

## DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NAS LICITAÇÕES

Tema bastante interessante e amplamente discutido pelos doutrinadores administrativistas é a possibilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica por meio administrativo aquelas pessoas físicas as quais ante a aplicação de sanção de inidoneidade e a conseqüente proibição de contratar com os Órgãos Públicos, acabam por fazer nascer uma nova pessoa jurídica, porém, com a mesma finalidade, mesmos sócios, com o intuito de dar continuidade nas tentativas de contratação, usando de verdadeira "roupagem" e flagrante burla a Lei de Licitações.

A inidoneidade está prevista no art. 87 da Lei 8.666/93 e suas alterações posteriores:

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

I - ...

...

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."

Desta forma, ocorrendo tais infrações e sendo estas dotadas de maior gravidade, surgirá para a Administração a possibilidade da declaração de inidoneidade da contratada, assegurando, por óbvio o direito constitucional do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo, salientando que tal aplicação trata-se de uma faculdade e não obrigatoriedade, por isso mesmo o juízo de valores do Administrador em verificar e comprovar a gravidade da infração é condição "sine qua non".

Superada esta fase e ocorrendo a declaração de inidoneidade de determinada contratada, surge um novo dilema para o direito Administrativo. É que por vezes, as pessoas físicas responsáveis pela criação da pessoa jurídica com quem a Administração contrata, verificando a imputação desta sanção, busca uma solução na maioria das vezes "marota", no exato instante em que se vendo impotente para realizar novos contratos, acaba por deixar a empresa apenada e lado, criando nova pessoa jurídica, inclusive com CNPJ diverso daquela, porém, com objeto e sócios idêntico e até mesmo com a mesma composição de pessoal, mesmo local como sede, com o intuito de voltar a contratar com a Administração Pública.

Com a devida vênia, o ditado popular é aplicável: "por fora bela viola, por dentro pão bolorento". É óbvio que o intuito destas empresas é se não o de burlar a lei de licitações quando de suas sanções aplicadas.

O argumento de que não há ilegalidade em pessoas físicas terem inúmeras empresas, não se aplica ao caso específico das licitações, principalmente porque o que dá base a esta norma são os princípios do direito constitucional e administrativo, os que se sobrepõe a todas as normas de direito, inclusive aquela referente à possibilidade de se ter várias empresas no nome dos mesmos sócios.

As contratações levadas a efeito pelas Administrações Públicas, devem se pautar pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. No caso ora debatido vamos nos debruçar sobre princípio da moralidade administrativa que nos parece ser o mais afetado com tal atitude.

O art. 3º da Lei 8.666/93 a alterações posteriores nos remete ao princípio da moralidade ao destacar:

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

Devemos nos lembrar que a nossa Constituição Federal em seu art. 37, "caput" exige obediência por parte da Administração quanto ao atendimento dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

É dever tanto da Administração como dos particulares que com ela venham a manter relações de negócio jurídico observar o princípio da moralidade administrativa. Neste aspecto o mestre Di Pietro nos ensina:

"... sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa."

Assim, todo ato que atente contra o princípio da moralidade administrativa ou outro princípio é ato inválido.

Marçal Justen Filho em sua obra Comentários da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, editora Dialética prescreve:

“Em hipótese alguma, porém, a conduta adotada pela Administração ou pelo particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico. Sob esse enfoque é que se interpretam os princípios da moralidade e da probidade. A ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. Moralidade soma-se a legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral será inválida”.

Segundo Alexandre de Moraes:

“Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constituiu, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de todo ato da administração pública”.

Destarte, verifica-se que o ato praticado por empresas que revestem-se de outras com os mesmos sócios, objeto, corpo técnico e até o mesmo endereço da sede, ofende a moralidade administrativa, mesmo que sua criação seja legal. Nem tudo que é legal é moral.

Neste baleado, indaga-se: aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, em busca da moralidade administrativa, mesmo não havendo norma para a conduta da Administração Pública?

