

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
Faculdade de Direito/Programa de Pós-Graduação

Laís Rocha Salgado

*DEBARMENT* E A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
Análise comparada entre o instituto brasileiro e o norte-americano

BELO HORIZONTE  
2019

---

S164d Salgado, Laís Rocha  
*Debarment* e a declaração de inidoneidade para contratar com a administração pública: análise comparada entre o instituto brasileiro e o norte-americano / Laís Rocha Salgado. – 2019.

Orientadora: Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.

1. Direito Administrativo – Teses 2. Contratos administrativos – Teses  
3. Direito comparado – Brasil – Estados Unidos – Teses 4. Sanções administrativas  
– Teses I. Título

CDU 351.712(81+73)

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.

Laís Rocha Salgado

*DEBARMENT* E A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Análise comparada entre o instituto brasileiro e o norte-americano

Trabalho para Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito

Área de estudo: Direito e Administração Pública

Linha de pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientadora: Professora Doutora Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva

Professora Orientadora: Cristiana Fortini

BELO HORIZONTE

2019

LAÍS ROCHA SALGADO

*DEBARMENTE E A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*  
Análise comparada entre o instituto brasileiro e o norte-americano

Trabalho final, apresentado à Universidade  
Federal de Minas Gerais, como parte das  
exigências para a obtenção do título de mestre.

Belo Horizonte, de de

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (Orientadora) – UFMG

---

Prof. Dr. Luciano de Araújo Ferraz

---

Prof. Dr. Emerson Gabardo

## AGRADECIMENTOS

A conclusão desse trabalho é realização de um grande sonho que ao longo do mestrado compartilhei com pessoas muito especiais e hoje agradeço àqueles que me inspiraram e o tornaram possível.

À minha orientadora, Cristiana Fortini, professora que encanta seus alunos, tamanha a paixão e a dedicação ao estudo do Direito Administrativo, por me guiar nesse desafio, pelo auxílio e pelas oportunidades acadêmicas oferecidas.

Ao professor Luciano Ferraz por ter me aberto as portas do Direito Administrativo e por sempre confiar em meu potencial.

Ao professor Florivaldo Araújo pelas valorosas lições transmitidas ao longo do mestrado e pelo exemplar compromisso com a academia.

À Bruna Colombarolli, minha brilhante e querida amiga, pelo incentivo e colaboração determinantes para que eu ingressasse no mestrado da UFMG.

Ao Felipe Mucci, que durante a graduação foi meu prodigioso professor, no mestrado meu ilustre colega e hoje meu grande amigo.

Ao Lucas Dadalto, amigo de genialidade e humildade encantadoras, pelo suporte e companhia ao longo do curso.

À Débora Mascarenhas pelas incontáveis ajudas, infindáveis conversas, apoio, disponibilidade.

Aos meus pais, Álvaro e Cristina, vocês, que me ensinaram o poder do conhecimento, são a base de todas as minhas conquistas. Vocês são meu alicerce. Não há palavras no mundo que permitam expressar a minha gratidão.

À minha irmã Lígia, meu exemplo de generosidade, ser humano inigualável, pelo apoio incondicional e pela compreensão no trilhar desses anos.

Ao Theo, meu amor, há 8 anos tem sido meu dedicado companheiro de caminhada, que me incentiva, me apoia e me faz uma pessoa melhor. Esta dissertação é mais uma das muitas outras conquistas que faremos juntos.

Às minhas amigas, Thaís Marigo, pelo auxílio na difícil busca pela bibliografia estrangeira, e Daniella Perim, pela oração forte. A amizade de vocês me deu alento para que chegasse até aqui.

À Barbara Brum, minha amiga prodígio, pelo incentivo a perseguir a vida acadêmica.

Aos meus queridos colegas da Diretoria Técnico-legislativa, Caio, Anita, Renata, Ana, Felipe, Dirlaine, Magda, Rafael e Silvia, por tornarem meus dias mais leves e, em especial, à Ariadna, pela parceria e pelo comprometimento com a revisão deste trabalho.

Ao Daniel Avelar que nos nossos almoços semanais me enchia de esperança de que eu conseguiria...

A todos os meus amigos e familiares que torceram por mim e compreenderam a minha ausência, árdua, mas necessária para a conclusão deste projeto.

À Bela (*in memoriam*), à nossa  
amizade de toda a vida e, agora, da  
eternidade...

## RESUMO

Segundo a concepção clássica vigente no Direito Administrativo brasileiro, a sanção é medida necessária para proteger o interesse público diante da prática de ato infracional. Todavia, a possibilidade de celebrar acordos substitutivos que busquem isentar a declaração de inidoneidade prevista na Lei nº 8.666/1993 permite que a penalidade seja afastada para que, em seu lugar, seja adotada providência de outra natureza, desde que também assim se faça com o intuito de promover o interesse público. A presente pesquisa pretende, diante de tal panorama, promover análise comparativa entre o Direito Administrativo brasileiro e o norte-americano no que tange à formação política do Brasil e dos Estados Unidos, ao tratamento concedido ao interesse público pelo Direito Administrativo dos dois países e às respectivas teorias do contrato administrativo com vistas a compreender de que modo esses aspectos influenciaram na construção do regime jurídico administrativo. Após fixados tais pressupostos, examina-se comparativamente a declaração de inidoneidade com o *debarment*, instituto jurídico previsto no ordenamento norte-americano, apresentando possíveis contribuições ao ordenamento jurídico brasileiro no que tange à celebração de acordos que visem a afastar a declaração de inidoneidade. Como conclusão, percebe-se que os acordos substitutivos constituem ferramenta determinante em favor da Administração Pública, que, em troca da punição pura e simples, podem estimular a adoção de medidas mitigadoras e de autossaneamento por parte de seus contratados, promovendo, assim, relevante melhora no seu ambiente institucional e, conseqüentemente, na prestação obtida pelo poder público. Os recursos metodológicos realizados foram estudo de caso, análise da legislação pátria e estrangeira e revisão bibliográfica, com consulta a livros e artigos científicos.

**Palavras-chave:** Declaração de inidoneidade. *Debarment*. Direito comparado. Sanção administrativa. Acordo substitutivo.

## ABSTRACT

According to the classic conception prevailing in the Brazilian Administrative Law, the sanction is a necessary measure to protect the public interest from the unlawful act. The possibility of drawing substitutive agreements that seek to avert the declaration of disqualification as established by Law No. 8.666 / 1993, however, allows the penalty to be withdrawn so that a measure of a different nature may be taken in its place, in order to promote the public interest. Given this scenario, the present research aims to promote a comparative analysis between the Brazilian and the American Administrative Law regarding the political formation of Brazil and the United States, the treatment granted to the public interest by the Administrative Law of the two countries and the respective theories of the administrative contract in order to understanding how they influenced the evolution of the administrative legal regime. After such assumptions are established, the declaration of disqualification is examined comparatively with the debarment, a legal institute provided for in the United States, presenting possible contributions to the Brazilian administrative law regarding the conclusion of agreements that seek to avert the declaration of disqualification. In conclusion, it can be seen that substitutive agreements constitute a determining tool in favor of the government, which, in exchange for pure and simple punishment, can stimulate mitigation and self-cleaning measures by its contractors, thus promoting relevant improvement in its institutional policies and, consequently, in the performance of the contracts obtained by the government. The methodological resources were case study, analysis of foreign and national legislation and literature review, with consultation of books and scientific articles.

**Keywords:** Declaration of disqualification. Debarment. Comparative law. Administrative sanction. Substitutive Agreement.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 – <i>ISDC suspensions</i> quadro comparativo .....	160
Gráfico 2 – <i>ISDC</i> proposta de <i>debarment</i> quadro comparativo .....	160
Gráfico 3 – <i>ISDC debarment</i> quadro comparativo .....	161
Gráfico 4 – Destinação de recursos em 2017 .....	162

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<i>CFR</i>	<i>Code of Federal Regulations</i>
<i>DOJ</i>	Departamento de Justiça
<i>EUA</i>	Estados Unidos América
<i>FAR</i>	<i>Federal Acquisition Regulation</i>
<i>FCPA</i>	<i>Foreing Corrupt practices Act</i>
<i>ICC</i>	<i>Interstate Commerce Commission</i>
<i>ISDC</i>	<i>Interagency Suspension and Debarment Committee</i>
<i>LINDB</i>	<i>Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro</i>
<i>MDR</i>	<i>Mandatory Disclosure Rule</i>
<i>NCR</i>	<i>Non-procurement Common Rule</i>
<i>SAM</i>	<i>System for Award Management</i>
<i>SDO</i>	<i>Suspension and Debarment Official</i>
<i>STJ</i>	Superior Tribunal De Justiça
<i>TCU</i>	Tribunal De Contas Da União
<i>US Code</i>	<i>United States Code</i>

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO TEÓRICO METODOLÓGICA.....</b>	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>OS FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A PERSPECTIVA COMPARADA.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1</b>	<b>O panorama histórico francês .....</b>	<b>19</b>
2.1.1	A <i>puissance publique</i> como fundamento do Estado francês .....	20
2.1.2	O serviço público como fundamento do Estado Francês .....	22
<b>2.2</b>	<b>O Direito Administrativo francês e a Sociedade de Estado .....</b>	<b>24</b>
<b>2.3</b>	<b>O panorama histórico norte-americano .....</b>	<b>26</b>
2.3.1	A soberania nos Estados Unidos.....	29
<b>2.4</b>	<b>A influência da ética protestante na sociedade norte-americana .....</b>	<b>31</b>
<b>2.5</b>	<b>O individualismo e a sociedade sem Estado .....</b>	<b>34</b>
<b>2.6</b>	<b>O panorama histórico brasileiro e formulação do Direito Administrativo sob influência estrangeira .....</b>	<b>38</b>
2.6.1	As relações sócio-políticas do período colonial.....	38
2.6.2	O período imperial .....	41
2.6.3	O período republicano .....	43
2.6.4	O Direito Administrativo pós-Constituição de 1988 .....	45
<b>2.7</b>	<b>O Direito Administrativo: caráter liberal ou autoritário? .....</b>	<b>46</b>
<b>3</b>	<b>O PARADIGMA DO INTERESSE PÚBLICO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>48</b>
<b>3.1</b>	<b>Breve histórico evolutivo do interesse público no sistema de matriz francesa.....</b>	<b>49</b>
<b>3.2</b>	<b>O interesse público sob a perspectiva dos interesses individuais .....</b>	<b>50</b>
<b>3.3</b>	<b>O interesse público como interesse do corpo social.....</b>	<b>51</b>
<b>3.4</b>	<b>Os interesses públicos.....</b>	<b>51</b>
<b>3.5</b>	<b>O interesse público no Brasil .....</b>	<b>52</b>
<b>3.6</b>	<b>O regime jurídico-administrativo.....</b>	<b>57</b>
3.6.1	A supremacia do interesse público.....	58
3.6.2	A negação do princípio da supremacia do interesse público .....	59
3.6.3	O princípio da supremacia do interesse público e o modelo de Estado Social .....	62
3.6.4	A indisponibilidade do interesse público .....	63
<b>3.7</b>	<b>O interesse público no ordenamento jurídico norte-americano .....</b>	<b>64</b>
3.7.1	A Constituição norte-americana e o Estado liberal.....	66
3.7.2	O Estado liberal e a regulação .....	68
3.7.3	O bem-estar geral e o Estado liberal .....	72

<b>4 O CONTRATO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>76</b>
<b>4.1 O contrato administrativo francês e sua recepção pelo ordenamento brasileiro.....</b>	<b>76</b>
<b>4.2 O tratamento constitucional do contrato administrativo no Brasil.....</b>	<b>82</b>
4.2.1 Contratos da Administração Pública: dicotomia entre contratos administrativos e contratos privados da Administração.....	84
4.2.1.1 Os contratos da Administração Pública na doutrina.....	84
4.2.1.2 O regime contratual na Lei Geral de Licitações e Contratos - Lei nº 8.666/1993 .....	87
4.2.1.3 Críticas à classificação dos contratos administrativos segundo o Direito Privado.....	89
<b>5 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA NORTE-AMERICANO.....</b>	<b>92</b>
<b>5.1 O papel das agências reguladoras no desenvolvimento do Direito Administrativo norte-americano .....</b>	<b>94</b>
<b>5.2 O modelo norte-americano de contratação – aspectos históricos.....</b>	<b>96</b>
<b>5.3 O <i>excepcionalismo</i> e a influência das contratações militares no sistema de contratações públicas.....</b>	<b>100</b>
<b>6 A ATIVIDADE SANCIONATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL</b>	<b>107</b>
<b>6.1 O regime principiológico do Direito Administrativo sancionador .....</b>	<b>107</b>
<b>6.2 A aplicação da sanção administrativa como ato administrativo vinculado .....</b>	<b>112</b>
<b>6.3 A sanção administrativa na Lei nº 8.666/1993 .....</b>	<b>115</b>
6.3.1 Da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública.....	116
6.3.1.1 Do prazo de duração da sanção .....	117
6.3.1.2 Do alcance da declaração de inidoneidade.....	119
6.3.2.3 A tipicidade .....	123
<b>6.4 Considerações sobre a declaração de inidoneidade .....</b>	<b>128</b>
<b>7 DEBARMENT: A EXCLUSÃO PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL NO ÂMBITO DO FAR .....</b>	<b>130</b>
<b>7.1 A natureza jurídica do <i>debarment</i> .....</b>	<b>131</b>
<b>7.2 Aspecto evolutivo.....</b>	<b>132</b>
<b>7.3 Decisões judiciais e revisão do procedimento.....</b>	<b>135</b>
<b>7.4 Os tipos de <i>debarment</i> no sistema norte-americano .....</b>	<b>137</b>
<b>7.5 O <i>Federal Acquisition Regulation</i>.....</b>	<b>138</b>
7.5.1 O <i>debarment</i> no FAR.....	139
7.5.1.1 A responsabilidade .....	140
7.5.1.2 As causas de aplicação.....	141

7.5.1.3 O procedimento de aplicação do <i>debarment</i> .....	144
7.5.1.4 O termo de duração.....	147
7.5.1.5 A extensão.....	149
7.5.1.6 Das medidas de autossaneamento.....	152
7.5.2 <i>Mandatory Disclosure Rule</i> - aspecto crítico .....	155
<b>7.6 Os efeitos da aplicação do <i>debarment</i> .....</b>	<b>157</b>
<b>7.7 A atuação da <i>ISDC</i> e o aumento da aplicação do <i>debarment</i>.....</b>	<b>159</b>
<b>7.8 Considerações sobre o <i>debarment</i>.....</b>	<b>163</b>
<b>8 A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A</b>	
<b>ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O <i>DEBARMENT</i> – NOVOS RUMOS PARA A</b>	
<b>ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>168</b>
<b>8.1 As naturezas jurídicas do <i>debarment</i> e da declaração de inidoneidade.....</b>	<b>169</b>
<b>8.2 As causas e os requisitos de aplicação das medidas .....</b>	<b>169</b>
<b>8.3 Os prazos de duração das medidas.....</b>	<b>171</b>
<b>8.4 Dos limites de responsabilização.....</b>	<b>172</b>
<b>8.5 Os efeitos decorrentes da aplicação do <i>debarment</i> e da declaração de inidoneidade.....</b>	<b>173</b>
<b>8.6 Novos rumos para a aplicação da declaração de inidoneidade .....</b>	<b>175</b>
8.6.1 Os acordos substitutivos e o ato sancionador .....	176
8.6.2 O acordo de leniência e seu alcance na Lei nº 8.666/1993.....	179
8.6.3 As medidas autossaneadoras nos acordos substitutivos .....	184
<b>8.7 A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): novos rumos .....</b>	<b>187</b>
<b>9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>192</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>195</b>

## 1 INTRODUÇÃO TEÓRICO METODOLÓGICA

“Um norte americano não deixa de estranhar a ideia de que se possa pensar numa ‘supremacia do interesse público’ sobre o particular, assim como um francês instintivamente reage quando alguém põe em xeque a distinção entre um contrato administrativo e um contrato de direito privado.”<sup>1</sup>

“Sendo o conhecimento e o ensino do Direito *também* uma forma de reprodução e transferência de cultura e de uma determinada visão de mundo, os estudantes de Direito franceses e brasileiros, ao aprenderem que o ‘direito político’ germinou na Idade Média e é governado por normas que diferem das normas de ‘direito privado’ (o *droit commun* ou *ius commune*), assumem e aceitam sem maiores questionamentos que o *droit administratif*, e não o *ius commune*, deve ser aplicado à Administração Pública. O estudante ouve dos professores e lê na doutrina e na jurisprudência que o Estado sempre age, ou deve agir, em nome do ‘interesse público’, que lhe é ‘indisponível’; e que o interesse público não é a soma dos interesses privados, sendo sempre superior ao interesse individual, este último equivalendo ao interesse egoísta.”<sup>2</sup>

As transformações pelas quais o Direito Administrativo brasileiro é submetido impõem a constante revisitação dos institutos jurídico-administrativos. Nesse contexto, o tratamento das sanções no âmbito dos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/1993, Lei Geral de Licitações e Contratos, sofreu significativa alteração em razão da possibilidade de contratualizar as penalidades advindas de infrações, o que foi inaugurado pela edição da Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção.

