

RECEBIDO EM: 22.07.2016

APROVADO EM: 22.12.2016

OS CONTORNOS OBJETIVOS DA PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*THE OBJECTIVES OUTLINES OF THE INELIGIBILITY FOR HIRING
WITH THE GOVERNMENT*

João Pedro Accioly Teixeira

Mestrando em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Advogado e consultor jurídico

SUMÁRIO: Introdução; 1 Preservação da Empresa e Proporcionalidade; 2 Abrangência territorial (ou institucional) da vedação; 2.1 A possibilidade de extensão justificada da abrangência da vedação.; 3 Espécies de contratos e benefícios fiscais não alcançados pela reprimenda.; 4 Os contratos já assinados: ato jurídico perfeito e continuidade dos serviços públicos; 5 Proposições Conclusivas; Referências.

RESUMO: O escopo desta pesquisa, como possibilita inferir o título outorgado ao trabalho, é delimitar o alcance da proibição de contratar com o Poder Público – enquanto sanção aplicável, nos termos do art. 12, da Lei 8.429/92, aos atos de improbidade administrativa. Nesse sentido, espera-se elucidar questões de pouca elaboração ou intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, com vistas a repelir excessos e corrigir atecnicidades no manejo da medida proibitiva – promovendo, assim, a segurança das relações jurídicas, a preservação das empresas e a proporcionalidade das reprimendas impostas pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Proibição de Contratar com o Poder Público. Improbidade Administrativa. Preservação da Empresa. Proporcionalidade. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: The scope of this research is to adress relevant matters about the ineligibility for hiring with the Government - as one of the applicable sanctions under Brazillian Law to the acts of administrative misconduct. Therefore, it is expected to clarify issues of little doctrinal elaboration or intense jurisprudential controversy, in order to ward off some excesses and to correct some technical faults in the legal management of the prohibitive measure - with the view to promoting the legal certainty, the preservation of the companies and the proportionality of reprimands imposed by the state.

KEYWORDS: Ineligibility for Hiring with the Government. Administrative Improbability. Preservation of the Companies. Substantive due Processo of Law. Legal Certainty.

INTRODUÇÃO

Pode-se dizer, com indesejável segurança, que a improbidade administrativa, na intensidade e com as particularidades manifestadas em nosso país, é fenômeno endêmico à sociedade e ao Estado brasileiro.¹ Trata-se de um infeliz traço identitário nacional – tão bem apontado e analisado por destacados e densos estudos sociológicos e historiográficos.²

Em função desta constatação, diversos atores jurídicos, especialmente desde o advento da Constituição Federal de 1988, têm conjugado esforços para erigir um sistema efetivo de tutela da moralidade administrativa e do patrimônio público – pressionados por claudicantes manifestações públicas, diuturnas denúncias jornalísticas e constante e generalizada insatisfação popular.

Nesse contexto, dentre as inúmeras medidas dirigidas a combater os atos ímprobos, a ordem jurídica brasileira prevê a possibilidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública para pessoas ou empresas que tenham enriquecido ilicitamente, causado danos ao erário ou transgredido os princípios que orientam a atividade administrativa.

Contudo, o tratamento legal do aludido instituto, de contornos não exaurientemente definidos, ao lado de um justificado, porém pernicioso, desejo de erradicar, praticamente a qualquer custo, os tão corriqueiros e arraigados atos de improbidade do cenário nacional, abre espaço para o seu manejo inadequado e, via de consequência, para a violação de um sem número de interesses públicos e privados de destacado valor constitucional.

As questões que serão debatidas neste trabalho, mais do que academicamente relevantes, são concretamente primordiais para a Administração Pública, o empresariado, a comunidade jurídica e a sociedade

1 Em 1960, Francisco Bilac Moreira Pinto já identificava que a “corrupção em numerosos e importantes setores governamentais do nosso país assumiu tal intensidade e extensão que, desgraçadamente, parece ter sido institucionalizada. A pertinácia com que a improbidade administrativa se exerce e a apatia da opinião pública em face dela retiraram tôda a acústica às vozes isoladas que a denunciam e condenam”. (PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 322).

2 Exemplificativamente, confira-se: HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012; DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

civil brasileira como um todo. Para que se possa dimensionar o quanto, registre-se que, até 18.08.2015, o Conselho Nacional de Justiça computava 25.949 registros no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade³, dentre inúmeras empresas de destacada relevância no cenário econômico nacional.

A Operação Lava-Jato, que vem dominando o noticiário nacional desde março de 2014, também bem ilustra a importância das questões que se pretende debater. No bojo da aludida operação, já foram oferecidas diversas ações de improbidade administrativa contra as maiores empreiteiras do país, dentre as quais destacam-se a Construtora Norberto Odebrecht, a OAS, a Camargo Corrêa, a Mendes Júnior e a Engevix.

Além de requerer condenações pecuniárias que perfazem uma monta superior a dez bilhões de reais, o Ministério Público Federal pediu *“também a proibição de contratarem com o Poder Público e de receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, e que as penalidades atinjam as empresas ligadas ao mesmo grupo econômico que atuem ou venham a atuar no mesmo ramo de atividade das empreiteiras”*.⁴

1 PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E PROPORCIONALIDADE

De modo equivocado, grande parte dos operadores do direito parece considerar – ainda que implicitamente – que quanto maior for o rigor e o alcance da proibição de contratar com o Poder Público melhor se estaria protegendo o erário e a moralidade administrativa.

Todavia, o que se percebe é que essa premissa acaba por prejudicar não só as empresas que são injustamente alijadas do direito de contratar com a Administração, mas também os seus empregados e outras sociedades insertas em suas respectivas cadeias de produção, bem como, de modo reflexo, por paradoxal que soe, o próprio Poder Público que se tenta salvaguardar.

No que toca às empresas indevidamente sancionadas, os prejuízos são evidentes. Nos dizeres dos Ministros Luiz Fux e Eliana Calmon, tal

3 Tal dado foi obtido através do pedido de informação nº 150.782, protocolado pelo autor junto ao CNJ em 14.08.2015.

4 Assessoria de Comunicação da Procuradoria da República no Estado do Paraná, *“Lava-Jato: Ações de improbidade do MPF cobram R\$ 4,47 bilhões por desvios de recursos da Petrobras”*, Disponível em: <<http://www.prpr.mpf.mp.br/news/lava-jato-acoes-de-improbidade-do-mpf-cobram-r-4-47-bilhoes-por-desvios-de-recursos-da-petrobras>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

reprimenda equivale à “sentença de morte” da empresa⁵, eis que expressivo percentual das receitas da generalidade das empresas de grande porte advém de contratos celebrados com entes públicos ou estatais.⁶

Sob o ângulo do Estado, a indiscriminada proibição de que empresas contratem com a Administração pode reduzir significativamente o plexo de potenciais concorrentes – notadamente em segmentos econômicos e localidades sem grande oferta do serviço de que se necessita –, aviltando-se, desse modo, o princípio da ampla competitividade e, eventualmente, inviabilizando-se a própria vantajosidade a que visam a generalidade dos processos licitatórios.

Mais do que isso, ao proibir-se levemente empresas de contratarem com Poder Público, especialmente em setores vocacionados à prestação de serviços estatais, gera-se efeitos econômicos graves, que reverberam inclusive na perspectiva da arrecadação tributária⁷ – fonte primordial de custeio de toda máquina pública contemporânea.⁸

5 “A moralidade administrativa e a razoabilidade no atuar da Administração e do sancionamento das condutas ímprobas reclamam exemplaridade que encontra limite na exasperação a qual, a pretexto de interditar participação em licitações, impõe um espectro tão extenso à punição, que inviabiliza as atividades empresariais, resultando na morte civil da empresa, fato que implica a redução da parte inoficiosa da sanção. [...] 18. A sanção remanescente que interdita às empresas a participação em licitações em geral acarreta a morte civil das pessoas jurídicas”. (STJ, REsp 827.445/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 08/03/2010); “Examinando a querela no ponto da sanção, pelo princípio da proporcionalidade, não me parece razoável que uma empresa como a CBPO, mesmo tendo cometido grave infração contratual que a torna ímproba, venha a ter decretada sentença de morte. Sim, porque nenhuma empresa de grande porte resistirá a ficar por cinco anos sem contratar com o serviço público em toda e qualquer unidade da Federação”. (STJ, EDcl no REsp 1021851/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009; Excerto retirado do voto da Min. Eliana Calmon)

6 “É imperioso assinalar a dimensão dos efeitos produzidos por uma punição generalizada, que inviabilize que o sancionado participe de qualquer contratação administrativa. Essa solução é dotada de gravidade extrema e somente pode ser aplicada em situações muito graves. Deve-se anotar que existem empresas cuja atuação se faz preponderantemente no setor de contratações administrativas. Impor sanção impeditiva dessa atuação equivale a promover a extinção da empresa. A sanção pode equivaler, então, a uma determinação de dissolução da empresa”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1162-1163).

7 A depender das circunstâncias, a proibição de que diversas empresas contratem com o Poder Público pode levar a demissões em massa e a desorganização de setores produtivos. As retrações econômicas, a exemplo da recessão que o Brasil vem enfrentando desde o final de 2014, prejudicam a arrecadação tributária na medida em que a reduzem a quantidade de riquezas tributáveis que são geradas no país.

8 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 8.

A desorganização de setores produtivos⁹ pode induzir ou agravar crises econômicas e, como evidenciam os dados a seguir apresentados, também prejudicar consideravelmente a arrecadação tributária.

De acordo com estudo realizado pela consultoria GO Associados¹⁰, somente a Operação Lava-Jato, que ainda nem chegou a culminar na proibição de contratar com o Poder Público das empresas investigadas, já gerou (i) perdas de R\$ 142,6 bilhões na economia brasileira (o equivalente a 2,5% do PIB brasileiro em 2015); (ii) redução de 1,9 milhões de empregos diretos e indiretos; (iii) queda de R\$ 22,4 bilhões em salários e (iv) diminuição de R\$ 9,4 bilhões em arrecadação de impostos.

