações públicas**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição 1988 – Artigos 145 a 169**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, vol VII, 1992.
- _____. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4ª ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DE Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

- DEL VECCHIO, Giorgio. **Studi sullo stato**. Milão: Giuffrè, 1958.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. **Direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. **Parcerias na administração pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DIAS, Eduardo Rocha. **Os tribunais de contas e o sancionamento administrativo de licitantes e contratados**. In *Revista Trimestral de Direito Público*, Malheiros, nº 19/1997.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. **Conflito de normas**. São Paulo: Saraiva, 1987
- _____. **Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral das obrigações**. 24ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Curso de direito civil brasileiro. Direito de empresa**. 2ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo, RT, 1991. Tradução Arnaldo Setti.
- _____. **Curso de derecho administrativo**. 5ª ed. Madrid: Civitas, 1998.
- ESCOLA, Héctor Jorge. **Tratado general del procedimiento administrativo**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981.
- FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. 3ª ed. Armênio Andrade Editor, Coimbra, 1978, traduzido por Manuel Domingues de Andrade.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.
- FIGUEIREDO, Carlos Mauricio C. **Lei de responsabilidade fiscal: O resgate do planejamento governamental**. In *Aspectos relevantes da Lei de responsabilidade fiscal*, São Paulo: Dialética, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Ministério público partícipe do tribunal de contas e controle substancial ou de mérito**. In *Revista de Direito Público*. São Paulo. v. 25, n. 99, jul/set 1991.
- _____. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Extinção dos contratos administrativos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1986.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **A Lei de responsabilidade fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa**. In *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 set 2008.
- _____. **Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações**. Artigo do livro *Improbidade Administrativa – Questões polêmicas e atuais*. Coordenadores: Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 2ª ed.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa**. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, abr/jul 2000.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009,
- GIANNINI, Massimo Severo. **Dirito amministrativo**. Vol. secondo. Milano: Giuffré Editore, 1993.

- GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo 2 la defensa del usuário y del administrador. 5ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **Licitação e contrato administrativo** (*Estudos sobre a interpretação da Lei*). São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HUPSEL, Edite Mesquita. **Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. Extensão da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar à empresa diversa da que foi apenada**. *In Revista Zênite de Licitações e Contratos, Informativo de Licitações e Contratos*, Ano XIII, nº 148, jun 2006.
- JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Buenos Aires: Albatroz, 1954.
- JUNKES, Rodrigo Vissotto. **As sanções de suspensão e declaração de inidoneidade e a questão da extensão dos seus efeitos**. *In Revista Zênite de Licitações e Contratos, Informativo de Licitações e Contratos*, Ano XI, nº 128, out 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoría general del estado**. México: Nacional, 1959.
- LAUBADÈRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. Paris: Librairie Générale de Droit ET de Jurisprudence, 1953.
- LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 6ª. ed. São Paulo: RT, 1987.

- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa: de acordo com as emendas constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Extensão das sanções administrativas de suspensão e declaração de inidoneidade.** *In Boletim de Licitação e Contratos.* São Paulo: NDJ. Out 1997.
- MARTINS, Ives Gandra e BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil.** 1º volume. *Pré-constitucionalismo. O Estado.* Constituição. Arts. 1º a 4º. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** São Paulo: RT, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____ **Direito administrativo brasileiro.** 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- _____ **Curso de direito administrativo.** 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo.** vol. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1968 e 1969.
- MELLO, Rafael Munhoz de. **Devido processo legal na administração pública.** São Paulo: Max Limonad, sob Coordenação Lucia Valle Figueiredo, 2001.
- MELLO, Roberto Munhoz de. **Sanção administrativa e o princípio da legalidade.** *Revista Trimestral de Direito Público – 30/2000.* São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** São Paulo: Atlas, 2007.

- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**. 3ªed, São Paulo: Malheiros, 2007.
- MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 2ª ed. São Paulo: Quartier-Latin, 2008.
- _____. **Licitações e contratos públicos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Suspensão temporária de licitar e contratar e declaração de inidoneidade abrangem a administração pública de modo geral? Uma decisão *contra-legem* e inconstitucional do STJ**. In *Fórum de Contratação e Gestão Pública – PCGP*, Belo Horizonte, ano 2, nº 23, Nov 2003.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sanções administrativas e princípios de Direito Penal**. Revista dos Tribunais. Ano 89. Maio de 2000. Vol. 775.
- RANELLETTI, Oreste. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. Parte Geral. Milão: Giuffrè, 1955.
- REBELO, Carine. **O âmbito de abrangência da suspensão de participação e impedimento de contratar e da declaração de inidoneidade**. In *Revista Zênite de Licitações e Contratos, Informativo de Licitações e Contratos*, Ano XII, nº 136, Jun 2005.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Suspensão do direito de licitar. Abrangência da penalidade**. In *Boletim de Licitações e Contratos*. Nov 1999.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte:, Del Rey, 1994.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. v.3. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SALOMONI, Jorge Luis. **La cuestión de las relaciones de sujeción especial em el derecho público argentino**. In Guillermo A. Munhoz et

- al. (org). *Problemática de La Administración Contemporánea*. Buenos Aires: Ad-Hod, 1997.
- SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. *Coleção primeiros passos*, 103. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2007.
- SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. **A elaboração da pesquisa e da monografia jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, Almiro do Couto e. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: O prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)**. In *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 02, abril/maio/junho de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 set 2009.
- _____ **Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo** In *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 84.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____ **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Discricionariedade e revogação do ato administrativo**. In *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, 79/132-138. jul/set 1986.
- TOURINHO, Rita. **Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos**. In *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, nº 16, jan/mar 2007.
- VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZÊNITE, Consultoria. **A aplicação de sanções após extinta a relação contratual.** *In Revista Zênite de Licitações e Contratos, Informativo de Licitações e Contratos, Ano VII, nº 81, nov 2000.*

_____. **Rescisão contratual – declaração de inidoneidade – considerações gerais.** *In Revista Zênite de Licitações e Contratos, Informativo de Licitações e Contratos, Ano X, nº 109, mar 2003.*

_____. **Perguntas e respostas – subcontratação; consórcio; objeto.** *In Revista Zênite de Licitações e Contratos, Informativo de Licitações e Contratos, Ano XIII, nº 148, jun 2006.*

_____. **Tribunais de Contas.** *In Revista Zênite de Licitações e Contratos, Informativo de Licitações e Contratos, Ano XIII, nº 148, jun 2006.*

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)