Por bem, devemos primeiramente ressaltar que as licitações como já salientado são regidas não só pelo princípio da legalidade, mas também outros dentre os quais o da moralidade.

Dessa forma, uma empresa que venha a burlar a Lei de Licitações, usando de manobras jurídicas, nada mais faz do que infringir o princípio constitucional especialmente aquele norteador da moralidade que se aplica integralmente nos processos licitatórios e no Direito Administrativo. Portanto, deve haver uma razoabilidade, proporcionalidade na aplicação destes princípios, não se permitindo sua afronta.

Assim, deve-se empregar no presente caso a analogia e os princípios gerais de direito (Lei de Introdução ao Código Civil, art.7º) pois, muito embora não haja uma norma específica para o caso, é certo que a Administração não pode assistir uma afronta ao princípio da moralidade sem qualquer revide, razão pela qual a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa encontra reforço.

Mas referido caso encontra respaldo até mesmo dentro do princípio da legalidade, o qual repudia o abuso de direitos e a validade do ato praticado com manifesto intuito de fraudar a lei.

Lamartine Correia de Oliveira nos ensina:

“(…) o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude à lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

(…)

Provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconheça a pessoa jurídica.” (RT 06/52)

A corroborar com o que aqui se discute, trazemos a colação interessante comparação descrita no artigo dos advogados Ricardo Watanabe e Fábio Kondrat (texto disponível no site: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/27/46/2746/>):

“Com efeito, à Administração foi dado o poder de desconsiderar uma simulada forma jurídica e passa a tributar com base na realidade fática, preservando, assim, o interesse da coletividade. Tanto que a Lei Complementar nº 104/2001, positivando tal prática antiga da Administração, admitida até pelo Judiciário, acrescentou o parágrafo único ao art. 116, com a seguinte redação:

“A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

Com efeito, se a própria Administração, por iniciativa própria e apesar de não haver (na época) norma específica, podia desconsiderar a forma jurídica de um ato ou negócio praticado, na busca de sua realidade econômica, é perfeitamente cabível admitir que, na fraude às licitações, a Administração possa desconsiderar a

personalidade jurídica de uma empresa constituída com manifesto intuito de fraudar a lei, sem a interveniência do Poder Judiciário e apesar de não haver norma específica positivando tal conduta.

Obviamente, que, em tal caso, devem ser assegurados o devido processo legal, o contraditório e a mais ampla defesa ao envolvido, dando-lhe ainda a oportunidade de se socorrer do Poder Judiciário para defesa dos seus direitos.”

A STJ em entendimento idêntico admitiu a aplicação do instituto:

“Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Licitação. Sanção de inidoneidade para licitar. Extensão de efeitos à sociedade com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço. Fraude à lei e abuso de forma. Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. Possibilidade. Princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos.” (ROMS 15166/BA DJ 08/09/03, Pág. 262).

O Tribunal de Contas da União nos autos do processo nº 675.295/1994-7, - Min. Guilherme Palmeira - relator, emitiu parecer favorável à desconsideração da personalidade jurídica:

“Concluindo, não é de justiça e conforme o direito contemporâneo esquecer os fatos insertos nos autos para não aplicar ao verdadeiro culpado as penalidades cabíveis, principalmente porque, se não aplicada à regra da desconsideração da personalidade jurídica, poder-se-á estar inviabilizando a execução, não punindo o verdadeiro infrator, impossibilitando a aplicação de sanções outras que não o débito (multa por exemplo) àqueles que praticaram os ilícitos, usufruíram pessoalmente das verbas ilicitamente auferidas (já que não contabilizaram na empresa e sacaram diretamente no banco) e que não figurarão nos autos, dificultando a apuração da responsabilidade dos mesmos e conseqüente encaminhamento dos fatos ao Ministério Público Federal para as ações de direito, enfim, uma série de conseqüências jurídicas capazes de tornar este processo inefetivo e injusto.” (acórdão 189/2001 – Plenário)

Conclui-se, portanto, que em havendo evidente fraude a Lei de Licitações, demonstra-se aceitável a desconsideração da personalidade jurídica da empresa licitante para que também sejam estendidas as sanções aos sócios em nome do princípio da legalidade e moralidade administrativa.