Esses números demonstram também a concreta essencialidade do seguinte princípio implícito à ordem constitucional brasileira:¹¹ o princípio da preservação da empresa.¹²

A empresa – entendida como unidade de fatores humanos, técnicos e econômicos organizada para a exploração, com fins lucrativos, de uma atividade produtiva¹³ – é a célula do desenvolvimento

-
- 9 Na avaliação de Pedro Celestino, Presidente do Clube de Engenharia: “O combate à corrupção é de todos, não só no Brasil. Em outros países, as empresas foram punidas com multas pesadíssimas, os responsáveis, após o processo legal, foram punidos também, mas as empresas foram preservadas. As empresas são patrimônios desses países. Nós corremos o risco, se esse setor for desmontado, de perder o patrimônio tecnológico acumulado ao longo de 60 anos e um milhão de empregos”. Para acessar a íntegra da entrevista, confira-se: <<http://www.portalclubedeengenharia.org.br/info/pedro-celestino-faz-defesa-intransigente-da-engenharia-brasileira-na-globo-news>>. Acesso em : 25 fev. 2016.
- 10 ALVARENGA, Darlan. “Impacto da Lava Jato no PIB pode passar de R\$ 140 bilhões, diz estudo”. *G1*, São Paulo, 11/08/2015. Reportagem jornalística disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/08/impacto-da-lava-jato-no-pib-pode-passar-de-r-140-bilhoes-diz-estudo.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.
- 11 É o que defende, por exemplo: CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação de empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 45.
- 12 “O princípio da preservação da empresa reconhece que, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais de trabalhadores, consumidores e outras pessoas; são estes últimos interesses que devem ser considerados e protegidos, na aplicação de qualquer norma de direito comercial”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 1: Direito de Empresa. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 76). Sobre o tema, v. também: NEDER CERZETTI, S. C. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012; PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- 13 Na definição de Sérgio Campinho, a empresa “manifesta-se como uma organização técnico-econômica, ordenando o emprego de capital e trabalho para a exploração, com fins lucrativos, de uma atividade produtiva”

econômico em uma sociedade capitalista. Portanto, é através das empresas que se gera a maior parte dos postos de trabalho (CF, art. 170, VIII; art. 1º, IV e art. 6º), a maior parte das riquezas (CF, art. 170, I e II) e, conseqüentemente, a maior parte da arrecadação tributária (CF, art. 145, § 1º).¹⁴

Por essa ordem de razões, as empresas são complexos tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio¹⁵ e, nos termos do art. 47, da LC 101/2001, devem, sempre que se mostrarem economicamente viáveis, ser preservadas.

É possível perceber, nesse quadrante, que existe um conflito entre valores constitucionalmente relevantes. De um lado, o princípio da moralidade administrativa reclama, conforme previsto pelo direito infraconstitucional, que as empresas ímprobas sejam impedidas de contratar com o Poder Público. Do outro, a ordem constitucional também prescreve a preservação, até o limite da viabilidade econômica e jurídica, das empresas nacionais.

(CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11). Segundo Arnaldo Rizzardo, a “empresa como entidade organizada, ou como, na denominação de Américo Luís Martins da Silva, ‘fenômeno econômico da produção organizada’, é instituto genérico e impessoal que abrange os vários tipos de sociedade, voltados à produção e circulação de bens ou serviços, com finalidade econômica, e objetivando o lucro”. (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Empresa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20). De acordo com Fábio Ulhoa, conceitua-se “empresa como sendo *atividade*, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)”. Nesse prisma, Arnaldo Wald acrescenta que a empresa “configura-se como atividade econômica e envolve uma gama muito maior de interesses, tais como dos empregados, dos consumidores, do Fisco, etc.” (WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. XIV: livro II, do direito de empresa. Coordenadores: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 30).

14 PERIN JÚNIOR, Élcio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59-60.

15 De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a dissolução desnecessária de uma sociedade empresária “nada aproveitaria aos valores sociais envolvidos, no que diz respeito à preservação de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento econômico do país. À luz de tais razões, o rigorismo legislativo deve ceder lugar ao princípio da preservação da empresa” (STJ, EREsp 111.294/PR, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/06/2006, DJ 10/09/2007, p. 183). Em outro julgado, a Ministra Nancy Andrighi nos lembra que “existe o interesse público, igualmente considerável, na preservação da empresa em dificuldades financeiras, com a manutenção das unidades produtivas e de postos de trabalho” (STJ, AgRg no AgRg no CC 119.970/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 17/09/2013; Excerto do voto da ministra relatora).

Como se sabe, a colidência entre normas de natureza principiológica¹⁶ é equacionada através da ponderação¹⁷ - que, como bem conceitua a professora Ana Paula de Barcellos, consiste na “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.¹⁸

A primeira conclusão a que se chega é que a proibição de contratar com o Poder Público é sanção de natureza gravíssima e de efeitos muito severos, de tal sorte que a sua aplicação deve se dar apenas em face de fatos excepcionalmente graves.

Nessa perspectiva, parece-nos inadequado aplicar a sanção em comento de forma automática¹⁹, acrítica e imotivada. O juiz só deve aplicá-la quando o autor da ação a requerer e conseguir comprovar a sua adequação e necessidade²⁰, devendo o magistrado sentenciante ainda se

16 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2. ed. 1997. p. 86: “Princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Por essa razão, os princípios devem ser lidos como mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas”. (Tradução livre). Nos termos do célebre conceito de Humberto Ávila: “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e da parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 102).

17 Conformes pontuamos em outra oportunidade: “Diferente do que ocorre na hipótese de conflito entre regras jurídicas, a colisão de princípios não impõe à exclusão permanente de um deles. A lógica hermenêutica é outra e a solução a que se chega também, pois, apenas de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, é que se pode inferir qual princípio deve ceder e em que medida isso ocorrerá – sendo a solução construída válida somente para aquele episódio específico (TEIXEIRA, João Pedro Accioly. “A Colidência e a Igualização de Direitos Fundamentais na Seara Biográfica”. *Revista da EMERJ*, v. 18, p. 115-128, 2015).

18 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

19 “A imposição da pena de proibição de contratar com a Administração Pública e à restrição de recebimento de benefícios por parte do Poder Público não é automática, devendo guardar pertinência com os atos ímprobos praticados” (TJMG - Apelação Cível 1.0702.11.005333-8/002, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, julgamento em 11/11/2015, publicação da súmula em 27/11/2015).

20 A expressão “adequação e necessidade” foi empregada em seu sentido técnico, em referência aos dois primeiros subprincípios da proporcionalidade – tema que será abordado na próxima nota de rodapé.

desincumbir do ônus argumentativo de fundamentar suficientemente a medida²¹, ante as particularidades do caso que estiver apreciando.²²

Observe-se que os preceitos da lei de regência respaldam a interpretação ora proposta:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou

21 Fábio Medina Osório acolhe entendimento diferente. Manifestando-se especificamente quanto à proibição de contratar com o Poder Público, ele assevera que: “Primeiro, o legislador estipulou a regra, vale dizer, a imposição da sanção, que, assim, emerge como consequência lógica da improbidade administrativa. Desnecessário até mesmo fundamentar sua imposição. Basta que se reconheça a improbidade administrativa. Mas da sentença há de emergir, naturalmente, uma fundamentação reconhecedora da gravidade do ato ímprobo e da consequente necessidade da medida restritiva da liberdade no mundo negocial. Em palavras diversas: a sanção há de estar respaldada na proporcionalidade, seja com a invocação direta desse princípio, seja indiretamente conectada às bases e fundamentos do *decisum*”. (OSÓRIO, Fábio Medina. “As Sanções da Lei 8.429/1992 aos Atos de Improbidade Administrativa”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; Di PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais - Direito Administrativo. Volume VII - Agentes Públicos e Improbidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 882).

22 Não nos parece suficiente, nem mesmo, a fundamentação meramente retórica – que, não apregoando os caracteres específicos do caso concreto, limite-se a rotular tautologicamente a gravidade da conduta apreciada. Nesse sentido, é oportuno apontar que o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), no art. 489, § 1º, II e III, não considera fundamentada a decisão judicial, de qualquer natureza, que “II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” e “III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.

indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Em outros termos, tem-se que a própria Lei 8.429/1992, ao cominar as penas aplicáveis aos atos de improbidade, exorta o operador do Direito a examinar a gravidade do fato (notadamente, a extensão dos danos causados e dos proveitos econômicos obtidos) e, com base em um juízo de proporcionalidade e razoabilidade²³, aplicar, de modo cumulado ou isolado²⁴, as penalidades que foram legalmente previstas.

23 A maior parte da doutrina, na qual se insere o professor Luís Roberto Barroso, entende que o conteúdo jurídico dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade seria o mesmo, havendo diferenças apenas quanto à origem histórica do instituto – a proporcionalidade derivaria da elaboração jurídica alemã e a razoabilidade seria uma construção jurisprudencial norteamericana (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 277-280). Para essa parcela doutrinária, a razoabilidade e a proporcionalidade seriam instrumentos dirigidos a refrear a edição de atos normativos desprovidos de racionalidade ou legitimidade finalística. Aponta-se também que tais princípios seriam compostos de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tais subprincípios são compreendidos como “testes” para aferir a validade de uma norma. Em outros termos, a constitucionalidade de um ato normativo depende (i) da sua capacidade material de promoção da finalidade que o fundamenta (adequação); (ii) da inexistência de outro meio menos gravoso ao Direito Fundamental restringido e igualmente eficaz à promoção da finalidade visada (necessidade) e, por fim, (iii) da demonstração de que os benefícios gerados pela norma são maiores e mais significativos do que os seus ônus (proporcionalidade em sentido estrito). Na feliz síntese de Willis Santiago Guerra Filho: “uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens (*Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 84-85). Registre-se, por derradeiro, que o professor Humberto Ávila, minoritariamente, porém embasado em sólido levantamento jurisprudencial, atribui conteúdos distintos e autônomos aos referidos princípios (Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 189-223).

24 “Cabe lembrar que toda disciplina punitiva subordina-se ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, que contém a razoabilidade e que impõe equivalência entre agressão e repressão, que restaria definitivamente comprometida com a obrigatoriedade de imposição da totalidade de uma extensa relação de penalidades a fatos substancialmente diferentes no que concerne ao comprometimento dos bens tutelados pelo Direito.