---

<sup>1</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e contrato**: supremacia do interesse público “*versus*” igualdade um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23.

<sup>2</sup> GIACOMUZZI, 2011, p.78-79.

A possibilidade de celebrar acordos substitutivos impõe a revisitação da atividade sancionatória da Administração Pública. Isso porque, segundo a concepção clássica vigente no Brasil, de matriz romano-germânica, uma vez materializado o ato infracional, a incidência da sanção é consequência de rigor.

Sabe-se que a sanção constitui medida que deve ser adotada para se proteger o interesse público, pois está pautada por um viés de retribuição e aflição, segundo o qual o jurisdicionado deve pautar seus atos em conformidade com o ordenamento, pelo receio de sofrer restrição de bens e direitos decorrente da sanção. Por sua vez, a contratualização da sanção administrativa permite que a penalidade prevista seja afastada para que em seu lugar seja adotada providência de outra natureza, desde que também assim se faça com o intuito de promover o interesse público.

Essa discussão está inserida em um contexto em que a Administração Pública busca promover uma atuação mais consensual e que as decisões sejam produzidas de maneira conjunta, ou que, de certa forma, elas sejam formadas com a participação do administrado. Sinaliza-se, portanto, a tendência à horizontalidade das relações havidas entre Administração e administrado, em detrimento de uma concepção clássica unilateral e pautada na verticalidade.

Diante desse cenário, o estudo de Direito comparado é interessante ferramenta para auxiliar na compreensão dessa nova sistemática. Assim, esta dissertação, apresentada como requisito parcial para aprovação no Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na linha “Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito”, propõe-se a analisar comparativamente a declaração de inidoneidade com o instituto norte-americano do *debarment*, para, ao final, apresentar contribuições ao panorama brasileiro, no que tange à celebração de acordos que visam a afastar a declaração de inidoneidade.

A declaração de inidoneidade é a sanção prevista na Lei Geral de Licitações e Contratos que impede o sancionado de participar de licitação ou contratar com a Administração Pública. A seu turno, o *debarment*<sup>3</sup> é definido como medida tomada por um oficial de contratação para excluir determinado contratado por determinado período de tempo.

Nesse sentido, a presente análise recairá sobre o exercício da atividade sancionatória em matéria de contratações públicas no Brasil, especificamente em relação à aplicação da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, prevista no art. 87, IV da Lei nº 8.666, de 1993, e o *debarment*, medida circunscrita à órbita federal de

---

<sup>3</sup> ESTADOS UNIDOS. [48 C.F.R.], *Federal Acquisition Regulation – FAR*, 1983, Subparte 9.4. Disponível em: <http://farsite.hill.af.mil/vmfara.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

contratações públicas, conforme disciplinado no *Federal Acquisition Regulation (FAR)*, que é o regulamento de aquisições públicas que baliza a atuação do governo federal norte-americano.

A escolha do tema se justifica diante da possibilidade legal, inaugurada pela Lei Anticorrupção, de celebrar acordos para afastar a penalidade em estudo. Convém, portanto, examinar os aspectos principais da declaração de inidoneidade, com o escopo de promover reflexões sobre o tratamento da matéria no Brasil, a partir da experiência norte-americana.

O recorte proposto é interessante porque ambas as medidas (declaração de inidoneidade e *debarment*) excluem determinadas pessoas do sistema de contratações públicas visando a proteger o interesse público. Ocorre que no Brasil a declaração de inidoneidade possui natureza sancionatória, enquanto nos Estados Unidos o *debarment* é destituído de propósito punitivo, e embora configure restrição a direito do contratado, sua aplicação constitui ato discricionário. É dizer, ainda que verificadas as causas passíveis de atrair o *debarment*, o agente público pode decidir por não aplicá-lo, sendo que no Direito norte-americano essa decisão, com frequência, é formulada de maneira conjunta, ou seja, com a participação do contratado, o que significa que o *debarment* pode ser afastado por acordo entre as partes.

As medidas são aparentemente similares, do ponto de vista de seus efeitos. Entretanto, recebem tratamento distinto nos ordenamentos jurídicos comparados. Para compreender o porquê de tal diferença, é essencial estudar as bases sobre as quais cada sistema jurídico se assenta.

A partir disso, coloca-se o problema: em que medida o estudo do instituto norte-americano pode auxiliar no aprimoramento da aplicação da declaração de inidoneidade de forma a prestigiar o interesse público?

O marco teórico desse trabalho parte da dicotomia *State societies* (sociedades de Estado) e *Stateless societies* (sociedade sem Estado), trabalhado por José Guilherme Giacomuzzi<sup>4</sup> em sua obra *Estado e contrato*. Enquanto as “sociedades sem Estado” são aquelas que se autorregulam, as “sociedades de Estado” são aquelas por ele conduzidas, pois aceitam maior ingerência do poder público no seio social. Trata-se, na verdade, de uma metáfora que possibilita compreender os pressupostos do Direito Administrativo: a maior ou menor presença do Estado no seio social está relacionada com o modelo (liberal ou social) adotado em cada país, o que, por sua vez, influencia no espectro de abrangência do Direito Administrativo, do ponto de vista do objeto tutelado.

Para o desenvolvimento da investigação proposta o trabalho foi dividido em sete capítulos.

---

<sup>4</sup> GIACOMUZZI, 2011.

O capítulo dois analisa os fundamentos do Direito Administrativo na perspectiva comparada a partir do panorama histórico. O objetivo é verificar de que maneira a formação sócio-política influenciou na formulação do Direito Administrativo de cada país. Para tanto, parte-se da Revolução Francesa, movimento que é apontado como marco inicial do Direito Administrativo, para, então, examinar seus desdobramentos na construção teórica da soberania do Estado Francês. Paralelamente, é analisada a organização administrativa estabelecida por Portugal no Brasil desde os períodos colonial e imperial, assim como seus reflexos nos períodos republicano e atual. Do mesmo modo, trabalha-se a influência do Estado inglês na colonização dos Estados Unidos, ou nas ditas “Treze Colônias”, em razão da organização administrativa estabelecida.

O capítulo três analisa os contornos assumidos pelo interesse público em cada um dos sistemas comparados. Para tanto, examina-se a evolução teórica da formação do interesse público e seu processo de significação, bem como sua relação com o modelo de Estado adotado (social ou liberal) e revela a compreensão do Estado por parte da sociedade.

Os capítulos quatro e cinco analisam os contratos públicos nos ordenamentos comparados segundo suas bases e influências ditadas pela formação sócio-política.

O sexto capítulo trabalha os pressupostos constitucionais da atividade sancionatória, para, então, definir o tratamento conferido à declaração de inidoneidade no Brasil e sua obediência aos princípios constitucionais. O capítulo sete, a seu turno, analisa o método de aplicação do *debarment*, bem como os questionamentos colocados pela doutrina norte-americana no que tange aos efeitos da medida.

Por fim, o capítulo oito traça a análise comparada entre a declaração de inidoneidade e o *debarment* em atenção ao histórico evolutivo analisado ao longo do trabalho. Verifica-se, então, o fenômeno da contratualização da declaração de inidoneidade e as possíveis contribuições advindas do estudo do sistema norte-americano.

Por fim, o capítulo nove sintetiza as conclusões obtidas com base no estudo elaborado nesta dissertação.

A temática deste trabalho atenta, ainda, para o cuidado que se deve tomar ao trabalhar o Direito estrangeiro, especialmente no que se refere à incorporação de institutos desenvolvidos em ordenamentos alienígenas. Por essa razão, a análise comparada deve sempre remontar ao exame dos pressupostos de cada instituto em seu respectivo regime jurídico. A imprescindibilidade de tal avaliação ressaí porque, ao tentar desenvolver institutos jurídicos ou procurar conferir aplicação pautada em experiência estrangeira, o jurista pode ser levado à

significativas inconsistências no ordenamento jurídico pátrio caso o faça sem se atentar para os fundamentos que condicionam ao seu desenvolvimento em cada sistema jurídico.

É por essa razão, portanto, que a análise comparada ora desenvolvida pretende traçar um paralelo entre a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública e o *debarment*, a fim de compreender o que levou ao tratamento distinto das medidas analisadas, assim como buscar contribuições para o Direito Administrativo brasileiro em matéria de sanção administrativa no âmbito contratual.

## 2 OS FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A PERSPECTIVA COMPARADA

O Direito Administrativo brasileiro recebeu influência predominantemente francesa em sua formação.<sup>5</sup> Desse modo, para efetuar a análise comparada pretendida, é importante estudar como ocorreu essa influência, o que possibilita compreender a formação e o desenvolvimento do Direito Administrativo no Brasil, limitado ao recorte metodológico proposto. Da mesma maneira, cumpre analisar o desenvolvimento do Direito Administrativo norte-americano segundo a influência inglesa e suas bases de *common law*.

Isso porque entende-se que o estudo das sanções aplicadas no âmbito das contratações públicas demanda a análise, tanto quanto possível, da noção de interesse público presente nos dois sistemas jurídicos, com o fim de se compreender de que maneira as diferentes concepções influenciam na aplicação da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública e do *debarment*.

Essa distinção retorna inclusive à análise da relação entre o público e o privado e a percepção própria de cada sociedade sobre o Estado. Essa averiguação é importante, porque o estudo comparado deve tomar como premissa que o Direito de determinado país reflete a cultura na qual seu povo está inserido e, especialmente na seara do Direito Público, revela a maneira como o cidadão compreende o Estado.

José Guilherme Giacomuzzi<sup>6</sup> compara os regimes contratuais existentes nos Estados Unidos, na França e no Brasil, recorrendo sempre à matriz francesa do Direito Administrativo brasileiro para empreender a análise. Assim, em sua pesquisa, descreve a França como *state society*, ou seja, uma sociedade com forte presença do Estado, em razão de sua grande influência na vida do cidadão (ideia importada pelo Brasil), enquanto classifica os Estados Unidos como *stateless society*,<sup>7</sup> em que a presença do Estado é menos marcante.

---

<sup>5</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2012, p. 29. MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

<sup>6</sup> GIACOMUZZI, 2011.

<sup>7</sup> As definições *state society* e *stateless society* não podem ser tomadas com absoluto rigor, pois não quer dizer que determinada sociedade viva totalmente arraigada ou apartada do Estado, mas demonstra processos distintos de institucionalização do Estado. O autor Jaques Chevalier contrapõe às definições no seguinte trecho: “Em outros lugares, especialmente nos países anglo-saxões, um modelo mais flexível prevaleceu: para a Grã-Bretanha, se o conceito de Estado esteve bastante presente no pensamento político desde a Renascença (...) e se, indubitavelmente, é falacioso falar de “sociedade sem Estado” (*Stateless Society*), o processo de institucionalização e de diferenciação em relação à sociedade civil foi bem menos marcado: nos Estados Unidos, não somente a concepção absolutista da soberania será desde logo rejeitada pelos pais fundadores, que se dedicarão a implantar um sistema de poderes partilhados (...), mas ainda nunca existiu uma separação rígida entre

Essa percepção antagônica sobre o papel do Estado refletiu no desenvolvimento do Direito Administrativo dos países em estudo. Diante dessa premissa, vê-se que a compreensão dos aspectos históricos conformadores de cada sistema jurídico se mostra, pois, primordial para uma pesquisa de Direito comparado.<sup>8</sup>

Para tanto, o presente estudo realiza digressão histórica com o escopo de demonstrar os fatores que influenciaram a formação e as bases do Direito Administrativo do Brasil e dos Estados Unidos.

## 2.1 O panorama histórico francês

A maneira como o Estado-Nação francês se formou e evoluiu constituiu importantes elementos para compreender a classificação *state society*, em contraposição ao *stateless society*. No Estado absolutista francês,<sup>9</sup> o soberano era visto como o guia da nação. Nele, depositava-se toda a confiança necessária para conduzir os assuntos de interesse da coletividade, o que culminou numa estrutura estatal hierarquizada e centralizada do Estado.<sup>10</sup> O rei era o titular da soberania, o que lhe conferia o direito subjetivo de comandar os indivíduos. A soberania real experimentada na França foi legitimada, ainda, pela delegação divina segundo a qual o rei era o representante de Deus na Terra.<sup>11</sup>

A Revolução Francesa foi o marco histórico alterador desse paradigma, uma vez que transferiu-se a titularidade da soberania do monarca para a nação, limitaram-se os poderes do Estado e reconheceram-se os direitos inalienáveis aos indivíduos.<sup>12</sup>

---

o público e o privado”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 26-27.

<sup>8</sup>GIACOMUZZI, 2011, p.163 *et seq.*

<sup>9</sup>O regime absolutista não significa que inexistia qualquer outra estrutura de poder, mas que seu exercício pelo monarca foi mais centralizado do que se comparado à outras monarquias. Nesse sentido: “De fato, as antigas monarquias eram reputadas absolutas, mas não o eram nos fatos: porque as instituições políticas (principalmente as corporações e as comunidades de habitantes), as tradições intelectuais e morais (especialmente o vínculo familiar entre o rei e seus súditos, ou a independência e a honra aristocráticas) e finalmente a religião impediam que assim se tornassem. (FRANÇOIS, Furet. Prefácio. *In*: TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.)