Por fim, não poderíamos deixar de trazer algumas considerações a cerca da declaração de inidoneidade e seu alcance, uma vez que a despersonalização visa aplicar esta sanção não somente as empresas assim declaradas, como também aos seus sócios. Sobre referido tema, pedimos vênias para transcrever a brilhante doutrina do Assessor Técnico da Segunda-Secretaria da Câmara dos Deputados, Alexis Sales de Paula e Souza, obtida na página eletrônica do site “UniversoJurídico” (<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1999>):

#### EXTENSÃO DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

RESUMO: A Declaração de Indidoneidade para contratar e licitar, nos termos hoje postos no inc. IV do art. 87 da Lei 8.666/93, alcança a União, os Estados e os Municípios, por força do inc. XXVII, do art. 22 c/c inc. XXI, do art. 37, ambos da Constituição de 1988. Compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas direta, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Essa competência é nova e não era prevista nas Constituições de 1946, de 1967 e na Emenda Constitucional n.º 01, de 1969. Certamente por essa razão os diplomas anteriores, o Decreto-lei 200/67 e o Decreto-lei 2.300/86, conferiam amplitude menor à declaração de inidoneidade.

A Declaração de Indidoneidade para contratar e licitar, nos termos hoje postos no inc. IV do art. 87 da Lei 8.666/93, alcança a União, os Estados e os Municípios, por força do inc. XXVII, do art. 22 c/c inc. XXI, do art. 37, ambos da Constituição de 1988. Com efeito, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas direta, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista. É interessante observar que essa competência é nova e não era prevista nas Constituições de 1946, de 1967 e na Emenda Constitucional n.º 01, de 1969. Certamente por essa razão os diplomas anteriores, o Decreto-lei 200/67 e o Decreto-lei 2.300/86, conferiam amplitude menor à declaração de inidoneidade.

Antes de adentrarmos ao cerne da matéria cumpre fixar o conceito de normas gerais mencionado na Constituição. Por normas gerais se entendem aquelas que disciplinam os princípios constitucionais. Celso Ribeiro Bastos escreve que os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras e, nestas condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas, no que eles perdem em termos de concreção ganham no sentido de abrangência, na medida em que, em razão daquela sua força irradiante, permeiam todo o texto constitucional, emprestando-lhe significação única, traçando os rumos, os vetores, em função dos quais as

demais normas devem ser entendidas. (1)

A Constituição, em seu art. 37, estabelece como princípios gerais da administração pública nas suas três esferas a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e eficiência. A par disso, enumera 21 normas principiológicas gerais que também vinculam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Dentre elas, o inc. XXI determina que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso)

Não resta dúvida que se está diante de norma constitucional de eficácia contida, a qual, no dizer de José Afonso da Silva, é aquela que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.(2) Ou, no magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, normas condicionadas, isto é, aquelas que, embora pareçam suficientemente definidas na hipótese e no dispositivo, foram condicionadas pelo constituinte a uma lei posterior, que precise os seus elementos integrantes. (3)

Também não se discute que as regras provenientes da legislação de que trata o art. 37, inc. XXI, in casu a Lei 8.666, de 21/06/93, são normas gerais, de observância obrigatória por toda a Administração Pública, posto que disciplinam a licitação e os direitos fundamentais de licitantes e contratados decorrentes da Constituição. Nessa linha, leciona Eros Roberto Grau, hoje Ministro do STF, que as normas definidoras de sanções e infrações, na medida em que se relacionam com princípios fundamentais da Constituição de 1988, como a legalidade e moralidade na Administração Pública, a supremacia do interesse público, observância do contraditório e da ampla defesa em matéria punitiva etc., podem ser caracterizadas como normas gerais. (4)