O Superior Tribunal de Justiça, em relevante precedente já citado, assenta que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade tem imperiosa e larga aplicabilidade no subsistema da Lei 8.429/92. No caso concreto em referência, o STJ, a despeito de fixar multa civil aos demandados, afastou, por considerar excessivamente graves, “as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público”:

7. O juiz, na medida da reprimenda (= juízo de dosimetria da sanção), deve levar em conta a gravidade, ou não, da conduta do agente, sob o manto dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que têm necessária e ampla incidência no campo da Lei da Improbidade Administrativa. [...]

12. Recurso Especial provido, somente para restabelecer a multa civil de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), afastadas as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público, pretendidas originalmente pelo Ministério Público.²⁵

Seguindo essa orientação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), ao apreciar ação de improbidade intentada contra vereador que utilizava carro oficial para fins privados, entendeu que:

De outra parte, contudo, embora reprováveis as condutas ímprobas, reputo excessivas a aplicação das sanções cumulativas cominadas na r. Sentença recorrida - Princípio da proporcionalidade - Razoável a exclusão das condenações em perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por cinco anos e a proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos, remanescendo somente a multa civil reduzida para o valor equivalente à remuneração de um mês então percebida pelo requerido quando ocupava o cargo de vereador bem como a condenação de ressarcimento do dano ao erário a ser apurado em sede de execução – Precedentes.²⁶

Lastreado nos mesmos princípios, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em recente oportunidade, assim se pronunciou:

[...] Assim, o Judiciário, atento aos ditames desse princípio, deverá considerar cada caso concreto em face dele, podendo perfeitamente deixar de aplicar uma ou mais sanções dentre as previstas no art. 12 da Lei 8.429, de 1992”. (PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 153).

25 STJ, REsp 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010.

26 TJ/SP, Apelação: 0001791-17.2012.8.26.0282, Des. Rel. Sidney Romano dos Reis; 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/12/2015; Data de registro: 16/12/2015.

No caso de aplicação das penalidades decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, cabível é a individualização e gradação das penas proporcionalmente à natureza e a gravidade da conduta do réu, levando em consideração a reincidência na prática ímproba. 3- É mister o decote da penalidade de proibição de contratar e receber incentivos do Poder Público, quando a pena não encontra correlação direta com a conduta ímproba reconhecida, e não possui efetividade para a reprimenda e prevenção de novas práticas da mesma natureza.²⁷

Dessarte, considerando os princípios da razoabilidade e da preservação da empresa, propõe-se que a proibição de contratar com o Poder Público deva ser aplicada somente quando (i) os atos de improbidade sancionados possuírem comprovada gravidade, (ii) a medida proibitiva revelar-se adequada e necessária à tutela do erário e houver, nesse sentido, (iii) pedido expresso do autor da ação e (iv) fundamentação bastante e específica do magistrado sentenciante.

2 ABRANGÊNCIA TERRITORIAL (OU INSTITUCIONAL) DA VEDAÇÃO.

Nesse tópico, abordar-se-á a controvérsia relacionada à abrangência territorial, ou institucional, da proibição de contratar com a Administração. Em outros termos, o que se pesquisa é se uma condenação, por improbidade, que implique a interdição do direito de contratar com o Poder Público, alcança, independentemente das particularidades e das dimensões do fato sancionado, todas as pessoas jurídicas de direito público ou privado, integrantes da Administração Pública direta ou indireta, de todas as unidades federativas brasileiras.²⁸

Antes de fornecer as minhas impressões e entendimentos sobre o tema, penso ser oportuno recuperar o que se tem escrito sobre o ponto a ser tratado. Não sem antes, contudo, alertar que o presente trabalho aborda, especificamente, a proibição de contratar com o Poder Público em função de ato de improbidade – não sendo objetos de análise, embora conclusões possam ser aproveitadas pela via analógica, outros fenômenos

27 TJ/MG, Apelação: 1.0040.11.001992-0/001, Des. Rel. Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, julgamento em 02/02/2016, publicação da súmula em 16/02/2016.

28 Em nosso heterodoxo federalismo tridimensional, atualmente compõem a República Federativa do Brasil a União, o Distrito-Federal, 26 Estados e cerca de 5.570 municípios.

correlatos, como as sanções pela inexecução de contratos administrativos previstas no art. 87, III e IV, da Lei 8.666/1993.

De imediato, consigne-se que há esparsas e divergentes manifestações doutrinárias acerca do tema, embora pareça prevalecer, ao menos em doutrina, a tese de que a proibição de contratar irradia efeitos sobre todos os entes públicos brasileiros.

Nesse sentido, destaque-se que Marino Pazzaglini Filho considera que a extensão da proibição de contratar “extrapola o âmbito do ente lesionado, estendendo-se a todos os entes da federação e seus organismos da administração direta e indireta”.²⁹

Wallace Paiva Martins Júnior, igualmente, defende que essa “suspensão é absoluta, irradiando-se para todo e qualquer nível de governo (federal, estadual, municipal) e de Administração (direta, indireta e fundacional)”.³⁰

Arnaldo Rizzardo segue a mesma orientação dos autores citados³¹, sendo ainda acompanhado por José dos Santos Carvalho Filho, para quem “a Administração Pública é uma só, é una, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura”.³²

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves dedicam mais tinta para tratar do tema:

À expressão Poder Público deve ser dispensada interpretação condizente com a teleologia da norma, alcançando a administração pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e não somente o sujeito passivo do ato de improbidade praticado pelo ímprobo. A aplicação dessa sanção resulta da incompatibilidade verificada entre a conduta do ímprobo e o vínculo a ser mantido com a administração pública, o que torna desinfluyente qualquer especificidade em relação a esta, já que a sanção circunda a esfera subjetiva do ímprobo, a qual não é delimitada pelo ente que

29 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 140.

30 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 282.

31 RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 538.

32 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 225.

tenha sido lesado pelo ato de improbidade, tornando-se extensiva a todos os demais.³³

Nada obstante, informa-se que essa interpretação extensiva foi expressamente adotada pelo Parecer nº 113/2010/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União.

Na seara jurisprudencial, o seguinte acórdão, proferido pelo TJ/SP, também consagra o entendimento de que a proibição de contratar com o Poder Público seria intrinsecamente universal:

Já em relação ao âmbito de delimitação para aplicação da pena de proibição de contratar com o poder público, convém considerar o que dito expressamente pela Lei, segundo a qual, no caso de ofensa do art. 10, da Lei nº 8.429/62, possível a aplicação desta penalidade de “proibição de contratar com o PODER PÚBLICO” (art. 12, II). Desta forma, tanto os entes Municipais, como os Estaduais e o Federal são considerados para esta finalidade como PODER PÚBLICO, não havendo como destacar deste termo a limitação imaginada pela corre ENOPS, a apenas ao ente Municipal que sofrera o prejuízo.

Reputado e provado que houve ato ímprobo praticado pelos corréus, disso não se tem a menor dúvida, e não será agora objeto de novo julgamento, já que ambos os embargos de declaração não têm esta extensão pretendida, não faz o menor sentido restringir a contratação com o PODER PÚBLICO apenas em relação ao ente Municipal, principalmente porque o comportamento ímprobo deve obstaculizar a relação negocial com o PODER PÚBLICO, e não como o ENTE MUNICIPAL, não podendo o intérprete fazer esse elastério não contido na Lei (art. 12, II, da Lei nº 8.429/92).³⁴

33 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 675.

34 TJ/SP, Embargos de Declaração nº 0005274-82.2010.8.26.0037, Des. Rel. Rebouças de Carvalho; 9ª Câmara de Direito Público; 09/04/2014; Data de registro: 10/04/2014. Acresce a ele, acórdão mais antigo prolatado pelo TJ/MG: “A expressão ‘Poder Público’ vertida no art. 12, I, da referida Lei, não deixa margem a interpretações outras senão que a proibição de contratar alcança a Administração Pública como um todo, atingindo todos os seus níveis. (TJMG - Embargos de Declaração 1.0000.00.198715-5/001, Des. Rel. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, 3ª Câmara Cível, julgamento em 31/05/2001, publicação da súmula em 29/06/2001).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça tem interessante precedente, relatado pela Min. Eliana Calmon, que respalda uma visão restritiva da proibição de contratar com o Poder Público:

1. O princípio da legalidade estrita enseja o exame do questionamento dos embargantes quanto à modulação das sanções administrativas diante da previsão constante do parágrafo único do art. 12 da LIA, para verificar se as condenações foram proporcionais e razoáveis à extensão do dano causado.
2. Constatada a demasia nas sanções administrativas aplicadas às empresas, merecem acolhida os embargos de declaração, para readequá-las às condutas examinadas.
3. Proibição de contratar com o serviço público que deve restringir-se, para a empresa ODEBRECHT S.A. às avenças com a empresa LIMPURB, diante do fato de só ter participado de três aditamentos, nenhum deles para inserir serviços sem licitação. Pela mesma razão, a vedação ao recebimento de benefícios e incentivos deve ficar restrito ao Município de São Paulo.
4. Aceita-se ainda a moderação para a empresa CBPO LTDA., para limitar a sanção quanto à contratação com o serviço público e ao recebimento de benefícios e incentivos ao Município de São Paulo.
5. Prejudicada a análise dos embargos de declaração na MC 10.517/SP, cujo pleito era para manter o efeito suspensivo do recurso especial até o julgamento dos presentes embargos declaratórios.³⁵

Observe-se, o trecho do voto da relatora que aborda, com maior detença, a questão ora discutida:

Examinando a querela no ponto da sanção, pelo princípio da proporcionalidade, não me parece razoável que uma empresa como a CBPO, mesmo tendo cometido grave infração contratual que a torna ímproba, venha a ter decretada sentença de morte. Sim, porque nenhuma empresa de grande porte resistirá a ficar por cinco anos sem contratar com o serviço público em toda e qualquer unidade da Federação. Daí a necessidade de delimitar-se a reprimenda administrativa para situá-

35 STJ, EDcl no REsp 1021851/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009.

la dentro dos limites do Município de São Paulo, estabelecendo-se a sanção de proibição de contatar com o serviço público municipal, dentro da cidade de São Paulo, o que deixa livre a empresa para contratar com outros Municípios, inclusive os que formam a chamada Grande São Paulo.