<sup>10</sup>GIACOMUZZI, 2011, p. 169 *et seq.*

<sup>11</sup>Ao comentar o surgimento e a evolução da soberania no Estado Francês, Leon Duguit explica que essa noção tem sua origem no direito romano. No entanto, foi eclipsada durante a idade média e retornou com o Estado Moderno. Nesse momento, ressurgiu comungando dois fatores: o poder de império romano associado ao senhorio feudal e as relações de vassalagem oriundas da idade média. A soberania real, portanto, foi produto histórico dessa fusão que acabou por conferir ao monarca poderes de comando quase ilimitados. (DUGUIT, Leon. **Le transformation du droit public**. Paris: Armand Colin, 1913, p. 2.).

<sup>12</sup>DUGUIT, 1913.

Nesse contexto, surgiu a figura da nação que era composta por indivíduos que se organizavam e constituíam um governo que os representava. Sob essa nova perspectiva, a nação possuía personalidade e vontade distintas dos indivíduos que a compunham. Os indivíduos foram reconhecidos como titulares de direitos naturais e inalienáveis que transferiram parte de sua soberania para a nação e, em razão dessa conjugação de vontades, a vontade da nação foi considerada superior à dos indivíduos. Por sua vez, o Estado era o titular da nação e detentor do poder soberano: a *puissance publique*. Ou seja, a *puissance publique* consistia no próprio poder estatal que tinha como fundamento a associação de vontades dos indivíduos.<sup>13</sup>

Dessa forma, percebe-se que a associação das vontades individuais revestida de viés coletivo foi titularizada pelo Estado. Dito de outro modo, o Estado era o titular da vontade da nação e, portanto, da soberania transferida pelos indivíduos por meio do contrato social. Essa foi a formulação da vontade geral capitaneada por Jean Jaques Rousseau.<sup>14</sup>

Diante disso, é possível, então, compreender que, no sistema francês, a vontade coletiva constituía o elemento justificador da autoridade pública. Assim, foi esse o elemento justificador que configurou a soberania do Estado e legitimou o poder estatal, a *puissance publique*, oponível aos indivíduos.<sup>15</sup>

### 2.1.1 A *puissance publique* como fundamento do Estado francês

Segundo a teoria da *puissance publique*, a nação constituía um governo que a representava e que exprimia a vontade do cidadão delegada pelo contrato social. Por sua vez, Léon Duguit explica que “o Estado é a nação soberana e organizada em um governo que está fixado em um espaço territorial.”<sup>16</sup> Assim, o Estado, era o titular natural da nação, que tutelava o direito da coletividade e, portanto, distinto dos individuais.

Diante da formulação apresentada, vê-se que o particular era, ao mesmo tempo, cidadão e subordinado. Era cidadão enquanto integrante da coletividade nacional que transferiu parte da soberania ao Estado; e sujeito porque estava subordinado ao Estado que, em nome da nação, exercia a soberania transferida. Assim, o Estado possuía o poder de comandar os indivíduos

---

<sup>13</sup> DUGUIT, 1913.

<sup>14</sup> DUGUIT, 1913.

<sup>15</sup> DUGUIT, 1913.

<sup>16</sup> “*La nation souveraine et organisée en gouvernement, fixé sur un territoire determine, c'est l'État.*” (DUGUIT, 1913, introdução, XII, tradução nossa.).

(*puissance publique*), porque a nação soberana outorgara poderes soberanos ao Estado para comandá-la.<sup>17</sup>

Nesse contexto, é importante notar que, com a Revolução Francesa, não se operou a simples transferência da titularidade da soberania do rei para a nação, mas sim a alteração da substância referente à legitimidade do exercício do poder. Isso porque o espírito racionalista que permeou a revolução não mais aceitava a vontade divina como fundamento da autoridade estatal. A autoridade divina, portanto, foi substituída pela vontade do povo. Nesse aspecto, o contrato social era o mecanismo que possibilitava a transferência da expressão da vontade geral para o Estado.

Logo, a *puissance publique* constituiu o elemento caracterizador do incipiente regime jurídico administrativo no momento pós-revolução. Assim, por considerar que o Estado atuava marcado pela autoridade (legitimada pela associação de vontade coletiva), o regime se revestiu de prerrogativas distintas do Direito Civil, notadamente pelos poderes entendidos como exorbitantes do Direito Comum e pela autoexecutoriedade dos seus atos.<sup>18</sup>

Vê-se, portanto, que a dicotomia entre a autoridade e a liberdade permeou a formação do Direito Administrativo francês, uma vez que o Estado se organizou para proteger os indivíduos e, ao mesmo tempo se impôs sobre eles, para resguardar seus direitos naturais e inalienáveis.

A desigualdade entre Estado e cidadão remanesceu associada à ideia de que o interesse coletivo (aqui expressado pela vontade geral), ao ser tutelado, estaria naturalmente superior ao individual, e, por isso, na sua atuação, o Estado seria dotado de prerrogativas. A disciplina dessas prerrogativas resultou no desenvolvimento de um ramo do Direito Público específico para tratar das relações entre Estado e indivíduo: o Direito Administrativo.

Assim, uma vez que o Estado assumiu o poder de comando da coletividade, restou justificado o uso das prerrogativas que caracterizam o regime jurídico próprio da Administração. Essa é, portanto, a principal característica do incipiente regime administrativo francês.

Eis o panorama histórico francês no momento pós-revolução. O sistema estava marcado pela desigualdade entre Estado e cidadão, uma vez que o interesse tutelado pelo poder público era superior ao do particular. Exatamente por essa razão, o indivíduo estava subordinado ao direito do Estado de comandar, pois este direito atuava para assegurar o bem da coletividade.

---

<sup>17</sup>A soberania é produto histórico que remonta ao período romano, tendo sido absorvida na modernidade pela teoria contratualista.

<sup>18</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 109.

Dessa forma, o Estado era uma espécie de guardião das liberdades individuais, isto é, elas só poderiam ser exercidas porque o Estado as possibilitava.<sup>19</sup>

Assim, a noção de soberania, que no momento anterior à Revolução Francesa era exercida pelo monarca, com a revolução, passa da figura do rei à nação. Nesse aspecto, a teoria da *puissance publique* foi, o que possibilitou perpetuar a ideia de soberania.

É nesse panorama que se iniciou a formulação do regime de prerrogativas e sujeições sobre o qual o Direito Administrativo francês está assentado e cujas características ainda subsistem. Isso porque o Estado detém o poder de impor aos indivíduos restrições que não são conferidas às relações estabelecidas entre os particulares, e, para tanto, prescinde de intervenção do poder judiciário.<sup>20</sup>

Convém ressaltar, tendo em vista ser um apontamento importante para análise comparada desenvolvida neste trabalho, que os operadores do sistema de *common law* criticam o modelo francês justamente em virtude do regime de prerrogativas e sujeições conferido à Administração.<sup>21</sup>

### 2.1.2 O serviço público como fundamento do Estado Francês

Duguit, importante teórico do Direito Administrativo francês, critica a *puissance publique* como fundamento do Estado, porque avalia que ela carecia de racionalidade, uma vez que se baseava na teoria metafísica do contrato social. O autor argumenta que a teoria da vontade geral se derivou da noção de soberania construída ao longo dos séculos que, embora não mais se referisse à soberania do monarca, seria sua sucessora histórica.<sup>22</sup>

Ademais, Duguit defende que não há direito natural do homem, uma vez que todo direito é uma construção social. Nesse sentido, ele argumenta que não há direito natural ínsito do homem que possa ser transferido ao Estado, refutando a ideia de vontade geral formulada por

---

<sup>19</sup> DUGUIT, 1913.

<sup>20</sup> DUGUIT, 1913.

<sup>21</sup> SCHWARTZ, Bernard. *French and anglo-american conception of administrative law*. *University of Miami Law Review*, [s. l.], 1952. Disponível em <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4024&context=umlr>. Acesso em: 28 jul. 2018.

<sup>22</sup> DUGUIT, 1913, p. 11.

Rousseau<sup>23</sup> Por essa razão, Duguit defende que a *puissance publique* se fundamentava em uma perspectiva autoritária, que em última análise é a submissão do indivíduo ao poder.<sup>24</sup>

Dessa forma, sendo o indivíduo um ser social, o fundamento do Estado também deve ser assim compreendido, tornando imprescindível superar os conceitos de direito natural impregnados na teoria do contrato social de Rousseau.<sup>25</sup>

Duguit também nega a vontade geral<sup>26</sup> enquanto vontade do corpo social. O autor defende que a vontade geral, apresentada por Rousseau,<sup>27</sup> constituía nada mais que o anseio de alguns indivíduos organizados e, por isso, não formaria a expressão da coletividade.<sup>28</sup>

Ademais, para o autor, o instrumento contratual não poderia constituir o fundamento do Estado, porquanto a teoria contratual era vista à época como instrumento do Direito Privado e sob uma perspectiva individualista.<sup>29</sup> Nesse esteio, sendo o homem um ser social, o fundamento do Estado deveria adotar a perspectiva da coletividade e não da individualidade.

Duguit apresenta, então, novo fundamento para o Estado: o serviço público.<sup>30</sup>

Segundo essa perspectiva, o Estado se organiza para promover a solidariedade social, o que é efetivado por meio de prestações materiais ao cidadão. Para entender a relevância dessa teoria, é importante destacar que, na França, no final do século XIX e início do século XX, houve transformações na economia. Além disso, o desenvolvimento tecnológico impactou a vida em sociedade de forma a alterar as necessidades básicas do cidadão, algo que resultou na transformação da organização social.

Diante desse novo contexto econômico-social, o Estado assumiu deveres que iam além de assegurar a liberdade, propriedade e organização judiciária. Assim, essas alterações impuseram aos governantes o dever de agir de maneira prática para promover o acesso às utilidades públicas, o que constituiu o objeto do serviço público.<sup>31</sup>

Nessa linha, Duguit discorda do direito subjetivo do Estado de exercer o poder soberano. Apresentando outro prisma, o autor defende que o Estado tem o dever de empregar o poder para

---

<sup>23</sup> ROUSSEAU. *Contrat social*. apud Duguit, 2013.

<sup>24</sup> DUGUIT, 1913, p. 26 *et seq.*

<sup>25</sup> ROUSSEAU. *Contrat social*. apud DUGUIT, 1913, p. 12 *et seq.*

<sup>26</sup> Alexis de Tocqueville também critica a ideia de soberania fundada na vontade geral: “A vontade nacional é um dos termos de que os intrigantes de todos os tempos e os déspotas de todas as eras mais abusaram amplamente. Uns viram sua expressão nos sufrágios comprados de alguns agentes do poder; outros nos votos de uma minoria interessada ou temerosa; há até mesmo os que a descobriram totalmente formulada no silêncio dos povos e que pensaram que do fato da obediência nascia, para eles, o direito do comando.” (TOCQUEVILLE, 2014, p. 65.).

<sup>27</sup> ROUSSEAU. *Contrat social*. apud DUGUIT, 1913.

<sup>28</sup> DUGUIT, 1913, p. 12 *et seq.*

<sup>29</sup> DUGUIT, 1913.

<sup>30</sup> DUGUIT, 1913, p. 32.

<sup>31</sup> DUGUIT, 1913, p. 32.

organizar os serviços públicos, assumindo-os sob sua responsabilidade e controlando o seu funcionamento.<sup>32</sup>

Desse modo, é justamente em razão dessa finalidade social que o Estado possui as prerrogativas, *bénéfice du préalable*,<sup>33</sup> uma vez que, enquanto detentor do monopólio de impor a sanção, ele tem a capacidade de exigir comportamentos dos cidadãos sem interferência do poder judiciário. Isso porque “o Estado é o próprio direito em ação”.<sup>34</sup>

Nesse esteio, o Estado não se constitui com base em uma relação de poder contra os cidadãos, mas sim para servir aos indivíduos. É justamente em razão da função do Estado de promover o interesse perseguido (o público) que ele detém prerrogativas distintas do particular. Destaca-se, portanto, que a teoria de Duguit não nega o uso das prerrogativas, mas altera o seu fundamento para a satisfação do interesse coletivo.

Uma vez estabelecido que o Estado deveria atuar com a finalidade de promover os serviços públicos, foi desenvolvida a teoria do contrato administrativo, cujas prerrogativas e peculiaridades serviram para diferenciá-lo dos contratos privados, conforme será demonstrado adiante neste trabalho.<sup>35</sup>

Essa análise é necessária, porque o protagonismo do Estado francês impactou o desenvolvimento do Direito Administrativo local, o que foi posteriormente incorporado ao Brasil. Essa perspectiva, por outro lado, mostrou-se oposta à concepção individualista que se firmou nos Estados Unidos, conforme será analisado adiante.

## 2.2 O Direito Administrativo francês e a Sociedade de Estado

Diante do panorama apresentado, compreende-se o porquê de o Direito Administrativo ser frequentemente apontado como produto da Revolução Francesa. Trata-se de marco histórico

---

<sup>32</sup> DUGUIT, 1913, p. 34.

<sup>33</sup> “Todavia, Duguit admite distinguir Direito público e privado no tocante a um aspecto: o modo de incidir a sanção. E isto é o suficiente para que se preserve razoável interesse na distinção. A explicação para a distinção baseia-se no fato de ser o Estado, com exclusividade, quem detém o poder de impor sanção em dado ordenamento jurídico. Assim, nas situações em que o Estado está na posição de exigir condutas de um sujeito passivo, ele mesmo pode usar de força material para tal fim. Daí a ideia de *bénéfice* (ou *privilège*) *du préalable*, que leva à autoexecutoriedade dos atos administrativos, tanto no sentido de se tomar a decisão independentemente de recurso à via judicial, como no sentido de se executar de ofício a decisão final.” (ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 114-115).

<sup>34</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 115.

<sup>35</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 141.

que pôs fim ao regime absolutista com a significativa redução das instituições aristocráticas e feudais e que submeteu a atuação do Estado às regras de Direito.<sup>36</sup>

O surgimento da noção de soberania popular foi o que possibilitou a transição do regime monarquista à república, pois acomodou a ideia de que o comando passou das mãos do monarca para o povo, o que, por sua vez, foi transportado para o Estado por meio da figura metafísica do contrato social. A partir de então, o Estado passou a atuar sob comando da nação.

Assim, a essência do Direito Administrativo desenvolvido pelo modelo francês pós-revolução repousa na limitação dos poderes do Estado e na organização da nova estrutura. Nesse sentido, destaca Fernando Dias Menezes de Almeida:

Assim sendo, nenhum conjunto de regras jurídicas, ainda que tendo por objeto o exercício do poder estatal, mas não com o sentido de vincular a ação dos governantes ao Direito e garantir a liberdade dos indivíduos face aos órgãos do Estado, pode ser considerado Direito Administrativo no sentido contemporâneo derivado do modelo francês.<sup>37</sup>

A formação do Estado francês e os três fundamentos historicamente verificados, quais sejam, a soberania real, a soberania da nação e os serviços públicos, demonstram que a Revolução Francesa desempenhou importante tarefa na modulação dos poderes do Estado, marcado pela passagem da soberania real à soberania da nação.

Já o serviço público representou importante giro, porque o Estado passou da posição de garantidor para a de provedor. Dessa forma, a França permaneceu como *state society*, marcada pela forte atuação do Estado e pela sua presença na vida do particular com preponderância do coletivo sobre o indivíduo.