Da mesma forma, Carlos Ari Sundfeld entende, com fundamento nos artigos 22, XXVII, e 37, XXI, que são normas gerais as que definem as hipóteses de obrigatoriedade, dispensa e inexigibilidade de licitação, os órgãos e entidades que devem licitar, os direitos de licitantes e contratados, inclusive em matéria punitiva, os requisitos de qualificação, os critérios de julgamento das propostas etc. (5)

A conclusão natural do entendimento desses doutrinadores é que não podem Estados, o Distrito Federal e os Municípios em suas legislações específicas dispor de forma contrária à Lei 8.666/93 e, tampouco, prever sanções diversas daquelas relacionadas no art. 87, ou mesmo agravar o seu alcance. Não pode, por exemplo, a lei estadual, distrital ou municipal aumentar o prazo de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, para além dos 2 anos previstos no inc. III do art. 87.

Dito isso, passemos à análise do conteúdo da Lei 8.666/93, verbis:

Art. 6º - Para os fins desta lei, considera-se:

.....

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;

XII - Administração: órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

.....

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

.....

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 de sanção aplicada com base no inciso anterior.

.....

§ 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.

Art. 88 - As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

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.

.....

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

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

Parágrafo Único - Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração; (grifo nosso)

Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos a primeira conclusão lógica é que o legislador entendeu de conferir uma abrangência maior à declaração de inidoneidade que a das demais sanções previstas na lei. De fato, ao utilizar a expressão Administração Pública, definida no inc. XI do art. 6º da própria Lei n.º 8.666/93, aquele declarado inidôneo não poderá licitar ou contratar com qualquer órgão da administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do Poder Público e das fundações por ele instituídas ou mantidas, até que promova sua reabilitação perante o órgão que o tiver declarado inidôneo, após ressarcí-lo dos prejuízos resultantes e depois de decorrido o prazo de suspensão temporária de licitar e contratar. É lícito pensar que o contratado inidôneo assim o será perante qualquer órgão público do País. Certamente uma empresa que forneça merenda escolar adulterada a um município não terá idoneidade para vender merenda à Secretaria Estadual de Educação.

Corroborar esse entendimento José Cretella Júnior ao afirmar que a declaração de inidoneidade é para licitar e contratar com o Estado, entendido o governo nas três esferas. (6) Também se alinha a esse posicionamento Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para a qual a norma geral da Lei 8.666/93, ao se referir a inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aponta para o caráter genérico de referida sanção, cujos efeitos irradiam por todas as esferas de governo. (7)

Idêntica é a opinião de Floriano Azevedo Marques Neto que além de mencionar a definição trazida pela própria Lei de Licitações do que vem a ser Administração e Administração Pública, menciona a natureza diversa das duas sanções, decorrente da diferente gravidade dos fatos punidos e da finalidade que se busca alcançar. A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada tendo em vista fatos graves demonstradores da falta de idoneidade da empresa para licitar ou contratar com o Poder Público em geral, em razão dos princípios da moralidade e da razoabilidade, para os quais repugna que uma dada empresa seja idônea na esfera federal e inidônea na esfera estadual, ou vice-versa. (8)

Marçal Justem Filho é outro que se filia a essa posição. Para ele resta claro o alcance nas três esferas da declaração de inidoneidade. Defende, todavia, que essa abrangência deveria também ser feita para a suspensão temporária do inciso III. Escreve o ilustre administrativista, verbis:

Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inc. III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inc. IV abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo Administração, enquanto o inc. IV contém Administração Pública. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, não haveria sentido em circunscrever os efeitos da suspensão de participação de licitação a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar suspenso. A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa. (9)

A análise do teor dos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93 revela outro argumento em favor do entendimento de que a declaração de inidoneidade abrange a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Se o âmbito de uma e outra sanção fosse o mesmo, ou seja, restrito ao órgão ou entidade ao qual se vincula a autoridade administrativa que aplica a punição, as mesmas se tornariam idênticas, o que contraria a regra de hermenêutica segundo a qual devem ser afastadas as interpretações desarrazoadas. A Lei 8.666/93 ao estabelecer um discrimen em relação ao agente competente para aplicar a sanção de declaração de inidoneidade, ocasiona que tal sanção repercuta de forma mais ampla que a de suspensão temporária.