Em outro julgado, relatado pelo Min. Teori Zavascki, o STJ aplicou o mesmo raciocínio que fundamentou a decisão acima transcrita:

No que se refere à proibição de contratar com o Poder Público, a pena, no caso, deve ficar restrita aos limites do Estado de Rondônia, lesado com o ato de improbidade. Impedir que os demandados, especialmente a empresa de ônibus, possam contratar com outros órgãos da Administração Pública (da União, de outros Estados ou de Municípios), representaria pena desproporcional, incompatível com o princípio da [razoabilidade,] com o qual deve ser ajustada.³⁶ [Trecho do voto do relator].

No âmbito dos Tribunais de Justiça, também se encontra acolhida para essa segunda tese:

Ilicitude consistente na contratação direta (sem licitação) da FGV (Fundação Getúlio Vargas) para prestação de serviços de consultoria administrativa, no quadro do art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, com subcontratações ao IFF (Instituto Florestan Fernandes) e a empresa Frontsevice, indevidas: trespasse do objeto nuclear ou essencial do contrato principal, em circunstâncias reveladoras da deslealdade, má-fé e dolo de direcionamento contratual às subcontratadas - Ofensa aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa - Classificação do ato ímprobo no art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa, sem condenação ao ressarcimento de danos, ante a prestação dos serviços realizada - Sanções de multa civil e proibição de contratar com a Administração Pública ou dela receber benefícios, ou incentivos, por três anos, nos termos do art. 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa justificada - Razoabilidade e proporcionalidade das sanções aplicadas, em regra - Exceção, contudo, para uma das corrés (FGV), a justificar, por maioria de votos, o realinhamento da sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios, ou incentivos fiscais, ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da

36 STJ, DJe 18 ago. 2008, REsp 1003179/RO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

qual seja sócio majoritário, para o fim de limitar esta sanção restritiva de direitos apenas em relação ao ente público com o qual contratou (PMSP) - Sentença confirmada em seu núcleo, com essa alteração, a refletir a procedência parcial da demanda - RECURSO DO AUTOR E DOS CORRÉUS DESPROVIDOS, SALVO O DA CORRÉ FGV, PROVIDO EM PARTE.³⁷

Na seara doutrinária, acolhendo a orientação jurisprudencial propalada pelo STJ³⁸, Márcia Pelegrini defende que a extensão territorial da proibição de contratar com o Poder Público deva ser fixada na decisão judicial que aplica a reprimenda, de acordo com as circunstâncias do caso concreto:

37 TJ/SP, Apelação: 0047677-52.2009.8.26.0053, Des. Rel. Vicente de Abreu Amadei; 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 18/11/2014; Data de registro: 21/11/2014.

38 Insolitamente, já que inexistente *ratio iuris* para tanto, o STJ não aplica esse entendimento às hipóteses de suspensão do direito de contratar com a Administração Pública previstas no art. 87, III e IV, da Lei de Licitações. Exemplificativamente, confira-se: “ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EXARADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERADOS. 1. A questão jurídica posta a julgamento cinge-se à repercussão, nas diferentes esferas de governo, da emissão da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, prevista na Lei de Licitações como sanção pelo descumprimento de contrato administrativo. 2. Insta observar que não se trata de sanção por ato de improbidade de agente público prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992, tema em que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência limitando a proibição de contratar com a Administração na esfera municipal, de acordo com a extensão do dano provocado. Nesse sentido: EDcl no REsp 1021851/SP, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 23.6.2009, DJe 6.8.2009. 3. ‘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 Pública” (art. 87 da Lei 8.666/1993). 4. A definição do termo Administração Pública pode ser encontrada no próprio texto da citada Lei, que dispõe, em seu art. 6º, X, que ela corresponde à “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”. 5. Infere-se da leitura dos dispositivos que o legislador conferiu maior abrangência à declaração de inidoneidade ao utilizar a expressão Administração Pública, definida no art. 6º da Lei 8.666/1993. Dessa maneira, consequência lógica da amplitude do termo utilizado é que o contratado é inidôneo perante qualquer órgão público do País. Com efeito, uma empresa que forneça remédios adulterados a um município carecerá de idoneidade para fornecer medicamentos à União. 6. A norma geral da Lei 8.666/1993, ao se referir à inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aponta para o caráter genérico da referida sanção, cujos efeitos irradiam por todas as esferas de governo. 7. A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada em razão de 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. 8. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador - Administração Pública -, no dispositivo concernente à aplicação de sanções pelo ente contratante, deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição. 9. Recurso Especial provido”. (STJ, REsp 520.553/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 10/02/2011, Publicado no Informativo de Jurisprudência de nº 414).

Se a proporcionalidade é a adequação das medidas tomadas diante da necessidade, de forma que os interesses individuais só devem ser sacrificados na medida da estrita necessidade ao atendimento do interesse público, não desdobrando do que seja realmente indispensável ao atendimento da finalidade da lei e da necessidade pública, só se pode concluir pela impossibilidade da interpretação no sentido de que em toda e qualquer situação o alcance da pena de proibição de contratar com o Poder Público se estende a todo o território nacional.³⁹

Feita essa breve incursão na doutrina e na jurisprudência, passa-se a enfrentar a questão colocada. A partir de uma leitura rápida, a expressão “Poder Público” parece, de fato, remeter a uma ideia abrangente, capaz de englobar todos os entes e pessoas jurídicas vinculadas, ainda que indiretamente, ao Estado. Do ponto de vista exclusivamente gramatical, essa realmente parece ser a significação mais óbvia e imediata e, talvez por isso, a doutrina administrativista incline-se preponderantemente a defendê-la.

Contudo, como alerta Carlos Maximiliano, a “linguagem, como elemento de Hermenêutica, assemelha-se muitas vezes a certas rodas enferrujadas das máquinas, que mais embarçam do que auxiliam o trabalho”.⁴⁰ Desse modo, são “inevitáveis os extravasamentos e as compressões; resultam da pobreza da palavra, que torna esta inapta para corresponder à multiplicidade das ideias e à complexidade da vida”.⁴¹

Assentado nessas premissas, o maior o exegeta brasileiro de todos os tempos pontifica: “Nada de exclusivo apego aos vocábulos. O dever do juiz não é aplicar os parágrafos isolados, e, sim, os princípios jurídicos em boa hora cristalizados em normas positivas”.⁴²

Nessa ótica, o entendimento de que qualquer ato de improbidade – independentemente do seu grau de reprovabilidade, do seu alcance e da magnitude de suas consequências – implique a proibição de contratar com todos os entes públicos brasileiros parece colidir frontalmente

39 Márcia Pelegrini, Lei de improbidade administrativa – extensão territorial dos efeitos da pena de proibição de contratar com o poder público, *Boletim de direito administrativo* 6:677, 2009.

40 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 98.

41 *Ibidem*, p. 92.

42 *Ibidem*, p. 97.

com os princípios da livre iniciativa, da preservação da empresa e da proporcionalidade.⁴³

Como bem aponta Carlos Ari Sunfeld, “com o passar do tempo, um texto muito aberto pode ir se fechando por obra da cultura jurídica, da jurisprudência e da acomodação de interesses”⁴⁴ constitucionalmente relevantes. É, justamente, o que se espera que ocorra com a locução “Poder Público”, em relação à reprimenda em estudo.

Nessa perspectiva, convém destacar que o professor Carlos Ari, na obra supra aludida, defende serem extensíveis, aos magistrados que julgam com base em princípios⁴⁵, os ônus típicos dos agentes reguladores - concluindo que é dever dos juízes:

Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, anteaver os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial.

Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das instituições e dos azares – em resumo: pura feitiçaria.⁴⁶

43 Na formulação da professora Odete Medauar, o “princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social”. (*Direito Administrativo Moderno*, 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 163);

44 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 67.

45 O atual paradigma jurídico, de índole neoconstitucionalista e pós-positivista, tem como um de seus principais traços distintivos a centralidade normativa dos princípios (Cf. BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro”. In: Luís Roberto Barroso (Org.). *A nova Interpretação Constitucional - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 327-378). Nessa linha, embora a intensidade e o tipo de aplicação variem caso a caso, o magistrado contemporâneo não mais pode esquivar-se de julgar com base em princípios jurídicos.

46 SUNDFELD, op. cit., p. 83-84.

Mais especificamente, cabe enfatizar que ao jurista contemporâneo não é dado ignorar as consequências que emanarão da opção interpretativa que ele acolher. E, como visto no primeiro capítulo, escolhas hermenêuticas equivocadas, quanto à proibição de contratar com o Poder Público, podem gerar a extinção de numerosas sociedades empresárias e de milhões de empregos, acarretando perversos efeitos econômicos e fiscais.

Sobre o ponto, revelam-se preciosas as lições de Daniel Sarmiento, para quem a “interpretação deve envolver a avaliação das necessidades humanas e sociais” e “o modo como a decisão repercute no mundo social”.⁴⁷ Para o mencionado autor, o hermenêuta deve guardar especial “preocupação com as consequências não apenas da decisão do caso concreto, mas também com aquelas que derivam da adoção ou rejeição de determinados argumentos ou teoria hermenêuticas”.⁴⁸

[N]ão deve o intérprete se revelar insensível às questões e problemas práticos do mundo real com que se depara, fechando os olhos para as consequências das suas decisões. Aliás, sob a égide de Constituição dirigente, que se propõe a atingir determinados fins, seria profundamente contraditório que se negasse ao intérprete a possibilidade de considerar os efeitos que as suas decisões tendem a produzir, no sentido da efetiva realização daqueles fins. Intérpretes constitucionais responsáveis não podem ignorar os efeitos das suas decisões.

Contudo as consequências das escolhas interpretativas devem ser avaliadas não a partir de pautas utilitárias, ou das preferências subjetivas de cada intérprete, mas com base no sistema de valores da própria Constituição.⁴⁹

A partir dessas premissas, parece ser mais razoável, além de mais consentâneo com os valores tutelados pela ordem constitucional brasileira, propor que a proibição de contratar com o Poder Público recaia, em princípio, apenas sobre o ente político diretamente lesado.

Em outros temas, advoga-se que exista uma relação de apriorística congruência entre o alcance do ato de improbidade sancionado, quanto aos entes políticos prejudicados, e a sanção que lhe for correspondente.

47 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 423.