Cumprir notar, todavia, que a Revolução Francesa não significou o completo desmonte das estruturas aristocráticas, mas houve certa combinação dessas estruturas com os ideais revolucionários. Nesse sentido, ainda que se fale de uma revolução, não se pode ignorar que algumas características permaneceram.<sup>38</sup> Nesse aspecto, cabe ressaltar que, muito embora a revolução tenha visado limitar o poder do Estado, na França, o controle sobre a atuação dos corpos administrativos foi suprimido do Poder Judiciário e submetido à jurisdição administrativa, cujo órgão máximo era o Conselho de Estado. A referida corte administrativa

---

<sup>36</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 31.

<sup>37</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 35.

<sup>38</sup> Sobre o tema é interessante a análise de Duguit: “*Ainsi les deux courants se rencontrent la philosophie politique du XVIII siècle et le droit monarchique arrivaient aux mêmes conclusions, qui s’imposaient aux législateurs révolutionnaires, profondément monarchistes par tradition et par tempérament et philosophe par sentiment.*” A filosofia política do século XVIII e o direito monárquico chegavam às mesmas conclusões, o que se impôs aos legisladores revolucionários, profundamente monarquistas pela tradição e pelo temperamento, e filósofos pelo sentimento. (DUGUIT, 1913, p. 12, tradução nossa.).

foi resquício do antigo regime, assim como a marca do Estado hierarquizado, centralizado e forte, o que conferiu terreno fértil para o desenvolvimento do Direito Administrativo.<sup>39</sup>

Diante disso, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é revelador do sistema jurídico francês, uma vez que, em benefício da coletividade, passou-se a aceitar o regime de prerrogativas e sujeições. Desse modo, em virtude da compreensão de que aquilo que se faz pela coletividade seria superior ao interesse do indivíduo, nos sistemas de matriz francesa, o interesse individual foi taxado como egoísta.<sup>40</sup>

### 2.3 O panorama histórico norte-americano

Ao contrário do que ocorreu no modelo francês, o monarca britânico teve seus poderes limitados desde o século XIII, com a assinatura da Magna Carta em 1215. Ademais, o modelo britânico manteve características feudais evidenciadas pela forte confiança nos costumes, razão pela qual não ocorreu, na Inglaterra, a mesma concentração de poder havida no Estado absolutista francês.<sup>41</sup> Outrossim, não se pode olvidar que a monarquia parlamentar foi a marca do sistema inglês, que a assinatura do *Bill of Rights*, Declaração de Direitos, em 1689, constituiu o marco histórico relativo à moderação dos poderes do rei pelo parlamento.

O elemento contratual foi a base do Direito Público inglês e serviu para vincular o poder do rei ao povo, limitando, de certa forma, os poderes do monarca.<sup>42</sup> No sistema britânico não se admitiam os poderes ilimitados como no absolutismo francês, tampouco se verificou a concentração administrativa. Sob esse aspecto não houve uma administração central, tendo predominado uma forma dispersa de governo, o conhecido *self government*,<sup>43</sup> com maior protagonismo da sociedade nos “assuntos” de Estado. Não se verificou, portanto, a forte proeminência do rei sobre os súditos, pois “[n]esse modelo contratual o que prevalece são os

---

<sup>39</sup> Após discorrer sobre a importância da monarquia francesa na promoção do bem comum, Giacomuzzi ressalta que “Esse caráter da Monarquia francesa, ou essa crença em seus atributos, sobreviveu ao tempo, e depois de algumas metamorfoses históricas, que não lhe alteraram a essência, permaneceu como base do *droit politique* e na mentalidade do povo francês. Com a Revolução, o rei foi destronado, e a ‘Nação’ foi posta em seu lugar. Mas a filosofia do *Ancien Régime*, de que haveria um ‘interesse superior’ do Estado, permaneceu.” (GIACOMUZZI, 2011, p. 176.).

<sup>40</sup> GIACOMUZZI, 2011, p. 192.

<sup>41</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 32.

<sup>42</sup> GIACOMUZZI, 2011, p. 168.

<sup>43</sup> MEDAUAR, 2003, p. 46.

valores da igualdade, da congruência, do livre arbítrio e, se quisermos, da justiça corretiva, a qual pode ser tida como a filosofia-matriz do direito privado”.<sup>44</sup>

O sistema inglês baseou-se, portanto, na ideia de unidade segundo a qual o monarca e seus súditos se submetem ao “Direito”, sem elaborar um regime especial que fosse aplicável ao Estado, daí, inclusive, o termo *common law*, o Direito dos Comuns.<sup>45</sup>

A forma de organização desconcentrada do regime inglês foi, de certa maneira, transferida para as Treze Colônias e constituiu a base sobre a qual se erigiu o Estado norte-americano. Sobre esse ponto, é importante ressaltar que, para além do modelo de organização administrativa inglesa, o contexto socioeconômico europeu, marcado pelos movimentos liberais e pela ascensão da burguesia, também influenciou na formação dos Estados Unidos, conforme se passa a analisar.<sup>46</sup>

Inicialmente, a metrópole não se importou com os emigrantes que se dirigiam para as Treze Colônias (o novo mundo) especialmente para as do norte (Nova Inglaterra), pois os interesses da coroa concentravam-se na extração de ouro e prata, bem como nas colônias agrícolas do sul que adotaram o regime escravocrata.<sup>47</sup>

A organização administrativa da Nova Inglaterra<sup>48</sup> intensificou-se no início do século XVII, durante o reinado de Carlos I, impulsionada pelo êxodo dos puritanos.<sup>49,50</sup> O chamado novo mundo também atraía imigrantes em busca de terras e riquezas, oportunidades que, na

---

<sup>44</sup> GIACOMUZZI, 2011, p. 168.

<sup>45</sup> GIACOMUZZI, 2011, p. 182.

<sup>46</sup> "Os habitantes que vieram estabelecer-se na costa da Nova Inglaterra pertenciam todos às classes abastadas da mãe-pátria. Sua reunião no solo americano apresentou, desde a origem, o singular fenômeno de uma sociedade em que não havia nem grandes senhores, nem povo, e por assim dizer nem pobres nem ricos. Havia, guardadas as devidas proporções, maior massa de luzes difundida entre esses homens do que no seio de qualquer nação europeia de nossos dias. Todos, sem nenhuma exceção talvez, haviam recebido uma educação bastante avançada e vários deles tinham se tornado conhecidos na Europa por seus talentos e suas ciências. As outras colônias haviam sido fundadas por aventureiros sem família; imigrantes da Nova Inglaterra traziam consigo admiráveis elementos de ordem e de moralidade; eles iam para o deserto acompanhados da mulher e dos filhos. Mas o que os distinguiu principalmente de todos os outros era a meta mesma de sua empresa. Não era a necessidade que os forçava a abandonar seu país, onde deixavam uma posição social saudosa e meios de vida garantidos; eles tampouco mudavam-se para o Novo Mundo a fim de melhorar sua situação ou aumentar suas riquezas. Furtavam-se às doçuras da pátria obedecendo a uma necessidade puramente intelectual; expondo-se às misérias inevitáveis do exílio, queriam fazer triunfar uma ideia." (TOCQUEVILLE, 2014, p. 41.).

<sup>47</sup> Embora a escravidão tenha ocorrido tanto nas colônias do norte quanto do sul, é importante destacar que constituiu a base da economia do sul. (DAVIDSON, James West. **Uma breve história dos Estados Unidos**. Tradução Janaína Marcoantonio. 3. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 59.).

<sup>48</sup> É importante esclarecer que a análise histórica deste trabalho, no que concerne ao modelo de administração dos Estados Unidos, será feita com base nas colônias do norte, chamadas de Nova Inglaterra. Isso porque, uma vez que representaram a União e foram vencedores da Guerra de Secessão, os estados do norte impuseram seu modelo de administração sobre aos estados do sul e constituíram, portanto, o modelo que predominou.

<sup>49</sup> Trata-se de doutrina cristã que constituiu um dos braços da Reforma Protestante. Sua significativa importância para a formação dos Estados Unidos será analisada no tópico seguinte.

<sup>50</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 44.

Inglaterra, ainda eram predominantemente reservadas aos nobres.<sup>51</sup> Nesse cenário, os imigrantes que chegaram procuraram se estabelecer em sociedade. Assim, a população que se formava preocupou-se em constituir regras que disciplinavam esse convívio.

Alheio ao privilégio de classes, nos Estados Unidos, desenvolveu-se “a forma pura de democracia”.<sup>52</sup> Ao analisar a organização da sociedade americana, Alexis de Tocqueville aponta que a igualdade<sup>53</sup> sob a qual a sociedade constituiu-se foi uma importante característica do processo de formação dos Estados Unidos. Desse modo, como a aristocracia inglesa não foi transferida para o novo mundo, e tendo em vista o parco controle até então exercido pela Inglaterra, os Estados Unidos se formaram com base em um grau maior de liberdade que, até então, não se verificava na Inglaterra e na França (e em Portugal, embora não seja mencionado por Tocqueville em seu estudo).<sup>54,55</sup>

Sobre o domínio das colônias, Alexis de Tocqueville explica que no território norte-americano existiram três formas de organização:

Em certos casos, o rei submetia uma porção do novo mundo a um governador de sua escolha encarregado de administrar o país em seu nome e sob suas ordens imediatas. É o sistema colonial adotado no resto da Europa. Outras vezes, ele concedia a um homem ou a uma Companhia a propriedade de certas porções de terra. Todos os poderes civis e políticos encontravam-se então concentrados nas mãos de um ou vários indivíduos que, sob sua inspeção e o controle da coroa, vendiam as terras e governavam os habitantes. Um terceiro sistema, enfim, consistia em uma sociedade política, sob o patrocínio da mãe-pátria, e de se governarem eles próprios em tudo que não era contrário às leis desta.<sup>56</sup>

O terceiro modelo destacado só foi posto em prática na Nova Inglaterra. Essa forma de organização iniciou-se de fato com o povoamento impulsionado pela migração decorrente das

---

<sup>51</sup>KEENEY, Sandy. *The foundations of government contracting*. *Journal of Contract Management*, [s. l.], 2007, p. 8. Disponível em: [https://www.ago.noaa.gov/acquisition/docs/foundations\\_of\\_contracting\\_with\\_the\\_federal\\_government.pdf](https://www.ago.noaa.gov/acquisition/docs/foundations_of_contracting_with_the_federal_government.pdf). Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>52</sup>Ao comentar a formação da democracia nos EUA é importante ter a Europa como contraponto. O livro de Alexis de Tocqueville é importante referência sobre o tema porque compara a formação do Estado Norte-Americano, forma de governo e administração à Europa, mais especificamente em relação à França. O Termo ‘democracia pura’ foi utilizado por François Furet ao escrever o prefácio do livro *A democracia na América*. (TOCQUEVILLE, 2014, prefácio XXIII.).

<sup>53</sup>Essa igualdade a que Tocqueville se reporta deve ser compreendida dentro de determinado contexto. Ela se refere à ausência da nobreza (sociedade estamental), mas não quer dizer que era absoluta, principalmente em razão do regime de escravidão.

<sup>54</sup>TOCQUEVILLE, 2014, p.7.

<sup>55</sup>Assim as colônias inglesas tinham todas entre si, na época de seu nascimento, um grande ar de família. Todas, desde o princípio, estavam destinadas a oferecer o desenvolvimento da liberdade, não a liberdade aristocrática de sua mãe pátria, mas a liberdade burguesa e democrática de que a história do mundo ainda não apresentava um modelo completo.” (TOCQUEVILLE, 2014, p. 39.).

<sup>56</sup>TOCQUEVILLE, 2014, p. 45.

perseguições religiosas relacionadas aos desdobramentos da Reforma Protestante.<sup>57</sup> Os novos habitantes não se opunham à autoridade da metrópole, mas tampouco recorriam a ela para fundamentar seu poder. Assim, foi no seio da comuna que o espírito republicano se desenvolveu.<sup>58</sup>

De tal modo, os habitantes da Nova Inglaterra elaboraram um modelo de administração próprio. Cada indivíduo detinha atribuições e obrigações que não se limitavam a pagar impostos, pois deviam participar ativamente da sociedade desempenhando funções de interesse coletivo. Os magistrados e os membros dos corpos administrativos eram eleitos, detentores de mandatos, e a organização administrativa estabeleceu-se de maneira desconcentrada e sem hierarquia.<sup>59</sup> Essa forma de organização está diretamente relacionada com a forma de exercício da soberania que se desenvolveu nos Estados Unidos.

### 2.3.1 A soberania nos Estados Unidos

Para melhor compreensão do tema é relevante mostrar os apontamentos feitos por Alexis de Tocqueville em sua obra *A democracia na América*.

O autor afirma que “quando se quer falar das leis políticas dos Estados Unidos, é sempre pelo dogma da soberania do povo que convém começar”.<sup>60</sup> Dessa forma, ao analisar o seu exercício em outros países, Tocqueville aponta que a soberania pautada pela vontade nacional<sup>61</sup> foi frequentemente distorcida pelos déspotas, ou pelos detentores do poder, pois na verdade se traduzia na vontade de alguns.<sup>62</sup> No entanto, “[n]a América, o princípio da soberania do povo não é oculto ou estéril, como em certas nações; ele é reconhecido pelos costumes, proclamado pelas leis; estende-se com liberdade e chega, sem obstáculos, às últimas consequências”.<sup>63</sup>

Para explicar os efeitos decorrentes da organização em comunas, Tocqueville diferencia a centralização administrativa da governamental. A centralização governamental era compreendida pelo poder de fazer obedecer às leis gerais, que disciplinavam os interesses

---

<sup>57</sup> Aqui se faz alusão as querelas religiosas que ocorreram na Europa em sentido amplo. Abarca, portanto, desde a formação da Igreja Anglicana, até as diversas doutrinas protestantes.

<sup>58</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 45-48.

<sup>59</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 45-48.

<sup>60</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 65.

<sup>61</sup> A vontade nacional possui o mesmo conceito de vontade geral já analisado.

<sup>62</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 65.

<sup>63</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 45-48.

homogêneos entre as comunas, e por manter união dentro de seus limites territoriais. Desse modo, o autor conclui que a centralização governamental era exercida pelos Estados.<sup>64</sup>

Contudo, inexistia centralização administrativa, descrita como o poder central para dirigir os interesses locais.<sup>65</sup> Sobre esse aspecto, Tocqueville aponta que a dispersão permitiu o exercício da cidadania no seio das comunas, onde a soberania do povo norte-americano desenvolveu-se.<sup>66</sup> Isso foi possível porque, na Nova Inglaterra, o modelo de administração aproximou o aparato estatal do povo. Na organização em comunas o cidadão não se podia furtar ao desempenho das funções públicas.<sup>67</sup> Desse modo, é possível considerar que a liberdade comunal estabelecida levou os cidadãos a uma forma de compreensão e interação com o Estado distinta daquela experimentada sociedade francesa. Assim, na Nova Inglaterra:

(...) a vida política nasceu no próprio seio das comunas; quase poderíamos dizer que em sua origem, cada uma delas era uma nação independente. Quando mais, tarde, os reis da Inglaterra reclamaram sua parte da soberania, limitaram-se a tomar o poder central. Deixaram a comuna no estado em que a encontraram.<sup>68</sup>

Assim, sob a perspectiva francesa, a Administração Pública norte-americana poderia ser interpretada como “fraca”, em razão da ausência de Administração central. Mas, para Tocqueville, a Administração Pública norte-americana era forte, porque foi “marcada por sua origem popular e obedece ao poder de quem emana”,<sup>69</sup> ou seja, ao povo.