Contra o entendimento de que a declaração de inidoneidade abrange todas as esferas de governo citam os críticos as opiniões de vários administrativistas.

O primeiro a ser citado, é Hely Lopes Meirelles para o qual a declaração de inidoneidade só opera efeitos em relação à Administração que a declara, pois que sendo uma restrição a direito não se estende a outras Administrações. (10) Outro mencionado é Toshio Mukai o qual entende que a eficácia de tais sanções é restrita a entidade política que a aplicou (11). Argumenta, ainda, Toshio Mukai que o âmbito de competência do agente que aplica a sanção é que delimita sua extensão. Alude, nesse sentido, a uma decisão do extinto Tribunal Federal de Recursos, relatada pelo Ministro Romildo Bueno de Souza, do qual se transcreve o seguinte trecho: (12)

Todos os tratadistas que discorreram sobre a declaração de inidoneidade para licitar prevista no Decreto-Lei nº 200/67, são unânimes em afirmar que o alcance do ato limita-se aos órgãos subordinados a autoridade que o baixou.

.....

Na verdade, tal como se ache formalizado, o ato ministerial impugnado solicita acatamento de toda a Administração Pública Federal, e, neste sentido, é exorbitante. Deveria restringir-se ao âmbito do Ministério da Saúde. (grifo nosso)

Data máxima vênua, das opiniões dos que entendem de forma diferente, o posicionamento de Hely Lopes Meirelles e Toshio Mukai só se coaduna com o regramento já revogado do Decreto-lei 200/67 e do Decreto-lei 2.300/86, senão vejamos, verbis:

Decreto-lei 200/67

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

.....

III - declaração de inidoneidade para licitar na Administração Federal.

Parágrafo único - A declaração de inidoneidade será publicada no órgão oficial.

.....

Decreto-lei 2.300/86

Art. 73. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a 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.

.....

§ 3º - A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista. (grifos nossos)

Devido à mudança no paradigma legal a decisão do antigo TFR, que restringia a extensão da declaração de inidoneidade ao âmbito da Administração Federal, também não pode ser utilizada como parâmetro para a interpretação do inc. IV do art. 87 da Lei n.º 8.666/93.

Carlos Ari Sunfeld, apesar de entender que a Lei n.º 8.666/93 estabelece as normas gerais em matéria

punitiva, acredita que as sanções de inidoneidade ou suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração devem ser impostas por agentes políticos da União, Estado, Distrito Federal ou Município, impedindo a contratação ou habilitação do apenado apenas pelos entes administrativos da mesma unidade federativa responsável pela aplicação da penalidade. (13) Fundamenta-se, para tanto, no princípio da estrita legalidade. Na sua opinião à mingua de disposição legal expressa acerca da extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade às entidades e órgãos de outras unidades da Federação, deve-se restringi-la à esfera de governo competente para a aplicação da sanção. Ainda no seu entendimento, nada impede, porém, que a legislação específica de outras unidades federativas preveja a vedação de participação em suas Licitações de empresas ou profissionais considerados inidôneos ou suspensos por atos oriundos de outras esferas de governo.