48 *Ibidem*, p. 424.

49 *Ibidem*, p. 427.

2.1 A possibilidade de extensão justificada da abrangência da vedação

A despeito das considerações acima apresentadas, penso ser prudente ressaltar a possibilidade de universalizar a vedação ora analisada, ou aumentar a sua abrangência de modo proporcional, na hipótese de se comprovar a prática de múltiplos e sistemáticos atos ímprobos – o que exigiria do magistrado sentenciante um ônus argumentativo especificamente dirigido a tal finalidade.

Nesse prisma, parece necessário diferenciar e conceder distintas sanções jurídicas ao ato ímprobo isolado e à empresa que se utiliza, orgânica e frequentemente, de expedientes ilegais contra o Estado.

Não se afiguraria constitucionalmente viável, por exemplo, impedir que uma empreiteira de grande porte, nacionalmente capilarizada, seja impedida de contratar com os quase seis mil entes políticos brasileiros e suas incontáveis pessoas jurídicas por força de um fato isolado, ocorrido numa municipalidade do interior de Roraima.⁵⁰

As empresas não podem ser compreendidas, nem punidas, como se invariavelmente fossem um bloco monolítico. Em regra, grandes corporações são subdivididas em gerências, diretorias ou agências – que usualmente atuam com relativa autonomia. Se a sanção em tela for aplicada sempre em termos absolutos, as empresas serão, com frequência, desproporcionalmente punidas e, com isso, serão também penalizados os seus empregados, a sociedade e o próprio Estado brasileiro – dados os já mencionados papéis econômicos e sociais das empresas.

No entanto, se a sociedade empresária demonstra possuir um histórico de transgressões reiteradas, que indiquem a existência de um “DNA intrinsicamente corrupto”, o juiz tem o poder-dever de estender a abrangência da medida proibitiva à Administração Pública brasileira como um todo, com vistas a tutelar os entes públicos de novos danos.

⁵⁰ Exemplo similar consta da obra de Marçal Justen Filho: “Numa licitação de pequeno porte, num Município no interior distante, um representante local de uma grande empresa praticou o despropósito de falsificar uma certidão negativa de tributos estaduais. A falsificação foi descoberta e se pretendeu aplicar a declaração de inidoneidade. Isso significaria possivelmente a extinção da empresa. Essa solução não pode ser admitida. É cabível produzir sancionamento exemplar, mas não é defensável a imposição da ‘pena de morte’ para a empresa. Em suma, tem-se verificado no âmbito da atividade administrativa sancionatória uma certa banalização das sanções mais severas. Deixam de ser reservadas para condutas insuportáveis e são aplicadas sem medida de proporcionalidade. Essa orientação não merece adesão e nem encontra respaldo na disciplina constitucional vigente”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1163).

Perceba-se que a universalização da reprimenda, nos termos da proposta ora apresentada, depende da comprovação de condutas ímprobas profusas ou, ao menos, da existência de uma estrutura empresarial dirigida à prática de múltiplos atos de improbidade.

A depender das circunstâncias verificadas, o juiz pode haver por bem ampliar, porém não universalizar, o âmbito de eficácia da proibição de contratar com o Poder Público. Essa aparenta ser a sanção mais adequada para hipóteses em que uma grande empresa, nacionalmente espaiada, apresenta um histórico de casos de improbidade adstritos a determinadas localidades ou região.

Em breve síntese, defende-se que o postulado da proporcionalidade não incide apenas quando da decisão entre afastar ou aplicar a reprimenda em estudo. Os caracteres do caso concreto apreciado e os princípios constitucionais devem orientar também a definição da abrangência da sanção – que deve ser individualizada (CF/88, art. 5º, XLVI), para não pecar nem pelo excesso, nem pela insuficiência. O alcance territorial da medida proibitiva deve corresponder, pois, ao grau de lesividade do ato ímprobo sancionado.

Esse raciocínio jurídico deveria permitir, ao juiz, individualizar também o tempo de proibição de contratar com o Poder Público aplicável a cada episódio de improbidade por ele apreciado. Contudo, a lei de regência da matéria apresenta claro sistema de tarifamento temporal – baseado, ainda que de forma insatisfatória, justamente na lógica da razoabilidade. Na forma do art. 12, da Lei 8.429/92, as hipóteses de condutas ímprobadas previstas no art. 9º da Lei (enriquecimento ilícito) acarretam interdição de dez anos; os casos elencados no art. 10 (danos ao erário) implicam proibição de cinco anos e os tipos constantes do art. 11 (ofensa aos princípios administrativos) ensejam a vedação do direito de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos.⁵¹

Seria oportuno que o legislador ordinário tivesse fixado uma escala temporal, semelhante à técnica de cominação de reprimendas empregadas no direito penal, para cada espécie de improbidade administrativa, permitindo ao magistrado sentenciante melhor adequar o período de interdição do direito de celebrar contratos administrativos às particularidades do fato sancionado. Contudo, dada a sistemática legal vigente, essa é hipótese que não se pode cogitar. Tem-se aqui, no máximo, uma proposta de *lege ferenda*.

51 A propósito, v. OSÓRIO, Fábio Medina. "As Sanções da Lei 8.429/1992 aos Atos de Improbidade Administrativa". In: SUNDFELD, Carlos Ari; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais - Direito Administrativo. Volume VII - Agentes Públicos e Improbidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 882.

3 ESPÉCIES DE CONTRATOS E BENEFÍCIOS FISCAIS NÃO ALCANÇADOS PELA REPRIMENDA

A medida proibitiva objeto deste trabalho, conforme prevista pela Lei 8.429/92, não interdita somente o direito de licitar e contratar com a Administração Pública, impedindo também que o sujeito apenado receba benefícios fiscais ou creditícios do Estado.⁵²

Convém registrar que, ao fazê-lo, o legislador ordinário não ressaltou, expressamente, qualquer exceção à regra aludida. Contudo a análise sistemático-teleológica do instituto, mais do que recomendar, impõe importantes exceções.

Em primeiro lugar, parece-nos intuitivo que a medida proibitiva em estudo não impede que o contribuinte seja favorecido por benefícios e incentivos fiscais de ordem genérica e disponibilidade *erga omnes*, instituídos em prol da coletividade – como é o caso, por exemplo, das faixas de isenção do Imposto de Renda e da redução de alíquotas do IPVA para veículos movidos à Gás Natural, previstas no art. 10, da Lei nº 2.877/1997 do Estado do Rio de Janeiro (na redação dada pela Lei Nº 7.068/2015).

O *telos* da proibição em referência é impedir que o Poder Público conceda alguma vantagem tributária especial à pessoa física ou jurídica declarada ímproba - o que pode ser facilmente obtido caso o sujeito da punição mantenha relações antirrepublicanas com outros funcionários e mandatários da burocracia estatal. Em breve síntese, o que se veda é a concessão de um privilégio fiscal, de natureza *intuitu personae* e índole imoral, ao sancionado.

Nesse ponto, concordamos com a opinião professada por José dos Santos Carvalho Filho – para quem a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais “não dá ensejo para excluir os benefícios genéricos (ex.: as isenções gerais), o que violaria o princípio da impessoalidade tributária”.⁵³

52 Nos termos da Lei 8.429/92, fala-se em “proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário”.

53 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1139. Sobre o tema, vale transcrever também as lições de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves: “Tratando-se de benefícios ou incentivos incondicionais, em que não é exigido do interessado o preenchimento de requisitos especiais, ou determinada contraprestação, inexistirá óbice a que o ímprobo venha a auferi-los, pois [os] referidos benefícios, em verdade, não representam um privilégio, mas medida de política fiscal adotada em prol da coletividade, sendo concedidos de forma genérica. Deve-se observar que entendimento contrário ensejaria o surgimento de múltiplos questionamentos sem solução adequada. Como

Dessa forma, concluí o mencionado autor que “a sanção se restringe à vedação de benefícios e incentivos fiscais ou creditícios de natureza pessoal, podendo alcançar anistia fiscal, remissão tributária, isenção restrita, subvenções e subsídios pessoais e outras benesses do gênero”.⁵⁴

Nada obstante, é relevante perquirir também se a reprimenda analisada abrange ou não todos os tipos de operações creditícias e de contratos celebrados com órgãos estatais. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves são categóricos ao defender que:

À proibição de contratar deve ser dispensada uma interpretação condizente com a extensão atribuída a essa sanção pelo texto legal, abrangendo todos os contratos passíveis de serem estabelecidos com o Poder Público, quer sejam unilaterais ou bilaterais, onerosos ou gratuitos, comutativos ou aleatórios. A proibição de contratar implica, ipso iure, na proibição de participar da licitação. Alcança, igualmente, os contratos individuais, ainda que de natureza trabalhista. [...]

Quanto à proibição de receber incentivos creditícios, ela veda a realização de empréstimos, financiamentos e doações ao ímprobo, os quais, como contratos que são, já estariam abrangidos pela proibição de contratar com o Poder Público.⁵⁵

Embora a argumentação transcrita seja sedutora, a sua aplicação inflexível, sem quaisquer temperamentos, revela-se bastante problemática. Como se sabe, os Estados contemporâneos são notadamente complexos e multifacetados.⁵⁶ Caracterizam-se pelo desempenho, através dos seus diversos órgãos e entidades, de amplo rol de atividades administrativas – que se estendem do exercício do poder de polícia à intervenção econômica direta

exemplo, pode-se mencionar a situação do ímprobo considerado isento por estar abaixo da faixa mínima tributável pelo imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Qual seria a alíquota aplicável a ele com a desconsideração da faixa legal de isenção? Qual seria a parcela fixa de dedução do imposto encontrado após a aplicação da alíquota? Considerando que referido imposto é progressivo, seria aplicada a mesma alíquota da primeira faixa tributável ou seria “criada” outra inferior? Poderia o ímprobo beneficiar-se das deduções gerais, as quais acarretam a redução da base de cálculo do tributo? Estes e outros questionamentos certamente permaneceriam sem resposta e, se resposta houvesse, ela fatalmente, não encontraria correspondência no princípio da legalidade em matéria tributária, já que a lei não contempla a tributação daqueles que percebem montante inferior ao mínimo, estipulado”. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2013, p. 677).

54 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1139.

55 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 675-677.