Para Tocqueville foi a experiência nas comunas que permitiu o desenvolvimento do senso de soberania entre os colonos e, com a eclosão da Revolução Americana, aponta que “o dogma da soberania do povo saiu da comuna e apoderou-se do governo”.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> Vimos que nos Estados Unidos, não existia centralização administrativa. Lá, mal encontramos o indício de uma hierarquia. A descentralização foi levada a um grau que nenhuma nação europeia seria capaz de suportar, penso eu, sem profundo mal-estar, e que inclusive produz efeitos importunos da América. Mas, nos Estados Unidos, a centralização governamental existe no mais alto grau. Seria fácil provar que a potência nacional está mais concentrada aí do que foi em qualquer das monarquias da Europa. Não apenas não há em cada Estado mais que um só corpo que elabora as leis, não apenas não existe neles mais que um poder capaz de criar a vida política em torno de si, mas em geral, condados, com medo de que essas assembleias caíssem na tentação de exorbitar de suas atribuições administrativas e de obstruir a marcha do governo. Na América, a legislatura de cada Estado não tem diante de si nenhum poder capaz de resistir a ela. Nada poderia detê-la em seu caminho, nem privilégios, nem imunidade local, nem influência pessoal, nem mesmo a autoridade da razão, pois ela representa a maioria, que se pretende único órgão da razão. Logo, ela não tem outro limite, em sua ação, além de sua própria vontade. Ao longo dela e sob sua mão encontra-se o representante do poder executivo, que, com a ajuda da força material, deve forçar os descontentes à obediência.” (TOCQUEVILLE, 2014, p. 100.).

<sup>65</sup> Essa diferença formulada por Tocqueville (centralização administrativa e governamental) é bastante artificial porque não é possível separar rigorosamente a administração do governo, porém, será mantida para fins didáticos.

<sup>66</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 100.

<sup>67</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 75.

<sup>68</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 76.

<sup>69</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 68.

<sup>70</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 65.

Dessa forma, foi a centralização governamental (exercida pelos estados) que permitiu o sucesso da Revolução Americana, ao passo que o espírito comunal foi o que possibilitou o exercício da soberania que se desenvolveu nas comunas e chegou à União. Aliás, a Revolução Americana foi desencadeada justamente pela falta de representação das colônias no parlamento britânico, pois, enquanto o povo norte-americano participava intensamente da vida política em seu território, a mesma representatividade não lhes foi concedida na metrópole. Essa discrepância da realidade política resultou, pois, na guerra de independência.<sup>71</sup>

#### **2.4 A influência da ética protestante na sociedade norte-americana**

Ao estudar-se a formação dos Estados Unidos percebe-se que a Reforma Protestante exerceu influência nesse processo, pelo que não se pode deixar de mencioná-la. No momento da colonização das Américas, a vida “eterna” constituía grande (se não a principal) preocupação do indivíduo. Por essa razão a doutrina da “salvação” esteve no centro do debate da Reforma Protestante. Nesse contexto, alguns países permaneceram católicos, como Portugal e Espanha, enquanto outros, como Inglaterra e Holanda, tornaram-se protestantes.<sup>72</sup>

A Reforma Protestante teve início na Alemanha com as 95 teses do monge Martinho Lutero. Ao escrevê-las, o monge expressou severa divergência com a liturgia católica, pois criticava, em resumo, os rituais empregados pela Igreja para alcançar a salvação, entre os quais se verificavam os sacramentos, a prática da confissão e a venda de indulgências.

Para Lutero, a Bíblia (que até o momento era escrita apenas em latim) deveria estar acessível a todos os fiéis, por isso traduziu-a para o alemão, com o intuito de possibilitar o exercício direto da fé pelos cristãos, sem a interlocução do padre. Ele também condenava a forma mundana que muitos membros do clero viviam, pois ostentavam bens materiais e considerava-os pouco disciplinados e comprometidos com a glorificação de Deus.

Para o monge, a fé era o único caminho possível para a salvação, por isso pregava maior rigor no seu exercício.<sup>73</sup> Além disso, Lutero apegou-se à ideia de designo divino, isto é, todo fiel estava vinculado à uma missão e precisava desempenhá-la, sem questionar no que

---

<sup>71</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse Público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 83.

<sup>72</sup> DAVIDSON, 2017, p. 34.

<sup>73</sup> WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. 3. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 71 *et seq.*

consistiria o propósito de sua vocação (missão). Por essa razão, vê-se que a doutrina luterana ainda estava impregnada com dogmas medievais, segundo os quais cada indivíduo nasce com uma posição no mundo.<sup>74</sup>

A Reforma Protestante teve início com Lutero. Mas logo surgiram outras doutrinas protestantes que contribuíram para o acirramento das divergências com a Igreja Católica e até mesmo entre as doutrinas protestantes, como a Igreja Anglicana (religião oficial da Inglaterra cujo rei era o chefe).

Nessa esteira, o monge João Calvino acreditava na doutrina da predestinação que separava os fiéis entre eleitos e não eleitos e pregava que o cristão deveria dedicar sua vida à glorificação do Senhor, mediante o exercício obstinado da fé. Além disso, ele pregava que a salvação era um mistério divino e por isso não estaria acessível aos humanos, pois a justiça de Deus não se comunicaria com a justiça terrena.<sup>75</sup> Ocorre que a doutrina calvinista da predestinação retirou importante poder da Igreja e, no caso da Inglaterra, do próprio rei porque a vida eterna estava fora do alcance dos seres humanos. Isso significava que nem o clero, nem o rei teriam conhecimento para dizer quem seria salvo, o que acirrou as querelas religiosas do século XVII. Convém ressaltar que por criticar ferrenhamente o modo de vida dos nobres e dos clérigos, a doutrina calvinista recebeu sensível “adesão” da burguesia. Na época essa camada social estava em ascensão e se insurgia contra o monopólio dos privilégios dos nobres.<sup>76</sup>

A partir da concepção apresentada por Calvino surgiram outras doutrinas. Dentre elas, o Puritanismo pode ser considerado seu expoente e, inclusive, exerceu importante papel na colonização da Nova Inglaterra. A doutrina puritana pregava ainda maior rigor no exercício da fé, o que significava a adoção de costumes mais “puros” (daí seu nome), pois o fiel deveria levar uma vida “santa” e completamente dedicada ao Senhor. Com isso, os puritanos se colocaram em posição de enfrentamento com a coroa britânica, porquanto consideravam que a Igreja Anglicana não reverenciava o Senhor e desvirtuava o exercício da fé, além do que sucumbia aos valores mundanos.<sup>77</sup> Perseguidos pelo Estado, os puritanos viram na América do Norte a possibilidade de estabelecer sua “própria comunidade santa”.<sup>78</sup>

A influência dos puritanos foi tão significativa na formação dos Estados Unidos que ao analisá-la Alexis de Tocqueville<sup>79</sup> resalta:

---

<sup>74</sup> WEBER, 2005, p. 77 *et seq.*

<sup>75</sup> WEBER, 2005, p. 100 *et seq.*

<sup>76</sup> WEBER, 2005.

<sup>77</sup> WEBER, 2005, p. 140 *et seq.*

<sup>78</sup> DAVIDSON, 2017, p. 39.

<sup>79</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 41.

O puritanismo não era apenas uma doutrina religiosa; ele também se confundia em vários pontos com as teorias democráticas e republicanas mais absolutas. Daí lhe vieram seus mais perigosos adversários. Perseguidos pelo governo da mãe-pátria, feridos no rigor de seus princípios pelo andamento cotidiano da sociedade no seio da qual viviam, os puritanos buscaram uma terra tão bárbara e tão abandonada pelo mundo que nela ainda pudessem viver à sua maneira e orar a seu Deus em liberdade.

Por suposto, as peculiaridades da ética puritana influenciaram a formação da sociedade da Nova Inglaterra, razão pela qual merecem destacada atenção. Para os puritanos o trabalho era a forma de reverenciar Deus, enquanto o ócio e o prazer eram condenados por significar perda de tempo e desvirtuamento da vida santa.<sup>80</sup> De tal modo, todo o tempo na terra deveria ser empregado pelo cristão na busca pela “certeza do seu estado de graça”.<sup>81</sup>

Nessa ótica, o desempenho profissional assumiu significativa importância na sociedade que se formava, porque o trabalho significava reverência a Deus e, portanto, era dever de todo cristão, fosse ele rico ou pobre.<sup>82</sup> Os indivíduos deveriam, então, se empenhar na execução de seus ofícios e no aprendizado de uma profissão, o que contribuiu com o desenvolvimento intelectual dos cidadãos. Por essa razão, a instalação de escolas foi algo com que os puritanos se preocuparam desde cedo. No protestantismo, de maneira geral, o fiel deveria ler a Bíblia e, portanto, a educação era condição para o exercício de sua fé.<sup>83</sup> Contudo, ainda que a colonização protestante tenha se difundido por todos os estados norte-americanos, esse fenômeno (educação) foi mais presente na Nova Inglaterra.<sup>84</sup>

Outro fator relevante sobre a ética puritana merece destaque. O puritanismo condenava o ócio e o uso irracional da posse, mas não o lucro ou a acumulação, pois a prosperidade decorreria do trabalho e seria sinal de salvação.<sup>85</sup>

Sobre esse tema, convém destacar a obra de Max Weber, *Ética protestante e o espírito do capitalismo*, em que o autor investiga a relação entre as doutrinas protestantes e o desenvolvimento econômico de alguns países, dentre eles os Estados Unidos. Weber adverte que sua obra não insinua que as doutrinas protestantes estivessem orientadas para o capitalismo,

---

<sup>80</sup>WEBER, 2005, p. 143 *et seq.*

<sup>81</sup>WEBER, 2005, p. 143.

<sup>82</sup>WEBER, 2005, p. 147.

<sup>83</sup>WEBER, 2005.

<sup>84</sup>“E, diferentemente dos puritanos, os colonos da Virgínia pouco se importavam em educar a todos. “Dou graças a Deus por não termos nem escolas livres nem impressa” escreveu o governador da Virgínia William Berkeley, e “espero que não as tenhamos por cem anos ainda. Porque aprender trouxe ao mundo a desobediência e a heresia.” (DAVIDSON, 2017, p. 49.).

<sup>85</sup> WEBER, 2005, p. 147 *et seq.*

ao contrário, acredita que essas doutrinas, em sua concepção original, teriam rejeitado esse modelo.

No entanto, o que o autor pretendeu demonstrar com seu estudo foi a forma como a ética protestante se conciliou bem com o que ele chamou de “espírito do capitalismo”. Nesse aspecto, o puritanismo exerceu influência mais significativa dentre as doutrinas protestantes, porque ao estimular o trabalho, legitimar o lucro e condenar o ócio, a ética puritana possibilitou, de certa forma, a acumulação de capital, o que facilitou, mais tarde, o seu emprego produtivo e proporcionou o desenvolvimento do capitalismo.<sup>86</sup>

## 2.5 O individualismo e a sociedade sem Estado

Os colonos que chegaram da Europa trouxeram consigo os ideais iluministas, além do modelo de governo, que na Inglaterra era mais disperso (*self government*). No entanto, na América do Norte o controle da metrópole estava distante. Para tanto, pode-se dizer que, por muitos anos, a América do Norte permaneceu quase “sem-Estado”. Além disso, os colonos não se opunham à coroa britânica, mas, tampouco buscaram nela sua fonte de poder para legitimar a organização em comunas que se estabelecia.<sup>87</sup>

Conforme destacado, a sociedade norte-americana se constituiu sob um senso de soberania que ainda não havia sido experimentado na Europa (Inglaterra, França e Portugal), pois o povo governava a si por meio de intensa participação dos indivíduos na vida pública. Com efeito, Tocqueville diz que cada indivíduo (o cidadão)<sup>88</sup> detinha igual soberania e participava do governo. Nesse sentido aponta que “o indivíduo obedece à sociedade não por ser inferior aos que a dirigem, mas porque a união com seus semelhantes lhe parece útil e porque essa união não pode existir sem um poder regulador”.<sup>89</sup>

Segundo essa perspectiva o Estado<sup>90</sup> não se formou porque tinha o dever de desenvolver a sociedade. Ao contrário, ele se constituiu para que a sociedade pudesse se auto-desenvolver,

---

<sup>86</sup> WEBER, 2005, p. 157.

<sup>87</sup> DAVIDSON, 2017.

<sup>88</sup> É importante destacar que nem todos eram cidadãos. Assim, falar em cidadão na Nova Inglaterra significa se referir a um homem branco, de origem europeia, predominantemente inglesa, protestante, em alguns casos apenas os puritanos tinham direito a voto. (DAVIDSON, 2017, p. 42.).

<sup>89</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 75.

<sup>90</sup> Nesse momento ainda não existia o governo federal, quando se fala em Estado o poder central era exercido pelos estados, as colônias.

porque ela necessitava de regras e instituições. Percebe-se, portanto, que a sociedade norte-americana se consolidou em torno do valor individual de cada cidadão e de sua importância para a coletividade.

Essa é uma característica peculiar que merece destaque, pois na Nova Inglaterra o poder administrativo estava disperso nas comunas e com ele o dever de fiscalização. Não se negou, portanto, que o cidadão teria maior interesse na condução de seus assuntos particulares, nem que eles (na esfera de cada indivíduo) poderiam predominar sobre os assuntos coletivos. É por essa razão que a legislação americana faz apelos aos interesses particulares para execução das leis.<sup>91</sup> Atento a esse ponto, por exemplo, foi estabelecido o mecanismo de partilha de multas<sup>92</sup> entre o Estado e o particular que denunciasse a ocorrência de atos ilícitos puníveis com sanção pecuniária.

Nota-se que muito cedo foram estabelecidos mecanismos difusos de controle que aliavam o interesse individual ao da coletividade, ao mesmo tempo em que estimulavam a fiscalização por todos.<sup>93</sup> Desse modo, não se constituiu uma relação de inércia diante do Estado, mas fomentou a participação dos próprios indivíduos nos assuntos de interesse coletivo, ainda que estimulados por interesses pessoais.

Esse panorama revela que os norte-americanos estabeleceram uma relação distinta entre o cidadão e o Estado, à medida que reconheceram os interesses individuais como legítimos e os transformaram em mecanismo a favor do coletivo. Essa relação (Estado e indivíduo) liga-se ao processo de formação política estudado neste capítulo e se conecta, enfim, ao afloramento do individualismo na cultura norte-americana. Desse modo, vê-se que a organização em comunas influenciou o protagonismo do indivíduo frente ao Estado.

Soma-se a isso o fato de que a ética puritana incutiu no indivíduo o pensamento de que ele deveria prover a si, uma vez que o trabalho era a forma de glorificar a Deus e a prosperidade era indício de salvação. Nesse sentido, a acumulação de fortunas privadas viabilizou o exercício do poder econômico. Essa conjugação de fatores formulou as bases para o modelo estatal baseado na livre iniciativa: o Estado liberal.<sup>94</sup>

A forma como o governo federal se consolidou nos Estados Unidos também foi peculiar. Isso porque a formação da União decorreu da necessidade de enfrentar a Inglaterra durante a Revolução Norte-Americana, mas não de uma demanda da população por “Estado”. Inclusive,

---

<sup>91</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 91.