O posicionamento de Carlos Ari Sundfeld merece dois reparos. Primeiro, se a Lei n.º 8.666/93, trata de normas gerais aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, inclusive em matéria punitiva, não há que se falar em afronta ao princípio da legalidade estrita. Até porque o legislador, no nosso entendimento, disciplinou suficientemente a questão. Segundo, o fato da Lei n.º 8.666/93 restringir a competência para aplicar a sanção do inc. IV do art. 87 a determinados agentes políticos tem o único sentido de ampliar a abrangência da declaração de inidoneidade às três esferas de governo. Sim, a autoridade administrativa que aplica a sanção do inciso III do art. 87 não é necessariamente a mesma que aplica a do inciso IV. Ou seja, por exemplo, o Secretário-Executivo de um ministério pode suspender determinada empresa do direito de licitar e contratar com aquele ministério. Todavia, somente o Ministro de Estado tem competência para declarar a inidoneidade de pessoa física ou jurídica com a Administração Pública em todas as suas esferas.

Também Jessé Torres Pereira Júnior entende que o tratamento dado à inidoneidade pela legislação anterior indica que a declaração produz efeitos apenas no âmbito da esfera de atuação do declarante - v. art. 46 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, n.º 8.443, de 16/07/92 - (v.g. uma empresa declarada inidônea por Administração de determinado Estado, poderá continuar participando de Licitações e contratando com a Administração da União, dos demais Estados e Municípios, o que se deplora, posto que uma empresa que descumpra dolosamente seus contratos com o Poder Público deveria ser impedida de com ele relacionar-se em qualquer de suas esferas de atuação). (14)

Vislumbramos do mesmo modo um equívoco nessa posição. Com efeito, o regramento do Decreto-lei 200/67, do Decreto-lei 2.300/86 e o art. 46 da Lei n.º 8.443/92 (15) foram todos superados pela edição da Lei 8.666/93, que lhes é posterior.

Conforme dito, o legislador decidiu dar novo alcance à declaração de inidoneidade no novel Estatuto das Licitações. Sim, o art. 46 da Lei n.º 8.443/92 guarda perfeita consonância com o art. 136 do Decreto-lei n.º 200/67 e com o art. 73 do Decreto-lei 2.300/86, já revogados, ao limitar a declaração de inidoneidade à Administração Pública Federal.

Todavia, repita-se, não é esse o espírito da Lei n.º 8.666/93. Mesmo na hipótese de se acreditar que o art. 46 da Lei n.º 8.443/92 não tenha sido derogado pela Lei n.º 8.666/93, deve-se entendê-lo como de aplicação restrita ao TCU, em sua atuação fiscalizadora, e nunca como paradigma hermenêutico da declaração de inidoneidade nos moldes hoje postos no inc. IV do art. 87 da Lei n.º 8.666/93. Seja porque trata apenas de fraudes praticas nos processos licitatórios, sem se preocupar com os ilícitos que possam ocorrer durante a execução do contrato, ou mesmo da contratação com dispensa e inexigibilidade. Seja porque estabelece o prazo da sanção, no caso por até 5 anos, enquanto a Lei n.º 8.666/93 determina que a sanção durará até que seja promovida a reabilitação junto a Administração. Como se percebe, a norma é outra e o espírito da lei é outro.

Alegam, também, os que são contra o entendimento de que a declaração de inidoneidade atinge a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, uma suposta afronta ao princípio federativo, uma vez que se estaria conferindo força coativa nas três esferas a ato administrativo praticado em qualquer delas. Em outras palavras, ofenderia o princípio federativo que o ato administrativo do município, por exemplo, que declarasse inidônea uma empresa que vendesse medicamento falso tivesse atributo obrigatório no Ministério da Saúde.

Esse argumento também não merece prosperar por duas razões. A primeira, é que o princípio federativo insculpido na Constituição prevê a partilha de competências entre os diversos entes Federados de forma rígida, podendo ser alterada somente por intermédio de Emenda Constitucional e nunca por legislação infra-constitucional. À União cabe legislar exclusivamente, dentre outras, sobre licitação e sobre matéria penal. É exatamente o que faz a Lei n.º 8.666/93. Desta feita, não agride o princípio federativo o fato de que uma empresa declarada inidônea por fornecer remédio falsificado estar impedida de contratar com as três esferas de governo. Já o entendimento contrário ofenderia o próprio interesse público de preservação da saúde da população e mesmo o princípio da dignidade humana.