56 Por todos, v. JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 34-35.

em regime de concorrência com particulares, passando pela regulação, pela composição de algumas espécies de litígios⁵⁷ e pela prestação monopolista (ou não) de serviços públicos.

Nesse sentido, a Administração Pública não só contrata, após realizar processo licitatório ou dispensá-lo com base em permissivo legal, prestadores de serviços para suprir as suas próprias demandas. Em casos vários, a Administração é quem oferta, aos particulares em geral, ampla gama de serviços.

Tendo isso em mira, é imperioso restringir o objeto da medida proibitiva, fazendo com que esta não repercurta sobre os negócios jurídicos em que órgãos ou entidades administrativas sejam contratados para a prestação de serviços oferecidos ao público em geral.

Entender em sentido diverso, implicaria interditar, por exemplo, o direito dos apenados de contratarem serviços bancários, como os de conta corrente e de conta poupança, dos Bancos Públicos. Levada às últimas consequências, a opção hermenêutica proposta por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves vedaria que as pessoas sancionadas com essa medida contratassem, de empresas estatais, o fornecimento de serviços postais, energéticos, telefônicos, de transporte, de água e de esgoto.

Perceba-se que os exemplos aludidos não são meramente acadêmicos ou alegóricos, eles integram o cotidiano de milhões de brasileiros – entre os quais, certamente, também estão pessoas físicas e jurídicas condenas por improbidade administrativa. À guisa ilustrativa, cite-se empresas estais relevantes que prestam serviços à população em geral: o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, a Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (“CEDAE”), a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (“SABESP”), a Companhia Energética de Minas Gerais (“CEMIG”), a Empresa Pública de Transporte e Circulação de Porto Alegre (EPTC), a Petrobrás Distribuidora S.A. (“BR Distribuidora”) e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (“CORREIOS”).

Estender a proibição de contratar às hipóteses aventadas acima contraria o princípio da proporcionalidade, em sua tripla dimensão, eis que (i) a medida não se mostra adequada a tutelar o erário⁵⁸; (ii) acaba

57 Exemplificativamente, alude-se ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

58 Em razão da natureza dos contratos em referência, o apenado não tem meios materiais de adotar novas condutas ímprobos em prejuízo do Estado. O único risco que a Administração terá, como em relação a qualquer outro contratante, é o da inadimplência.

restringindo excessivamente diversos Direitos Fundamentais do apenado (como o direito ao transporte⁵⁹, à luz⁶⁰, à água⁶¹ e ao saneamento básico⁶²) e, por fim, (iii) parece provocar muito mais prejuízos do que vantagens.

Em respaldo à tese ora proposta, traz-se à colação irretocável precedente exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO, BEM COMO OBTER BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS. PENALIDADE. EXTENSÃO. 1 - A penalidade imposta ao agente público, que cometeu crime de improbidade administrativa, de contratar com o Poder Público e obter incentivos fiscais, não são extensivos àqueles serviços oferecidos ao público em geral, tais como aqueles oferecidos pelo Banco do Brasil S.A. para o correntista. 2 - Recurso provido. (TJ/MG - Agravo de Instrumento 1.0620.03.004685-3/003, Rel. Des. Nilson Reis, 2ª Câmara Cível, DJ: 07/05/2008)

As exceções defendidas neste tópico são explicadas, de modo preciso, pelo postulado normativo da “razoabilidade como equidade”, conforme a doutrina do professor Humberto Ávila.⁶³ Segundo leciona o mencionado autor, a aplicação de uma sanção jurídica não depende meramente da satisfação dos requisitos que delimitam a hipótese de incidência legalmente prevista. Além da subsunção do fato concreto à norma, é necessário que a aplicação da regra não seja “excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária”.⁶⁴

Em outro trabalho, o professor Humberto Ávila trata especificamente do fenômeno da “superinclusão” – que é, justamente, o que parece ocorrer tanto na proibição do recebimento de benefícios fiscais genéricos, quanto na vedação à contratação de serviços amplamente oferecidos à população por

59 CF/88, art. 6º, *caput*.

60 A propósito, v. ROSA, Taís Hemann da. “Direito Fundamental Social de Acesso à Energia Elétrica”. In: *III Seminário Internacional de Ciências Sociais e Ciência Política*, 2014, São Borja. Anais do III Seminário Buscando o Sul, 2014.

61 A propósito, v. ROSA, Taís Hemann da; PES, J. H. “O Direito Fundamental de Acesso à Água e a Interrupção do Serviço Público de Abastecimento”. In: *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012, Uberlândia. Direitos Fundamentais e Democracia I, 2012. p. 9176-9204.

62 A propósito, v. CARVALHO, S. A.; ADOLFO, L. Gonzaga S. “O direito fundamental ao saneamento básico como garantia do mínimo existencial social e ambiental”. *Revista Brasileira de Direito*, v. 8, p. 6-37, 2012.

63 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 195-197.

64 *Ibidem*, p. 197.

entidades estatais. Em ambos os casos, é preciso restringir a abrangência da norma proibitiva, para que ela não extrapole a finalidade que lhe anima e acabe alcançando situações ontologicamente distintas das hipóteses sobre as quais deve precipuamente incidir.

A propósito, confira-se o seguinte trecho da doutrina do professor Ávila:

De um lado, pode fazer com que alguns elementos, que eventualmente deveriam ter sido considerados, dependendo do ponto de vista, não sejam considerados na descrição legal contida na regra e, com isso, não possam ser considerados pelo aplicador, diante do caso concreto. É o fenômeno da “superinclusão” ou “sobreinclusão”: como as regras selecionam elementos a serem considerados, aqueles elementos por elas não selecionados, dependendo da rigidez com que a regra seja compreendida (que pode variar da rigidez absoluta de um modelo de formalismo puro à flexibilidade total de um modelo de particularismo puro, passando por modelos intermediários de rigidez moderada), não podem ser considerados no ato de aplicação, o que pode gerar uma solução injusta ou sub-ótima. Seria, por exemplo, o caso de aplicação da regra que proíbe a condução de animais de estimação em veículos de transporte público também para o caso de um cego cuja liberdade de locomoção depende do auxílio de um adestrado e dócil cão-guia. Nessa situação anormal, poder-se-ia afirmar que a hipótese da regra foi além do exigido pela sua finalidade. [...]

Nessas situações, comprovada e visivelmente anômalas, caberá ao aplicador deixar de aplicar a regra geral ao caso particular, com base no postulado da razoabilidade, no sentido equidade”.⁶⁵

Esse raciocínio deve ser adotado também na hipótese de operações creditícias entre o sujeito sancionado e o Poder Público, em sentido lato. Não nos parece haver óbice quando a avença se tratar de contrato de empréstimo com Bancos Públicos em que sejam praticados os juros e as condições oferecidas ao mercado em geral.

Veda-se, aqui, que o particular e os agentes públicos penalizados sejam beneficiados por programas oficiais de crédito – que são

65 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘Ciência do Direito’ e o ‘Direito da Ciência’”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binbenjoni. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 197.

operacionalizados à taxa de juros inferior ao custo de captação ou oportunidade do Governo Federal.⁶⁶

Além dos programas oficiais de crédito, entendo que a medida proibitiva estudada também alcança contratos de mútuo feneratício que fixem condições e juros não oferecidos de forma abrangente ao mercado, ainda que as taxas praticadas sejam superiores ao custo de captação dos recursos emprestados. Esse é o caso, por exemplo, de diversas avenças especiais celebradas no âmbito do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.⁶⁷

Encerrando o tópico, mostra-se possível concluir que a pena de proibição de contratar e receber benefícios fiscais ou creditícios do Poder Público não é materialmente absoluta e, por força da sua finalidade e do princípio da proporcionalidade, tal reprimenda não alcança avenças ou benefícios que sejam disponibilizados, de modo amplo, à população em geral.

4 OS CONTRATOS JÁ ASSINADOS: ATO JURÍDICO PERFEITO E CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Buscaremos analisar, neste breve tópico, se a interdição do direito de contratar com o Poder Público produz efeitos retroativos ou prospectivos. Em outras palavras, o que se pesquisa é se a superveniência da reprimenda implica, ou não, a rescisão automática dos contratos, celebrados entre o Poder Público e o apenado, que já se achavam em vigor ao tempo do aperfeiçoamento do ato proibitivo.

66 Os “benefícios ou subsídios creditícios são os gastos decorrentes de programas oficiais de crédito que oferecem condições mais acessíveis para os tomadores de empréstimo do que os recursos oferecidos no mercado financeiro, também denominados subsídios implícitos ou indiretos, em função de não constarem no Orçamento Geral da União, embora se ressalte o aspecto de que os recursos do Tesouro a eles alocados têm taxa de retorno inferior ao seu custo de captação (ou seja, há um custo sendo suportado)” [TCU, Plenário, AC 1.718/2005 e AC 2.446/2014]. Na definição da Portaria do Ministério da Fazenda nº 379/2006, art. 2º: “Para efeito desta Portaria, considera-se: [...] II - benefícios ou subsídios creditícios são os gastos decorrentes de programas oficiais de crédito, operacionalizados por meio de fundos ou programas, à taxa de juros inferior ao custo de captação do Governo Federal”.

67 Uma vez mais, o elemento teleológico da norma definirá o seu âmbito de incidência. A hipótese acima aventada parece ser um caso de subinclusão normativa. Em outros termos, tem-se uma situação de fato que deveria, dada a finalidade almejada pela norma, ser abarcada por sua hipótese de incidência (situação de fato genericamente descrita pelo legislador) – eis que tal tipo de empréstimo, embora não consista precisamente num benefício creditício, sobressai como operação de crédito especialmente vantajosa ao mutuário, dado que as condições e taxas de juros aplicáveis não são acessíveis de modo abrangente ou por critérios puramente objetivos. Ter-se-ia exemplo do fenômeno da subinclusão normativa se, em aplicação de norma que vede o ingresso de animais domésticos em transportes públicos, fosse permitido o ingresso de leões ou outros animais selvagens em tais meios coletivos de transporte.