<sup>92</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p. 91.

<sup>93</sup> Esse mecanismo subsiste no ordenamento norte-americano até os dias atuais: o *False Claim Act*, que será comentado no capítulo sete.

<sup>94</sup> DAVIDSON, 2017.

deve-se frisar que o processo de consolidação do governo federal, após a guerra de independência, sofreu resistência dos estados, pois como visto, eles já constituíam o que se entendia por governo central, assim, “por que um Estado iria querer outra legislatura na distante Filadélfia exercendo controle sobre ele?”<sup>95</sup>

Desse modo, o governo federal foi a última instância de poder a se estabelecer. Na sua constituição, houve preocupação em limitar a atuação do poder executivo e conferir mais competências ao legislativo, no qual os estados estavam representados. Ainda assim, até o final do século XIX, a sociedade norte-americana permaneceu quase sem intervenção do governo federal. Pode-se dizer que o governo foi alheio as transformações pelas quais o país passou. Isso porque o povo norte-americano, em sua maioria, não considerava que o governo devesse se envolver no desenvolvimento econômico-social.<sup>96</sup>

Desta feita, o Estado não estava no centro da vida dos indivíduos. Foram os indivíduos que assumiram o protagonismo do desenvolvimento da sociedade. Seus interesses privados foram desde logo reconhecidos e até mesmo utilizados como ferramenta para persecução dos interesses coletivos. Isso porque, conforme constatado por Giacomuzzi, “[o] individualismo não somente é uma noção bem-vista pelos norte-americanos; mais que isso, eles construíram o país com base nessa ideia”.<sup>97</sup>

Desenvolveu-se, então uma visão positiva sobre o indivíduo enquanto senhor do seu destino e que pregava sua autonomia em relação ao Estado visando o desenvolvimento de suas capacidades. Assim, enquanto uma interpretação positiva do individualismo considerava o cidadão o ser produtor da sua história, a interpretação negativa, comumente francesa, equiparava o individualismo ao censo egoísta.<sup>98</sup> Desse modo, o protagonismo do indivíduo em relação ao Estado repercutiu no desenvolvimento relativamente tardio do Direito Administrativo nos Estados Unidos, principalmente se comparado ao Direito Administrativo de matriz francesa.

É importante destacar que o liberalismo é a dimensão econômica da mentalidade individualista, pois sinaliza a não-intervenção do Estado na seara econômica. Assim, os Estados

---

<sup>95</sup> Inicialmente a capital dos Estados Unidos seria a Filadélfia. (DAVIDSON, 2017, p. 93.).

<sup>96</sup> DAVIDSON, 2017, p. 206.

<sup>97</sup> GIACOMUZZI, 2011, p. 186.

<sup>98</sup> “O esforço de conjugar o Individualismo com o liberalismo democrático e o Direito vingou facilmente nos Estados Unidos. O cidadão norte-americano de Tocqueville é um individualista, não um egoísta; é um sujeito autoconfiante. E Tocqueville é crédulo sobre esse homem moderno, descrito como um ‘indivíduo convencido que acredita tão dogmaticamente em sua própria singularidade quanto na santidade de sua alma individual e em sua preciosidade aos olhos de Deus.’ O egoísmo é o Individualismo negativamente entendido. O Individualismo positivo, propriamente entendido, leva à Democracia, á liberdade e à igualdade. É esse o espírito da comparação de Tocqueville.” (GIACOMUZZI, 2011, p. 189.).

Unidos regeram-se precipuamente, até o final do século XIX, pela teoria econômica do *laissez-faire*.<sup>99</sup> O governo deixou, então, ao mercado a responsabilidade pela condução dos assuntos que, em países que adotaram o modelo de Estado Social, como o Brasil, seriam considerados de responsabilidade do Estado.

Entretanto, a situação se alterou diante do caos social instaurado pelo livre mercado, o que foi evidenciado por greves, rebeliões e denúncias contra os modos de produção. Assim, diante da insatisfação da população com os serviços oferecidos pelo mercado, no final do século XIX, surgiram as agências federais americanas.<sup>100</sup>

Em razão da insatisfação social apontada, iniciou-se a intervenção do Estado na seara econômica, tradicionalmente dominada pela livre iniciativa.<sup>101</sup> Diante do novo modelo de administração, houve a necessidade de regulamentar a atuação da máquina pública, e com isso o Direito Administrativo ganhou espaço no ordenamento norte-americano.<sup>102</sup>

Assim, as peculiaridades encontradas na formação de cada Estado influenciaram na formação do paradigma no qual o Direito Administrativo se desenvolveu nos sistemas jurídicos comparados. Sobre esse ponto, Giacomuzzi<sup>103</sup> destaca:

Em termos genéricos, o jurista francês (ou brasileiro) louva o Estado antes do indivíduo. França e Brasil e são sociedades de Estado (*State societis*), e o patrocínio da causa liberal em direção aos valores individuais soa como um convite ao egoísmo à maioria dos juristas franceses e brasileiros, porque eles foram criados em uma cultura na qual o Estado é tido como responsável (se não o responsável) pela sorte da Nação.

Desse modo, tendo em vista o panorama histórico apresentado, é possível perceber que a formação política de cada país somada à maior ou menor presença do Estado e o protagonismo dos indivíduos possui relação com o desenvolvimento do seu Direito Administrativo. Nos países de matriz francesa estabeleceu-se uma relação mais verticalizada entre Estado e cidadão, que é evidenciado pelo uso de prerrogativas de autoridade no desenvolvimento da teoria do contrato administrativo e, de certa forma, pela atividade sancionadora em matéria de contratação pública. No sistema norte-americano, por sua vez, ver-se-á uma tendência à horizontalidade, uma vez que os cidadãos participam, com maior frequência, das decisões do Estado.

---

<sup>99</sup> DAVIDSON, 2017, p. 206.

<sup>100</sup> DAVIDSON, 2017, p. 210 *et seq.*

<sup>101</sup> DAVIDSON, 2017.

<sup>102</sup> CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 153-176, jul/set., 2002. p. 155. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46435/45175>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>103</sup> GIACOMUZZI, 2011, p. 77-78.

## 2.6 O panorama histórico brasileiro e formulação do Direito Administrativo sob influência estrangeira

Para empreender a análise comparada pretendida por este estudo é importante analisar a influência estrangeira na organização político-administrativa brasileira e, conseqüentemente, seu reflexo na evolução do Direito Administrativo. O surgimento do Estado brasileiro não decorre de uma resistência à opressão, como ocorreu na França por oposição ao absolutismo, tampouco de um anseio coletivo por representatividade no parlamento da metrópole, como na história norte-americana.<sup>104</sup> Ainda assim, os movimentos revolucionários desses países tiveram grande impacto na formação brasileira.

Dentre os diversos fatores que influenciaram o desenvolvimento do Direito Administrativo no Brasil, é possível destacar: (i) a organização administrativa determinada por Portugal no período colonial somada à transferência da família real para o Brasil, (ii) a inspiração no Direito Administrativo francês, especialmente no que se refere ao conteúdo material com a adoção da teoria do contrato administrativo e dos serviços públicos, (iii) a adoção do federalismo por influência da Revolução Americana, (iv) o modelo de Estado Social.

No Brasil, a análise do Direito Administrativo perpassa por quatro momentos históricos: o período colonial, marcado pela fragmentação; o imperial, apontado como período de formação; o período republicano, caracterizado pela autonomização e consolidação; e, por fim, o momento atual considerado de transição.<sup>105</sup>

### 2.6.1 As relações sócio-políticas do período colonial

Durante o período colonial não é possível falar em Direito Administrativo nos moldes formulados pela Revolução Francesa, tanto por sua limitação temporal, quanto pela ausência de um regime voltado para impor limites à atuação do Estado. Não havia, à época, a

---

<sup>104</sup> GABARDO, 2009, p.83.

<sup>105</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, jan/mar, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=82>. Acesso em: 08 nov. 2018. MARRARA, Thiago. Direito Administrativo: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago. (org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

preocupação em desenvolver um ramo autônomo do Direito destinado à disciplina do regime jurídico próprio da Administração Pública. Desde a chegada dos colonizadores portugueses em 1500, até o início do século XIX, havia somente uma legislação esparsa destinada à gestão da colônia, inseridas nas Ordenações Filipinas, conhecidas como Ordenações do Reino.<sup>106</sup> Não obstante, o período é importante porque as relações público-privadas que se formaram no Brasil colonial somada à organização política exerceram importante influência, tanto nos modelos de Estado que se seguiram, quanto no desenvolvimento do Direito Administrativo.

A Igreja Católica exerceu importante papel ao auxiliar a Coroa Portuguesa na administração da colônia e o trabalho desempenhado pelos jesuítas contribuiu para a dominação dos povos naturais. Nesse período, a organização eclesiástica chegou a se confundir com o próprio governo, pois responsabilizou-se por registros oficiais e arrecadações. A Igreja Católica assumiu tamanha importância que o Livro II das Ordenações Filipinas resguardava os seus interesses, bem como disciplinava sua relação com a coroa.<sup>107</sup> Nesse momento, inexistia separação de poderes, pois Portugal vivia o regime absolutista, modelo de governo centralizado que foi adotado em suas colônias.<sup>108</sup>

O sistema político foi organizado por meio das capitânicas hereditárias que foram inspiradas no sistema feudal medieval. As capitânicas foram subdivididas em sesmarias que deram origem aos latifúndios. Os donatários, também chamados de capitães-mores, atuavam como governadores, pois exerciam poderes administrativos e jurisdicionais outorgados pela coroa. Embora os capitães fossem designados pelo rei, sua escolha recebia significativa influência privada que era exercida pelos senhores de engenho. Da mesma maneira, as vilas eram administradas por oficiais do governador, também escolhidos sob influência dos senhores de latifúndio.<sup>109</sup>

Posteriormente, a metrópole procedeu à unificação administrativa. Assim, estabeleceu o Governo-geral e revogou os poderes administrativos e judiciais inicialmente concedidos aos donatários, embora a organização territorial das capitânicas tenha permanecido.<sup>110</sup> Essa unificação, contudo, não foi capaz de anular o poder local que havia se estabelecido. Assim, a configuração político-administrativa implementada por Portugal favoreceu as elites locais, que

---

<sup>106</sup> DI PIETRO, 2006, p. 3.

<sup>107</sup> DI PIETRO, 2006, p. 5.

<sup>108</sup> DI PIETRO, 2006, p. 7.

<sup>109</sup> GABARDO, 2009, p. 90.

<sup>110</sup> DI PIETRO, 2006, p. 6.

se pautaram em um modelo autoritário de exercício do poder,<sup>111</sup> o que foi posteriormente identificado pela figura do coronelismo.

O poder político se firmou baseado na pessoa dos senhores de latifúndios, por meio do uso privado da força e, portanto, alheio à ideia de soberania do povo (que se desenvolvia nos Estados Unidos). Não havia controle sobre a atuação das autoridades locais, assim os oficiais do governo detinham liberdade de atuação, inclusive para usar dos privilégios de seu cargo para obter interesses pessoais, desde que fossem resguardados os interesses da coroa.<sup>112</sup>

Além disso, no Brasil, a colonização de exploração e o regime escravocrata adotado tiveram impacto negativo em todo o território nacional, o que afetou a relação entre indivíduos e o Estado, bem como a construção do sistema político e a formação do interesse público.

É válido lembrar que na colonização de exploração (modelo Português implantado no Brasil) não houve, inicialmente, o ânimo de estabelecer uma sociedade, nem a preocupação com o desenvolvimento e aprimoramento das instituições. Isso porque as estruturas tendiam a ser precárias, para durar apenas o tempo necessário à exploração dos recursos naturais.

Do mesmo modo, é forçoso lembrar que a escravidão foi marca avessa ao processo da construção de uma cidadania de caráter efetivamente político.<sup>113</sup> Afinal, o escravo não possuía a forma mais singular de liberdade, posto que não era soberano de si. Sobre o tema, é interessante a passagem de Tocqueville<sup>114</sup> que sintetiza o impacto funesto do regime escravocrata na sociedade: “a escravidão desonra o trabalho; ela introduz o ócio na sociedade e, com este, a ignorância e o orgulho, a pobreza e o luxo. Ela debilita as forças da inteligência e entorpece a atividade humana”.

Por suposto, os senhores de engenho eram os únicos cidadãos, mas faltava-lhes o “sentido de cidadania” necessário para a construção de uma sociedade livre em que todos fossem iguais perante a lei, pois sua participação na vida pública limitava-se à defesa de seus interesses pessoais.<sup>115</sup> Dessa forma, as elites se consolidaram com base num regime de apadrinhamento e troca de favores junto à coroa, tendo sido pouco desenvolvido o espírito público e o senso de coletividade.

Diante desse cenário, vê-se que, no Brasil, os centros de poder se organizaram em torno dos latifúndios, cujo poder local era exercido de maneira privada e autoritária. Assim, a sociedade permaneceu alheia às ideias liberais e à formulação do espírito público (que se

---

<sup>111</sup> GABARDO, 2009, p. 85.

<sup>112</sup> GABARDO, 2009.

<sup>113</sup> GABARDO, 2009.

<sup>114</sup> TOCQUEVILLE, 2014, p.40.

<sup>115</sup> GABARDO, 2009, p. 85.

desenvolviam na Europa e nos Estados Unidos), ao passo que a educação era acessível apenas às elites. Por essa razão, os movimentos políticos não tinham expressividade,<sup>116</sup> pois o povo não era politicamente organizado.<sup>117</sup>

## 2.6.2 O período imperial

A chegada da família real ao Brasil foi um elemento marcante para a alteração da organização administrativa, e pode ser identificada como o início da segunda fase evolutiva do Direito Administrativo. Isso porque a transferência da corte para o Brasil demandou a implementação de uma estrutura político-institucional até então quase inexistente. Enquanto o Brasil era colônia, os interesses da metrópole limitavam-se à extração das riquezas, e, portanto, inexistia grande preocupação com o desenvolvimento de um aparato político-administrativo. Contudo, a transferência da sede do império para o Brasil estimulou o desenvolvimento da organização administrativa.

Após a declaração de independência, foi editada a Constituição de 1824 que recebeu a influência da Revolução Francesa e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Além disso, adotou a teoria da separação dos poderes executivo, legislativo, judiciário, com a peculiaridade do poder moderador, assessorado pelo Conselho de Estado então constituído.<sup>118</sup>

Embora o Conselho de Estado funcionasse como tribunal administrativo, não houve organização nos moldes franceses, como uma justiça especializada, pois não possuía atuação independente e as decisões eram submetidas ao imperador.<sup>119</sup> Apesar de esse órgão não ter firmado tradição jurisdicional,<sup>120</sup> sua instituição demonstrou que o sistema jurídico sinalizava para a separação entre os ramos do Direito Civil e Público, uma vez que se tratava de órgão consultivo do imperador acerca dos assuntos da Administração. Desse modo, a formação do Direito Administrativo sob a perspectiva material pôde se desenvolver no período imperial.<sup>121</sup>

Nessa toada, instituiu-se mecanismos de controle da Administração Pública. Foram editados diplomas legislativos voltados a disciplinar a organização do império, a

---

<sup>116</sup> Ao se falar em expressividade, faz-se em comparação à Revolução Americana.