No nosso entendimento, a única parte efetivamente inconstitucional no art. 87 da Lei n.º 8.666/93 é o § 3º. De fato, ao distribuir a competência para a declaração de inidoneidade (Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal), o § 3º ofende efetivamente o princípio federativo ao invadir a esfera exclusiva das Constituições

Estaduais e das Leis Orgânicas dos Municípios de repartir a competência administrativa em seu âmbito. No resto, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade.

A Segunda razão, é a questão penal/criminal muitas vezes envolvida na declaração de inidoneidade. Com efeito, o art. 97 da Lei n.º 8.666/93 determina que é crime, punível com detenção de 6 meses a 2 anos, e multa, admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo. Seu parágrafo único estabelece que também incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração. Ao estender o alcance da punição, ou seja, a previsão do tipo penal, quis o legislador que a sanção de inidoneidade seja mais ampla do que os limites do órgão ou da esfera administrativa em que foi aplicada.

Por seu turno, o art. 88 da Lei n.º 8.666/93 admite que sejam também declaradas inidôneas as empresas ou aos profissionais que, verbis:

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.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ensina que não se confundem a sanção administrativa e a penal. Esta visa punir atos contrários aos interesses sociais e aquela aos da atividade administrativa. (16) Todavia, o ilícito administrativo muitas vezes configura ilícito penal. Sobre o tema José Cretella Júnior escreve que o ilícito penal administrativo é fato ilícito, capitulado nas leis penais e nas leis administrativas. É crime, um delito, por vezes uma contravenção, ou, de um modo mais genérico, ilícito ou infração que, ao mesmo tempo que afeta a sociedade, afeta a Administração. (17) Note-se que o ilícito sempre decorre da violação de uma norma jurídica. É sempre fato não permitido, proibido pela lei, concretizando-se ora no delito civil - fato ilícito, danoso, cometido com intenção de prejudicar -, ora no delito penal - ato humano, anti-jurídico, doloso ou culposos, sancionado por uma pena. (18)

Assim, além da condenação penal definitiva por prática de sonegação fiscal a expressão atos ilícitos limita consideravelmente o aplicador da norma. Não se trata de mera inexecução contratual, para a qual foram previstas as sanções dos incisos I e II do artigo 87 da Lei n.º 8.666/93, mas da prática de ilícitos penais e administrativos assim tipificados em lei. Têm-se, por conseqüência, que as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 tanto podem ser aplicadas em decorrência de grave inexecução contratual, quanto em decorrência de ilícitos da forma referida no artigo 88 da Lei n.º 8.666/93.

A prática de crimes ou de infrações administrativas visando a frustrar os objetivos da licitação ou indicativos de inidoneidade justificam o sancionamento. Pense-se, por exemplo, nas infrações tipificadas nos artigos 20 e 21 da Lei n.º 8.884/94, como combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa (artigo 21, inc. VIII), que constitui ilícito contra a ordem econômica. Entre os objetivos da licitação que podem ser frustrados pela prática de atos ilícitos assinala-se a isonomia, a exigência de escolha da proposta mais vantajosa para a administração e a garantia do caráter competitivo do certame (artigo 3º da Lei 8.666/93).

Especificamente em relação ao inc. I do art. 88, condenação definitiva por fraude fiscal, a abrangência da declaração de inidoneidade nas três esferas de governo demonstra-se claramente nas exigências de habilitação do art. 29 da Lei n.º 8.666/93, o qual exige no inciso III a prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente. A fraude praticada contra o fisco municipal e a conseqüente declaração de inidoneidade do infrator impede a sua habilitação em certame licitatório na União, no Estado e no Distrito Federal. Ressalte-se que a fraude referida no aludido inciso I não é só com relação a qualquer tributo que precise ser recolhido, tendo em conta o procedimento licitatório ou o contrato, mas sim, qualquer fraude fiscal, obviamente que dolosa, pois não existe fraude culposa.