Em nosso entendimento, consigne-se desde logo, os contratos vigentes não podem ser automaticamente extintos por sanção posterior à sua assinatura. Isso porque o respeito ao ato jurídico perfeito⁶⁸, além de fim em si mesmo, como expressão da previsibilidade e da segurança das relações jurídicas⁶⁹, configura, *in casu*, especial proteção à própria Administração e aos administrados, dada a sua íntima relação com o princípio da continuidade das atividades administrativas.⁷⁰

68 Na definição legada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (LINDB, art. 6º, § 1º). De acordo com as lições de Francisco Campos: “O que a Constituição assegura, portanto, ao determinar que o ato jurídico perfeito continuará a ser regido pela lei do tempo em que se consumou, é, precisamente, o efeito jurídico daquele ato, isto é, as transformações por ele operadas nas relações jurídicas que constituem o seu conteúdo, seja criando, seja modificando, transferindo ou extinguindo direito. O que resulta do ato jurídico perfeito é, precisamente, a aquisição de um direito, – ou a pretensão fundada a uma prestação, ou a modificação ou a extinção de direito anterior a determinada prestação. O ato jurídico perfeito é subtraído ao império da lei posterior precisamente para que não seja prejudicado pela sua aplicação o direito que emergiu daquele ato e que por seu intermédio se tornou adquirido ou se incorporou ao patrimônio do indivíduo”. (CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Vol. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1958. p. 11).

69 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 128: “Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. [...] Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas. Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que ensina projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas”.

70 Confira-se o conceito proposto por Alexandre de Aragão: “Como as funções administrativas estão estabelecidas em lei ou na própria Constituição, o aparelho administrativo não pode parar de desempenhá-las, sob pena de violar essas determinações, cometendo ilicitude por omissão. O conteúdo do princípio da continuidade das atividades administrativas é, em essência, bastante simples: as atividades administrativas devem ser prestadas, sempre que possível, de modo temporalmente contínuo e ininterrupto” (*Curso de Direito Administrativo*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 94-5). Na síntese de Odete Medauar, “as atividades realizadas pela Administração devem ser ininterruptas, para que o atendimento do interesse da coletividade não seja prejudicado”. (*Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 163-164).

Interpretação diversa poderia ensejar a abrupta interrupção de obras estratégicas para a Administração ou então paralisar indefinidamente a prestação de serviços públicos caros à sociedade⁷¹, além de comprometer gravemente o planejamento econômico da empresa punida, dos seus fornecedores e dos seus credores.

Na concepção de Jorge Reinaldo Vanossi, o princípio da segurança jurídica corresponde, justamente, ao plexo de condições que tornam possível, às pessoas, o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências que emanarão dos seus atos, fatos e negócios jurídicos, com base no regramento jurídico vigente ao tempo da ocorrência de tais fatos, atos ou negócios.⁷² Na síntese de José Afonso da Silva, a ideia fulcral de segurança jurídica corresponde à “certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída”.⁷³ A tutela da confiança legítima dos administrados⁷⁴ e da previsibilidade das relações jurídicas são, nessa linha, fundamentais para o estabelecimento de um ambiente propício ao desenvolvimento econômico, aos investimentos financeiros e, de modo mais geral, ao harmônico convívio em sociedade.⁷⁵

71 De acordo com julgado exarado pelo STJ: “A rescisão imediata de todos os contratos firmados entre a embargada e a Administração Pública, em razão de declaração de inidoneidade, pode representar prejuízo maior ao erário e ao interesse público, já que se abrirá o risco de incidir sobre contrato que esteja sendo devidamente cumprido, contrariando, assim, o princípio da proporcionalidade, da eficiência e obrigando gasto de verba pública com realização de novo procedimento licitatório. Interpretação sistemática dos arts. 55, XIII e 78, I, da Lei 8.666/93”. (STJ, EDcl no MS 13.101/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009).

72 VANOSS, Jorge Reinaldo A. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Ed. Universitaria, 1982, p. 30. No campo sociológico, a obra de Luhmann fornece respaldo ao conceito exposto, indicando que a confiança é o instrumento que permite ao indivíduo, através da análise das circunstâncias presentes e do cálculo dos seus riscos, adotar um curso específico de ação antevendo, com razoável grau de certeza, os seus resultados. Para aprofundar-se no tema, consulte-se: LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Tradução de Amada Flores. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005. Confira-se, também, o que escreve Anthony Giddens – a partir de outra perspectiva de análise – sobre o tema: GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 40-46.

73 SILVA, José Afonso da. *Curso Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 434.

74 Sobre o ponto, v. BAPTISTA, Patrícia. “A Tutela da Confiança Legítima como Limite ao Exercício do Poder Normativo da Administração Pública - A proteção às expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa”. In: *Revista de Direito do Estado*, v. 3, p. 155-181, 2006; ARAÚJO. Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009; BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança no Direito Administrativo*. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.

75 Para Alain Peyrefitte, a confiança é o único instrumento capaz de “resgatar as disposições mentais e comportamentos coerentes que sejam capazes de livrar o homem individual e social da obsessão da segurança, da inércia dos equilíbrios já alcançados, do peso das autoridades ou do piche dos costumes. Trata-se de pô-lo no

Dessa forma, a retroação da medida proibitiva, além de expressivos prejuízos diretos às empresas sancionadas (e, muito provavelmente, as suas cadeias de fornecedores, credores e empregados), provocaria também consequências negativas, socialmente difusas, ao comprometer a previsibilidade da economia e a segurança das relações jurídicas – condições essenciais ao progresso econômico.

Nada obstante, mostra-se imperioso considerar também que os custos associados à realização de uma nova contratação tendem a ensejar, na maior parte dos casos, dilatados prejuízos ao erário.⁷⁶

Em razão de todos esses fatores, parece lícito concluir que a rescisão automática de todos os contratos vigentes, entre a empresa apenada e o Poder Público, pode implicar elevado e súbito custo social e financeiro – tanto para o Estado, quanto para as empresas punidas, bem como para a sociedade globalmente considerada.

Contudo, evidentemente, não se pode confundir a ausência de efeito rescisório automático com a supressão dos poderes contratuais exorbitantes previstos em favor da Administração, a exemplo, nomeadamente, da prerrogativa de resilir unilateralmente o contrato administrativo em determinadas circunstâncias (Lei 8.666, art. 79, I c/c art. 78, incisos I a XII e XVII).

caminho não da rebelião e da destruição, mas da construção de um mundo onde a satisfação das necessidades materiais e o desabrochar das aspirações naturais possam beneficiar-se de progressos constantes”. Sobre as relações entre confiança e progresso econômico, v. PEYREFITTE, Alain. *A sociedade da confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Top Books, 1999 e FUKUYAMA, Francis. *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*. Trad. Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

76 Tais custos costumam abranger, dentre outros elementos, a desmobilização do maquinário e dos obreiros da empresa contratada, a depreciação dos equipamentos já adquiridos, os custos fixos de canteiro, a mobilização de novas equipes. Em alguns casos, grande parte do avanço físico da obra pode ser pedido durante o interregno necessário à realização de nova licitação e contratação. Observe-se, a propósito, esclarecedor precedente do Tribunal de Contas da União sobre o tema: “Os atrasos na obra e as consequentes alterações contratuais implicaram aumento considerável no prazo de execução do empreendimento, resultando em aumento desarrazoado dos custos de ‘administração da obra’ e ‘operação e manutenção do canteiro’. [...] Cabe esclarecer que as despesas administrativas de uma obra variam em função das suas especificidades, dentre as quais o prazo é uma das mais relevantes, pois é fator condicionante para o dimensionamento das quantidades dos insumos que compõem estes custos. Além disso, o cronograma também influencia na quantidade de mão de obra e de equipamentos necessários à realização dos serviços, determinando, no tocante às despesas administrativas, as dimensões do canteiro de obras (refeitório, vestiário, áreas destinadas à guarda de equipamentos, etc.). Desta forma, conclui-se que a quantidade de engenheiros, mestres, auxiliares administrativos, entre outros que compõem as despesas de administração local, bem como as dimensões do canteiro de obras (e, conseqüentemente, os custos com sua manutenção) são calculados em função do prazo da obra” (TCU, Plenário, Acórdão nº 3443/2012, Rel. Min. Valmir Campelo, Data da Sessão: 10.12.2012).

Nesse prisma, cumpre destacar que, como bem leciona Jessé Torres Pereira Junior, a ocorrência dos motivos que ensejam a rescisão unilateral do contrato administrativo sequer impõe, à Administração, a rescisão do pacto; ela apenas confere à entidade contratante a faculdade de rescindi-lo:

Interessa saber se a só ocorrência do motivo obriga a rescisão, descartada qualquer avaliação quanto à conveniência para o interesse do serviço ou do contratado. A resposta é negativa. A uma, porque, mesmo caracterizado o motivo que renderia azo à rescisão, pode a Administração (nos casos em que o particular é o causador, por exemplo) considerar que melhor atenderia ao interesse do serviço manter o contrato, adotando-se medidas mais severas de fiscalização ou introduzindo alterações que, compatíveis com os limites e motivos legais (art. 55, I), estimulem o desempenho do contratado, até porque a realização de nova licitação acarreta custos ou redundância em elevação de preços nem sempre compensadores. A duas, porque os direitos do contratado também hão de ser levados em conta, tanto que a rescisão será decidida em processo regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa.⁷⁷

O entendimento defendido acima é integralmente abonado pela jurisprudência consolidada no âmbito do STJ para todas as sanções, não só as aplicadas com base na Lei 8.429, que interditem o direito de licitar e contratar com o Poder Público.⁷⁸ Ilustrativamente, confira-se:

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

77 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro, 2009. p. 778.

78 Confira-se outros precedentes no mesmo sentido: AgRg no REsp 1148351/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 30/03/2010; MS 14.002/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.⁷⁹

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - INIDONEIDADE DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO - ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA.