<sup>117</sup> GABARDO, 2009, p. 91.

<sup>118</sup> MARRARA, 2014, p. 18.

<sup>119</sup> DI PIETRO, 2006, p. 10.

<sup>120</sup> MEDAUAR, 2003, p. 60.

<sup>121</sup> MARRARA, 2014, p. 20.

responsabilidade de agentes públicos, tendo inclusive editado uma lei sobre bens públicos, conhecida como Lei de Terras de 1850.<sup>122</sup>

Inobstante o desenvolvimento do aparato estatal, essa evolução não foi acompanhada da formação de um espírito público na sociedade ou de maior representatividade popular. Com efeito, o panorama social do Brasil colônia pouco se alterou durante o império. Afinal, eram as elites que elegiam representantes no poder legislativo e ocupavam cargos de comando nos demais poderes. Desse modo, aproveitavam-se da proximidade com o imperador para obter favores pessoais, enquanto a maioria da população permanecia sem acesso à educação e alheia ao mundo político. Fato é que o mesmo grupo que exercia o poder local no Brasil colônia alcançou o poder central no Brasil império.<sup>123</sup>

Assim, apesar do “novo” quadro político, “a independência e a Constituição de 1824 não produziram resultados efetivos na realidade perceptível no sentido de alterar as relações público-privadas tipicamente coloniais. Em que pese ter sido reconhecida a cidadania do ponto de vista formal, os brasileiros eram os mesmos.”<sup>124</sup>

Ou seja, a realidade brasileira conflitava com os ideais sob os quais a Constituição Imperial se inspirou. A Declaração de Direitos serviu apenas aos interesses dos proprietários dos latifúndios, pois se limitou a servir de fundamento à defesa da propriedade, mas não alcançou os ideais de liberdade e igualdade que obviamente ameaçariam a manutenção do *status quo*.

O poder local não se constituiu baseado na liberdade das comunas – conforme apresentada nos Estados Unidos da América (EUA) –, mas na tradição autoritária influenciada por sua configuração política. Não se desenvolveu um senso de cidadania, e as instituições não estavam acessíveis ao povo para assegurar direitos frente ao Estado. Desse modo, o público e o privado ficaram personificados nas elites agrárias e nas autoridades governamentais.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> DI PIETRO, 2006, p. 9-16.

<sup>123</sup> GABARDO, 2009, p. 84.

<sup>124</sup> GABARDO, 2009, p. 91.

<sup>125</sup> “O poder do Estado, na formação das relações entre o público e o privado no Brasil (ou seja, nos períodos colonial, monárquico e até mesmo proto-republicano), era bastante restrito, por diferentes motivos: 1, em regra não existia nos locais longe das cidades; 2. Sofria a concorrência da autotutela privada dos latifundiários; 3. Carecia de verdadeira autonomia perante as autoridades de execução; 4. Estava sujeito a um elevado grau de corrupção, inclusive da magistratura. Note-se que no período monárquico a autoridade máxima dos locais era, em geral, a dos ‘capitães-mores’ que tinham investidura real, mas eram escolhidos de forma privada, pela influência dos grandes proprietários. Posteriormente, vieram os coronéis. ‘Havia, então, confusão, que era igualmente conivência, entre o poder do Estado e o poder privado dos proprietários’. Um pouco antes, na colônia, até mesmo os impostos eram arrecadados mediante contratos de caráter privado e os registros em geral cabiam à Igreja. Aliás, a mistura entre a estrutura administrativa da Igreja e a do Estado marcou o período pré-republicano de tal forma que é de se perguntar se o típico regime de padroado não fazia da matéria religiosa uma efetiva questão de direito público, muito mais do que de direito privado.” (GABARDO, 2009, p. 90.).

### 2.6.3 O período republicano

O período republicano foi marcado pela promulgação da primeira Constituição da República em 1891. Sob influência norte-americana, estabeleceu-se a república presidencialista, a estrutura federativa de governo, o sistema unitário de jurisdição e o fim do poder moderador.<sup>126</sup>

O modelo federativo acarretou a descentralização do governo, que antes era concentrado na figura do imperador - fato que curiosamente não implicou aumento da participação popular, mas, sim, fortalecimento das elites locais. Os proprietários de latifúndios, que antes exerciam um poder de fato, ganharam legitimidade, mas isso não significou uma aproximação entre o governo e o povo. Ao contrário, remanesceu a cultura do clientelismo, que deu origem ao fenômeno do coronelismo, pois as autoridades locais constituídas no período colonial preservaram sua influência o que resultou num “modelo autoritário que conseguiu coexistir com um regime político de base representativa”.<sup>127</sup>

Nada obstante, nesse período é possível identificar algum fortalecimento das instituições. A partir do período republicano, o poder judiciário, por exemplo, passou a desempenhar importante papel na produção do Direito, pois a produção legislativa não acompanhou as transformações em matéria de Direito Administrativo. Nesse período, constatou-se certo ativismo judicial em virtude de decisões que reconheciam a existência de regime jurídico distinto do Direito Privado. Isso dava-se pela aplicação do que hoje são institutos do regime jurídico-administrativo, v.g. concessão, desapropriação, servidão e contrato administrativo, mas à época ainda não legislados.<sup>128</sup>

Sobre esse aspecto, cumpre lembrar que o sistema de *common law* tem como uma das principais marcas a criação de Direito pelo poder judiciário. Assim, decorrem de influência norte-americana a utilização de mecanismos de controle efetivados por meio das ações constitucionais, em especial o mandado de segurança e o mandado de injunção, além da incorporação da teoria do devido processo legal (*due process of law*).<sup>129</sup>

Por outro lado, o direito material brasileiro caminhou para os moldes franceses, isto é, com adoção dos institutos jurídicos próprios que sinalizavam a autonomia do Direito

---

<sup>126</sup> MARRARA, 2014, p. 18- 21.

<sup>127</sup> GABARDO, 2009, p. 92.

<sup>128</sup> DI PIETRO, 2006, p. 15.

<sup>129</sup> DI PIETRO, 2006, p. 15-16.

Administrativo frente ao Direito Civil. Nesse sentido, a influência francesa é percebida pela aplicação de institutos e princípios desenvolvidos pela atuação pretoriana do Conselho de Estado francês e verificada pela definição do regime jurídico próprio da Administração, o que inclui o conceito de serviço público, bem como o regime de execução e delegação das atividades públicas, a teoria do ato administrativo, do contrato administrativo e da responsabilidade civil do Estado.<sup>130</sup>

Sobre a consolidação do Direito Administrativo enquanto ramo autônomo, Di Pietro<sup>131</sup> ensina:

[...]na realidade, já estava definido, a essa época, o Direito Administrativo como ramo autônomo do direito público, com institutos e regime jurídico próprio, tendo por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

No período republicano, portanto, operou-se a chamada consolidação do Direito Administrativo. Tanto foi assim que a primeira Constituição da República se ocupou de estabelecer nova estrutura político-administrativa, embora tenha não se voltado para a disciplina de utilidades destinadas ao cidadão.

As Constituições posteriores, de 1934, 1937 e 1946, adotaram um cunho social. A partir disso, verificou-se o aumento das funções estatais, o que resultou no aumento da máquina pública ante a necessidade de contratação de corpo funcional e no surgimento de pessoas jurídicas especializadas para prestar as atividades reconhecidas como de responsabilidade do Estado.<sup>132</sup>

Entretanto, Thiago Marrara<sup>133</sup> alerta que as mudanças implicaram o fortalecimento da máquina pública sem uma contrapartida proporcional para o cidadão, pois resultou numa “administração pública extremamente autocentrada, reduzidamente preocupada com o atendimento dos interesses públicos primários, e pior, nada imune à corrupção e ao patrimonialismo que a estratégia burocrática deveria exterminar”. Desse modo, a burocracia que se instalou não resultou em uma atuação impessoal do Estado no desempenho da função pública, mas no formalismo e patrimonialismo.<sup>134</sup>

---

<sup>130</sup> DI PIETRO, 2006.

<sup>131</sup> DI PIETRO, 2006, p. 17-18.

<sup>132</sup> DI PIETRO, 2006.

<sup>133</sup> MARRARA, 2014, p. 23.

<sup>134</sup> GABARDO, 2009, p. 93.

#### 2.6.4 O Direito Administrativo pós-Constituição de 1988

Por fim, a Constituição da República de 1988 foi editada após o fim do regime militar e, por essa razão, também é intitulada Constituição Cidadã, pois estabeleceu uma série de direitos e garantias fundamentais para o cidadão. Outrossim, o legislador constituinte optou pelo modelo de Estado Social,<sup>135</sup> motivo pelo qual diversas competências e prestações materiais foram colocadas sob a responsabilidade do poder público. Dessa forma, tem-se que tal opção deve nortear tanto o desempenho da função administrativa, quanto o desenvolvimento do Direito Administrativo, levando-se em conta o novo panorama: o Estado Democrático de Direito<sup>136</sup> e os valores republicanos.

Nada obstante a Constituição de 1988 ter se pautado em um modelo de Estado provedor e protagonista, não se pode olvidar a situação em que a máquina pública brasileira se encontrava no final do século XX. Nesse esteio, as inúmeras atividades colocadas como competência do Estado levaram ao questionamento acerca da sua real capacidade provedora, uma vez que o cenário estava marcado pelo inchaço da máquina pública e pelo aumento do formalismo. Identificou-se, portanto, um grande descompasso entre o ser e o dever-ser, uma vez que o Estado não teria atingido a finalidade para a qual se constituiu.<sup>137</sup> Assim, o modelo social adotado começou a ser questionado.

Iniciou-se, então, aos poucos, um processo de reformulação da Administração Pública marcado pela introdução de um modelo de administração gerencial - em que o Estado deveria exercer um papel subsidiário, enquanto o protagonismo seria conferido ao setor privado (mercado e indivíduo). Essa concepção trouxe à luz o dilema entre os direitos fundamentais e as políticas liberais que, de certa forma, fragilizavam as bases republicanas sobre as quais a Constituição de 1988 se assentou.<sup>138</sup> Nesse contexto, caberia ao poder público promover a regulamentação e o fomento das atividades econômicas, ou seja prestigiando a atuação indireta do Estado em detrimento da direta. Para tanto, a Emenda Constitucional nº 19, de 1998,

---

<sup>135</sup>GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. p. 98. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>136</sup>Acerca desse aspecto (Estado Democrático de Direito) Di Pietro explica que, embora o termo não esteja expresso na Constituição de 1988 é possível verificar que a opção do constituinte foi por esse modelo com base na interpretação sistemática do texto constitucional. (DI PIETRO, 2006, p. 20.).

<sup>137</sup>FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins), Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 76.

<sup>138</sup>A obra Interesse Público e subsidiariedade de Emerson Gabardo é importante referência sobre o assunto. (GABARDO, 2009).

promoveu a reforma administrativa, que buscou adequar sua organização à concepção liberal que se formava com vistas, inclusive, a promover o princípio da eficiência recém inserido pela Emenda.<sup>139</sup>

Nesse cenário, o fenômeno da privatização, associado à introdução do modelo de agências reguladoras (de influência norte-americana), decorreu do desejo de se imprimir maior eficiência ao desempenho da função administrativa. Isso porque o Estado saiu da posição de prestador para exercer o papel de regulador, o que abarca as funções normatizadora, fiscalizadora e sancionadora.<sup>140</sup>

Convém ainda apontar que a era da informática introduziu mais um desafio para atuação estatal. Esse fenômeno ampliou acesso à informação, o que possibilitou maior participação dos indivíduos na seara pública, além de redimensionar essa interação no tempo e no espaço.<sup>141</sup> Houve, não só o aumento da demanda por acesso a bens e serviços, mas também se alterou sua forma de prestação.

As transformações apontadas conduziram o Direito Administrativo a um momento de reformulação. Assim, nas últimas décadas, foram editados diversos diplomas legais na tentativa de reconfigurar a atuação da Administração Pública, com o escopo de imprimir uma gestão mais moderna e próxima do cidadão. Nesse contexto, a busca pela consensualização no desempenho da função administrativa, que vai, desde a formulação de políticas públicas participativas até a contratualização da atividade sancionadora, podem ser apontadas como reflexo dessa nova forma de gestão.<sup>142</sup>

Contudo, essa efervescência normativa introduz no ordenamento jurídico normas que nem sempre guardam coerência entre elas, e entre os valores republicanos inseridos no texto constitucional, o que dificulta a atuação do gestor público e o estudo do Direito Administrativo.

## 2.7 O Direito Administrativo: caráter liberal ou autoritário?

O Estado francês pós-Revolução se apoiou basicamente em dois fundamentos: a) a soberania da nação (que respaldou a autoridade pública), nela contido o poder de se impor

---

<sup>139</sup>DI PIETRO, 2006.

<sup>140</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos. O atual estágio da regulação estatal no Brasil. *In*: MARRARA, Thiago. (org.) **Direito Administrativo**: transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014. p. 229.

<sup>141</sup>FERRAZ, 2019, p. 77.

<sup>142</sup>MARRARA, 2014.

perante os cidadãos; e b) os direitos individuais consagrados pela Revolução. Esses dois aspectos conduzem a interpretações bastante distintas sobre a gênese do Direito Administrativo.

Diante de tais características, colocam-se as seguintes indagações: o Direito Administrativo teria caráter autoritário, uma vez que considera a superioridade da coletividade frente ao indivíduo? Ou seria ele liberal, porquanto produto de movimento que reconheceu direitos aos indivíduos em face do Estado? Essa reflexão é importante, porque os operadores do *common law* (sistema anglo-americano) costumam interpretar o Direito francês sob o aspecto da autoridade.<sup>143</sup>

Para responder a essas indagações é preciso partir da premissa de que o Direito Público é marcado eminentemente pela tensão entre liberdade e autoridade. O Direito Administrativo, em especial, foi concebido em razão da necessidade de se imporem limites ao Estado para propiciar o desenvolvimento das capacidades individuais. Ao mesmo tempo, no desempenho de seu mister o poder público faz uso das prerrogativas exorbitantes do Direito comum.

Tais prerrogativas são conferidas porque que o Direito não visou apenas limitar o poder do Estado, já que em um segundo momento também se voltou a promover a prestação material ao cidadão por meio dos serviços públicos. Essa matriz francesa foi, de certa forma, incorporada ao ordenamento brasileiro e criou ambiente propício para o desenvolvimento das bases do regime jurídico-administrativo: os princípios da supremacia do interesse público e da sua indisponibilidade.

Atualmente, no Brasil, a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade também vêm sendo questionadas por parte da doutrina.<sup>144</sup> Esses questionamentos estão, de certa forma, ligados à tentativa de promover uma noção subsidiária do Estado brasileiro,<sup>145</sup> aproximando-o das concepções liberais típicas do sistema norte-americano.

Contudo, as características do Direito Administrativo francês nem sempre foram bem interpretadas pelos operadores do *common law* e, por vezes, empreendeu-se uma visão tanto quanto descontextualizada do seu regime, pois, por discordar do regime de prerrogativas, deixou-se de analisar o próprio fundamento do Direito Administrativo, o interesse público.