Já a declaração de inidoneidade amparado no inciso II do art. 88 somente poderá ser feita quando a conduta tiver o escopo de frustrar os objetivos da licitação. Por sua vez, a declaração de inidoneidade prevista no inciso III do mesmo art. 88 não há de ser qualquer ilícito, porém aquele que diga respeito ao comportamento moral do interessado em sua relação com a Administração Pública, como outras fraudes, peculato, estelionato, etc. Uma condenação por lesão corporal não pode alijar um competidor de contratar com a Administração.

Em suma, não existe crime municipal, estadual ou federal. O crime é praticado contra a sociedade e não contra uma esfera de governo. Por isso, não tem sentido argumentar que aquele declarado inidôneo por praticar fraude contra uma esfera de governo esteja desimpedido de contratar com outra. Não é razoável entender que o licitante que participou de um conluio para superfaturar preços em processo licitatório da União e por este motivo tenha sido declarado inidôneo, não irá ter o mesmo comportamento nos certames Municipais ou



Estaduais. Se o comportamento moral de um licitante, que por exemplo explore o trabalho infantil, desautoriza a sua contratação no município, que dirá em nível federal.

Diante de todos os argumentos aqui expendidos entende-se que a Declaração de Inidoneidade, na forma do inc. IV do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, impede o apenado de contratar e licitar com todos os órgãos da Administração Pública em qualquer de suas esferas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por tratar-se de norma geral obrigatória por força de determinação constitucional. Justamente por ser de competência exclusiva da União legislar sobre matéria de licitação esse entendimento não afronta o princípio federativo."

(Notas:

1. Bastos, Celso Ribeiro. Dicionário de Direito Constitucional, ed. Saraiva, 1994, p.159/160;
2. Silva, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, ed. RT, 1982, p. 89;
3. Ferrerira Filho, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 1992, 19ª ed., p. 11;
4. Grau, Eros Roberto. Licitação e Contrato Administrativo, ed. Malheiros, 1995, p. 9-13;
5. Sundfeld, Carlos Ari. Licitação e Contrato Administrativo, ed. Malheiros, 1994, p. 29 e ss;
6. Cretella Júnior, José. Das Licitações Públicas, ed. Forense, 2ª edição, p. 341, 1993;
7. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, ed. Atlas, 1996, p. 226;
8. Marques Neto, Floriano Azevedo. Extensão das Sanções Administrativas de Suspensão e Declaração de Inidoneidade. Artigo disponível no Boletim de Licitações e Contratos, n.º 03, 1995, Ed. NDJ, p. 130/134;
9. Justem Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ed. Aide, 4ª edição, p. 476;
10. Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, ed. RT, 1987, p. 218;
11. Mukai, Toshio. Sanções Administrativas, a Ausência de Norma Penal em Branco e a situação do Agente Público em Face da Lei nº 8.666/93, Licitações e Contratos na Administração Pública. Artigo disponível na Revista Consulex, 1996, p. 41-42;
12. RDA 144/42
13. Sundfeld, Carlos Ari. Licitação e Contrato Administrativo, ed. Malheiros, 1994, p. 118;
14. Pereira Júnior, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, ed. Renovar, 4ª edição, p. 565;
15. Lei n.º 8.443, de 1992. art. 46, verbis: Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.
16. Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I, 1ª ed., 1969, Forense, RJ, p. 501;
17. Cretella Júnior, José. Das Licitações Públicas, ed. Forense, 2ª edição, p. 338;
18. Cretella Júnior, José. Das Licitações Públicas, ed. Forense, 2ª edição, p. 339.)

É o nosso parecer.

Marcelo Baddini e Álvaro Baddini Junior

Baddini & Baddini