1. Empresa que, em processo administrativo regular, teve decretada a sua inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, com base em fatos concretos.
2. Constitucionalidade da sanção aplicada com respaldo na Lei de Licitações, Lei 8.666/93 (arts. 87e 88).
3. Legalidade do ato administrativo sancionador que observou o devido processo legal, o contraditório e o princípio da proporcionalidade.
4. Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.
5. Segurança denegada.⁸⁰

Manifestando-se sobre a declaração de inidoneidade, Marçal Justen Filho assinala que a questão em exame é controvertida, embora pareça admitir a eficácia da medida proibitiva também sobre os contratos que já estavam em vigor ao tempo da eficácia do ato proibitivo.⁸¹ Jessé Torres Pereira Júnior, por seu turno, assevera de forma contundente que:

79 STJ, Primeira Sessão, DJe 25.05.2009, MS 13.964/DF, ReI. Ministro Teori Albino Zavascki.

80 STJ, MS 13.101/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 09/12/2008.

81 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1159: "Outra questão controversa se relaciona com os efeitos de eventual punição relativamente a contratos vigentes. O art. 55, XIII, determina que o contratado deverá manter os requisitos de habilitação e qualificação ao longo da execução do contrato. Essa disciplina é compatível com o entendimento de que o preenchimento dos requisitos de habilitação envolve não propriamente uma formalidade a ser cumprida somente por ocasião da licitação, mas evidenciam a capacitação do sujeito para executar a contratação. Portanto, desaparecido o requisito de habilitação durante a contratação, o contrato deve ser rescindido. No entanto, há diversos julgados do STJ adotando tese diversa, inclusive no sentido de que contratações mantidas com outros sujeitos – que não aquele que impôs a declaração de inidoneidade – não são afetadas pelo sancionamento".

A sanção administrativa de declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública acarreta, para o sancionado, a proibição de firmar novos vínculos contratuais com o Poder Público; os contratos anteriormente celebrados não devem ser automaticamente rescindidos com espeque exclusivo nessa sanção. A declaração de inidoneidade produz efeitos para o futuro (*ex nunc*), ou seja, proíbe que o sancionado venha a firmar novos vínculos contratuais com a Administração Pública, mas não rescinde aqueles em vigor. A aplicação da sanção não tem efeito automático e imediato de rescindir todos os contratos anteriormente firmados entre o sancionado e a Administração, uma vez que isso poderia representar prejuízo maior ao erário e ao interesse público. Verificando-se que o processo administrativo de que resultou a sanção obedeceu ao contraditório e à ampla defesa, bem como que os fatos evidenciados são relevantes e tornam a manutenção do contrato risco real para a Administração, a segurança de seu patrimônio ou de seus servidores, será legítima, em tempo oportuno, a rescisão contratual.⁸²

Atualmente, esse entendimento é acolhido também pelo Parecer do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal nº 06/2014/DEPCONSU/PGF/AGU e pelo Parecer da Consultoria-Geral da União de nº 113/2010/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União. Observe-se trecho do despacho proferido pelo Advogado-Geral da União, ao aprovar o retromencionado parecer:

Entretanto, é evidente que os direitos das partes condenadas por improbidade administrativa em primeiro grau que, antes de proferida a sentença, já detenham contratos administrativos em plena vigência com a Administração Pública Federal devem ser preservados, desde que inexistentes outros motivos suficientes para a respectiva anulação ou rescisão. Nesse sentido, a jurisprudência da Primeira Seção (Direito Público) do Superior Tribunal de Justiça, firmada em torno do art. 87 da Lei 8.666/93, é pacífica no sentido de que a pena de declaração de inidoneidade não deve automaticamente atingir os contratos administrativos válidos e em curso de execução, tendo em vista que seus efeitos se projetam apenas para o futuro (*ex nunc*). Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de adoção de medidas administrativas específicas para rescindir (ou mesmo anular) os contratos, nos casos

82 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinés Restelatto. "Responsabilidade do Contratado na Administração de Compras, Serviços e Obras". *Revista Síntese Direito Administrativo*, v. 7, 2012. p. 104.

autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

O único reparo que teríamos a fazer à manifestação transcrita é referente ao marco temporal proposto pelo Advogado-Geral da União, eis que não parece adequado entender que a medida proibitiva já adquira eficácia com a prolação da sentença, em primeiro grau de jurisdição.⁸³

Em resumo, entende-se que inexistente efeito rescisório imediato sobre os contratos já vigentes quando da superveniência de título judicial, definitivo ou não, que proíba dada empresa ou pessoa natural de contratar com o Poder Público, embora se preserve o poder resilitório que é conferido, pela Lei 8.666/93, à Administração contratante, na forma e nas hipóteses previstas nos seus arts. 77 a 80.

5 PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

A proibição de contratar com o Poder Público, consoante se demonstrou, é medida de consequências severas e de difícil reversão, que tende a conduzir as empresas sancionadas a graves crises financeiras e, até mesmo, a processos falimentares. Desse modo, o manejo pródigo e descautelado do instituto colide frontalmente com o Princípio da Preservação da Empresa – levando a desempregos em massa, a crises econômicas sistêmicas, a agruras fiscais e, em algumas circunstâncias, à desestruturação de setores produtivos e ao sensível encarecimento das contratações públicas – dada a constrição de competitividade que a medida pode encerrar.

Com base nesse raciocínio e norteados pelo princípio da proporcionalidade, defendemos que a proibição de contratar com o Poder Público só deve ser aplicada quando (i) os atos de improbidade sancionados possuírem comprovada gravidade, (ii) a medida proibitiva revelar-se adequada e necessária à tutela do erário e houver, nesse sentido, (iii) pedido expresso do autor da ação e (iv) fundamentação bastante e específica do magistrado sentenciante.

83 Abordamos essa discussão, de forma aprofundada, no estudo monográfico que deu origem a este artigo: TEIXEIRA, João Pedro Accioly. *A proibição de contratar com o Poder Público em decorrência de improbidade administrativa: contornos objetivos, subjetivos e temporais*. 131 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Em sequência, tivemos a oportunidade de propor uma interpretação restritiva quanto à abrangência territorial da reprimenda estudada. Ao contrário de grande parcela da doutrina, não entendemos que a aplicação de tal sanção implique automática e invariável interdição de contratar com todos os órgãos e entidades da Administração Pública, direta e indireta, de todos os milhares de entes políticos brasileiros.

Em linhas gerais, defendemos que cabe ao juiz fixar os limites e o alcance institucional da proibição de contratar, balizado sempre no princípio da razoabilidade e da preservação da empresa. Dessa forma, propôs-se uma relação apriorística de congruência entre o alcance do ato de improbidade sancionado, quanto aos entes políticos prejudicados, e a sanção que lhe for correspondente. Contudo, ressaltou-se a possibilidade de universalização da reprimenda, ou de dilatação proporcional de sua abrangência, na hipótese de se comprovar a prática de múltiplos e sistemáticos atos ímprobos, perpetrados por empresas que se utilizem, de modo orgânico e reiterado, de expedientes ilegais em prejuízo do Estado.

No tópico seguinte, defendemos que os contratos e benefícios fiscais colocados à ampla disposição da população não devam ser alcançados pela sanção em estudo. Assim, defendemos que o objetivo almejado pela norma é, por um lado, evitar a concessão de privilégios fiscais e creditícios, *intuitu peronae*, em favor de pessoas físicas ou jurídicas que tenham sido sancionadas. De outra ponta, no que toca às contratações administrativas, defendemos que a aludida medida não alcança as avenças em que pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, figurem na condição de contratadas, para a prestação de serviços largamente oferecidos à sociedade como um todo – a exemplo daqueles prestados por estatais que exploram serviços bancários, postais, energéticos, telefônicos, de transporte, de água e de esgoto.

Por derradeiro, tendo em vista o princípio da segurança das relações jurídicas e da continuidade das atividades administrativas, posicionamo-nos pela não rescisão automática dos contratos em vigor quando da superveniência da interdição do direito de contratar com o Poder Público. Pontuamos que interpretação diversa poderia ensejar a abrupta interrupção de obras estratégicas para a Administração ou então paralisar indefinidamente a prestação de serviços públicos caros à sociedade. Contudo, ressaltamos que a inexistência de efeito rescisório imediato não exclui o poder de rescisão unilateral dos contratos, que é conferido, pela Lei 8.666/93, à Administração contratante, nas hipóteses e na forma previstas arts. 77 a 80 do mencionado diploma legal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. “‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘Ciência do Direito’ e o ‘Direito da Ciência’”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BAPTISTA, Patrícia. “A Tutela da Confiança Legítima como Limite ao Exercício do Poder Normativo da Administração Pública - A proteção às expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa”. *Revista de Direito do Estado*, v. 3, p. 155-181, 2006.
- _____. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança no Direito Administrativo*. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____; BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro”. In: Luís Roberto Barroso (Org.). *A nova Interpretação Constitucional - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. v. II. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, S. A.; ADOLFO, L. Gonzaga S. “O direito fundamental ao saneamento básico como garantia do mínimo existencial social e ambiental”. *Revista Brasileira de Direito*, v. 8, p. 6-37, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação de empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v 1: Direito de Empresa. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

_____. *O que faz o brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

FUKUYAMA, Francis. *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*. Tradução de Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da Modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Confiança*. Tradução de Amada Flores. Barcelona: Anthropol, 2005.

PELEGRINI, Márcia. Lei de improbidade administrativa – extensão territorial dos efeitos da pena de proibição de contratar com o poder público, *Boletim de direito administrativo* 6:677, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEDER CERZETTI, S. C. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. “As Sanções da Lei 8.429/1992 aos Atos de Improbidade Administrativa”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais - Direito Administrativo. Volume VII - Agentes Públicos e Improbidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro, 2009.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. “Responsabilidade do Contratado na Administração de Compras, Serviços e Obras”. *Revista Síntese Direito Administrativo*, v. 7, 2012.

PERIN JÚNIOR, Élcio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEYREFITTE, Alain. *A sociedade da confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Top Books, 1999.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

- PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- _____. *Direito de Empresa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ROSA, Taís Hemann da. “Direito Fundamental Social de Acesso à Energia Elétrica”. In: *III Seminário Internacional de Ciências Sociais e Ciência Política*, 2014, São Borja. Anais do III Seminário Buscando o Sul, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TEIXEIRA, João Pedro Accioly. *A proibição de contratar com o Poder Público em decorrência de improbidade administrativa: contornos objetivos, subjetivos e temporais*. 131 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.
- _____. A Colidência e a Equalização de Direitos Fundamentais na Seara Biográfica. *Revista da EMERJ*, v. 18, p. 115-128, 2015.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Universitária, 1982.
- WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil. V. XIV: livro II, do direito de empresa*. Coordenadores: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.