Ocorre que tais questionamentos recaem na própria concepção de interesse público e dos mecanismos adotados para sua satisfação em cada sistema jurídico. Torna-se imprescindível, portanto, estudar os paradigmas do interesse público de cada país, de forma a compreender fundamento Direito Administrativo nos sistemas comparados.

---

<sup>143</sup> SCHWARTZ, Bernard, 1952.

<sup>144</sup> Esse ponto será discutido no terceiro capítulo, tópico 3.6.2.

<sup>145</sup> GABARDO, 2009.

### 3 O PARADIGMA DO INTERESSE PÚBLICO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O paradigma sobre o qual se constituiu o interesse público em cada sistema jurídico remonta ao processo de formação do poder político de cada Estado nacional. O poder político estatal, por meio do monopólio da coerção, sujeita às regras vigentes aqueles que se encontram em determinado espaço territorial. Essa organização e o uso das prerrogativas detidas pelo Estado são reguladas pelo Direito Público.<sup>146</sup> Por sua vez, o Direito Administrativo é o ramo do Direito voltado para o desempenho da função pública e para a persecução do bem comum, cujo conjunto de princípio e regras constituem o regime jurídico administrativo.

Os processos de formação política dos Estados Unidos e do Brasil analisados no capítulo anterior influenciam na conceituação do interesse público e dos mecanismos empregados para promovê-lo. É o interesse público, pois, o que confere limite ao desempenho da atividade estatal, vez que sua proteção e satisfação constituem a finalidade da função administrativa. Assim, tem-se a razão pela qual a máquina pública se organiza, pois "[o] interesse público cumpre para este ramo do Direito o papel de instrumento (elo de concentração), limite (elo de delimitação) e fundamento (elo de legitimação) do poder".<sup>147</sup>

A construção desse paradigma do interesse público está atrelada à relação entre o público e o privado, figura de fronteira para definir até onde vai a atuação estatal e qual é a liberdade do particular no exercício de seu interesse privado. Isso porque cabe ao Estado promover tanto o bem comum, como permitir que os indivíduos desenvolvam suas capacidades, e compete ao Direito Administrativo intermediar essa interação, no que diz respeito à função administrativa. Sendo assim, a identificação do interesse público está marcada pela tensão entre público e privado, já que o Estado assume o dever de atuar para sua promoção ao mesmo tempo em que deve assegurar as liberdades individuais.

Sob esse aspecto, é importante relembrar que o Direito Administrativo é produto de movimento liberal cujo cenário foi a exaltação do indivíduo e suas faculdades frente ao poder estatal. É, portanto, o ramo do Direito que disciplina a atuação do Estado e protege o cidadão do arbítrio. Ao mesmo tempo, carrega o primado da autoridade,<sup>148</sup> uma vez que a desigualdade

---

<sup>146</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>147</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 77.

<sup>148</sup> "O que desejamos destacar é o fato de que o Direito Público e – por conseguinte – o Direito Administrativo herdaram o caráter impositivo, autoritário, unilateral, decorrente do fato de ser o espaço público o primado da

entre as partes figura como seu pressuposto, porquanto o Estado, titular do poder político, impõe-se sobre os indivíduos para satisfação do interesse público. Essa característica constitui pressuposto do regime administrativo brasileiro, mas não se verifica da mesma forma no sistema norte-americano. No entanto, a análise comparada permite sua identificação, em maior e menor medida, em ambos os sistemas jurídicos.

Diante disso, analisar o que é o interesse público nos dois sistemas jurídicos em estudo auxilia na compreensão do Direito Administrativo em cada país. Estabelecidas tais premissas, o objetivo é perquirir de que maneira as acepções distintas podem influenciar no tratamento conferido à declaração de inidoneidade e ao *debarment*, que será tratado à frente.

### 3.1 Breve histórico evolutivo do interesse público no sistema de matriz francesa

Na França, país que serviu de inspiração ao modelo brasileiro, no que toca ao Direito Administrativo, o caráter excepcional e soberano do Estado foi incorporado ao sistema jurídico,<sup>149</sup> o que implicou inclusão do regime de prerrogativas ao Direito Administrativo. Esse aspecto, no entanto, não foi reproduzido, da mesma maneira, no sistema anglo-americano de *common law*.

Inicialmente, o Estado francês atuava pautado pela vontade do rei. Com o advento da Revolução Francesa, a nação passou a ser a titular da soberania que foi transferida ao Estado por meio do contrato social. Esse processo decorreu da racionalização do exercício do poder Estatal, pois ele não mais se justificava pela delegação divina, e sim pela delegação da soberania do próprio povo ao Estado. O interesse público serviu, então, para legitimar a atuação do Estado visto que deveria se pautar pela vontade geral na busca pela satisfação do bem comum.

Nesse momento histórico, o interesse público era identificado como aquilo que a Administração o dissesse, porque “[n]a concepção clássica da lei como expressão da vontade geral a Administração figura como executora da vontade geral e intérprete do interesse público”.<sup>150</sup> Pode-se afirmar, portanto, que o Direito Público se distinguia do Privado por

---

autoridade, do poder soberano, que como tal só faz sentido se sobreposto aos interesses dos indivíduos. O paradigma prevalecente no juspublicismo pressupõe a desigualdade em favor do público e sempre – obviamente, respeitados os limites modernamente presentes nos textos constitucionais e legais – em detrimento do particular individualmente considerado”. (MARQUES NETO, 2002, p. 72.).

<sup>149</sup> GIACOMUZZI, 2011, p. 245.

<sup>150</sup> MEDAUAR, 2003, p. 189.

definição do próprio poder público, uma vez que a Administração era detentora do monopólio de dizer em que constituía o interesse público. Assim, ao delimitar sua atuação acabava por excluir determinados assuntos da esfera privada, ao argumento de que interesse público e privados eram contrapostos.

Ocorre que o termo interesse público, fundamento do Direito Administrativo é dado por conceito jurídico indeterminado, razão pela qual diversas são as acepções formuladas pela doutrina no escopo de atribuir significado ao termo. Esse processo de significação do interesse público ocorre de maneira diferente nos sistemas jurídicos comparados, o que influenciou na formatação da função administrativa em cada país.

### **3.2 O interesse público sob a perspectiva dos interesses individuais**

O interesse público recebeu acepções distintas ao longo da história. Na formulação mais simplista equivaleria à somatória dos interesses privados de forma a compor o todo, adotando critério quantitativo baseado na maioria.<sup>151</sup> Ou seja, o interesse público estaria materializado na lei enquanto a expressão clássica da vontade geral, uma vez que as leis seriam produto dessa vontade.

Entretanto, a suposta vontade geral expressava-se de maneira homogênea porque não representava a vontade de todos, mas traduzia tão-somente os anseios da elite, pois o direito ao voto era restrito por critérios socioeconômicos. Contudo, o advento do sufrágio universal possibilitou a participação e representação de extratos sociais distintos na seara política, o que, de certa forma, descortinou a pluralidade de interesses existentes na sociedade e fulminou a homogeneidade classicamente concebida.

Nesse segundo momento, percebeu-se que nem todos interesses individuais coincidiam com o interesse da maioria. Nada obstante, havia interesses privados que eram partilhados por grupo significativo da sociedade, o que acarretava uma homogeneidade coletiva. Esses interesses particulares poderiam ou não coincidir com os interesses da maioria e ainda assim ficaria caracterizado como interesse público, já que pertencia a significativa parcela da sociedade.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 26, 1999, p. 119.

<sup>152</sup> JUSTEN FILHO, 1999, p. 120.

Por suposto, as duas correntes comentadas ainda consideravam o interesse público sob a perspectiva dos interesses individuais, uma vez que esses interesses constituiriam reflexo de interesses particulares que por apresentar grau de homogeneidade com os demais foram projetados no interesse público.<sup>153</sup>

### **3.3 O interesse público como interesse do corpo social**

O desenvolvimento econômico e tecnológico do século XX alterou as necessidades básicas do cidadão, assim como a complexidade social acarretou a nuclearização de interesses.<sup>154</sup> Não era mais possível falar em interesse público em contraposição ao privado e, tampouco, em unidade.

Sob essa perspectiva, o interesse da sociedade se desvinculou dos interesses individuais, transcendendo-os. Surge, então, a concepção de interesse do corpo social destacada dos anseios particulares, pois “a sociedade supera e transcende no tempo e no espaço os indivíduos que a integram”.<sup>155</sup> Dessa forma, assim como os interesses individuais não são formados de maneira totalmente alheia ao contexto social, o interesse público também se forma por influência dos indivíduos que o compõem, mas o interesse público pode, ou não, se desvincular de um interesse privado específico.<sup>156</sup>

### **3.4 Os interesses públicos**

Diante da nuclearização de interesses, nota-se que o Estado Democrático de Direito não pode comportar a concepção individualista pautada no critério da maioria, visto que os interesses das minorias, sejam elas qualitativas ou quantitativas, também merecem tutela. Tampouco é possível encontrar identidade perfeita entre os interesses públicos e privados, uma vez que se assim o fosse, existiria uma única classe de interesse.

---

<sup>153</sup> JUSTEN FILHO, 1999, p. 119-121.

<sup>154</sup> MARQUES NETO, 2002, p. 116.

<sup>155</sup> JUSTEN FILHO, 1999, p. 121.

<sup>156</sup> JUSTEN FILHO, 1999.

A bem da verdade, o que ocorre é o reconhecimento de uma pluralidade de interesses públicos que ora se entrelaçam, ora se opõem, daí sua difícil classificação ontológica. Nesse esteio, a complexidade do corpo social aponta para a existência de ‘interesses públicos’ que materializam inclusive a ampliação das demandas do cidadão frente ao Estado.

Inicialmente, a maior ou menor interferência do Estado na iniciativa privada estava ligada ao desenvolvimento socioeconômico. Considerava-se que os particulares não tinham condições de exercer determinadas atividades econômicas e, por essa razão, estaria justificada a atuação direta do Estado em setores da atividade econômica, desde que demonstrada a necessidade da população e a impossibilidade dos esforços individuais em alcançá-los.<sup>157</sup>

Entretanto, o desenvolvimento global do último século não mais permite essa conclusão. Apesar do elevado progresso tecnológico e do surgimento de grandes corporações multinacionais, os recursos privados nem sempre se mostram apropriados ou interessados na satisfação das necessidades da população. Nesse contexto, negar a satisfação dessas necessidades implicaria recusar direitos fundamentais de interesse público ao cidadão.<sup>158</sup> Ou seja, o critério não é constituído pela possibilidade de o particular prover determinado bem ou serviço, mas a própria importância do bem jurídico a ser protegido: a dignidade da pessoa humana.<sup>159</sup>

Desse modo, o interesse público não se fundamenta em interesse do Estado, nem em contraposição aos interesses particulares, mas no interesse do cidadão enquanto parte da coletividade cujo Estado se organiza para satisfazer. Entretanto, é importante destacar que o Estado não detém o monopólio de sua tutela, pois a sociedade civil também é interessada em atuar para a sua satisfação.

### **3.5 O interesse público no Brasil**

O tópico anterior cuidou da evolução do interesse público de maneira genérica, analisando suas distintas formulações no sistema de matriz francesa, no qual o Brasil se inclui. Neste tópico, passa-se à análise das formulações promovidas pela doutrina brasileira, bem como à sua verificação no regime jurídico administrativo pátrio.

---

<sup>157</sup> JUSTEN FILHO, 1999, p. 122 *et seq.*

<sup>158</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 124.

<sup>159</sup> JUSTEN FILHO. 1999, p. 125.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>160</sup> identifica que a proteção do interesse público constitui a “pedra de toque” do regime jurídico administrativo, caracterizado pela “dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade”<sup>161</sup>. Nesse sentido explica que o indivíduo possui interesse próprio, no âmbito de sua particularidade, e interesse que, embora pessoal, também é aproveitado no âmbito da coletividade. Desse modo, o interesse público não é constituído pela simples somatória dos interesses individuais e, tampouco, a eles se contrapõe em sua essência.

Bandeira de Mello<sup>162</sup> defende ainda que os indivíduos possuem direito subjetivo público à defesa desses interesses, que “correspondem às conveniências da multiplicidade de indivíduos destarte neles abrangidos”. Isso porque sua violação também acarreta gravame suportado por cada indivíduo, ou os priva da obtenção de vantagens. Diante disso, ao promover o interesse público, esse interesse deve, em alguma medida, constituir mecanismo apto a promover o interesse dos indivíduos inseridos na coletividade. É, portanto, o interesse individual projetado na coletividade<sup>163</sup> o que o autor classifica como interesse público primário.

Bandeira de Mello<sup>164</sup> defende que, para além do interesse público propriamente dito, o Estado também atua defendendo interesse próprio, os interesses secundários. Esses interesses caracterizam-se por interesse subjetivo do Estado que lhes são particulares, assim como qualquer outro sujeito de direito, e que poderá ser perseguido desde que não conflite com os interesses primários. Na verdade, o autor ressalta que em alguma medida os interesses secundários devem servir à realização dos interesses públicos primários. Nesse sentido, por exemplo, destaca que embora pudesse ser considerado um interesse do Estado arrecadar o maior valor possível por meio de tributação, na realidade não pode fazê-lo por ser incompatível com o interesse primário.

Essa segmentação, contudo, não parece apropriada. Isso porque, conforme será trabalhado, não há como se conceber como legítimo um interesse egoístico do Estado. Não se poderia falar em atuação do Estado que vise satisfazer a si próprio, porque ele foi concebido para gerir os interesses do corpo social em nome do qual deve pautar todas as suas ações.

Isso significa que toda atuação estatal será diretamente orientada para a satisfação dos interesses do corpo social. Toma-se como exemplo as ações voltadas para a organização interna

---

<sup>160</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015.

<sup>161</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 60.

<sup>162</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 63.

<sup>163</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 60-61.

<sup>164</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 66-68.

dos órgãos, a gestão de contratos de locação e a regulamentação da carreira dos servidores públicos. Todas essas hipóteses têm a coletividade como destinatária, pois a estrutura administrativa é montada para servi-la.

Nesse esteio, a Administração não se organiza de determinada forma porque é de seu interesse egoístico, mas porque constitui medida necessária para a satisfação do interesse público. Dessa forma, algumas ações promovem esse interesse diretamente, no caso de prestação direta de serviços públicos, e em outros casos a Administração se aparelha para promovê-lo por meio de mecanismos de suporte, o que não significa, contudo, admitir a existência de interesses exclusivos da máquina pública. Para tanto, os ditos interesses secundários se constituem com o mesmo propósito dos primários, razão pela qual não é possível diferenciá-los de maneira ontológica.

Diante disso, é possível concluir que o Estado sempre deve atuar pautado pelo interesse público, afinal, ele se constitui justamente para resguardá-lo. O interesse público é, portanto, base da função administrativa e deverá estar presente em todos os seus atos. Não sendo esse o motivo de sua atuação, incorrerá em desvio de poder.<sup>165</sup>

Conforme apontado no capítulo anterior, o Estado se organiza com o intuito de promover o interesse público, o que, no Brasil, pode ser percebido ao longo do texto constitucional.

A esse respeito convém destacar que Constituição de 1988 adotou o modelo descritivo de competências, uma vez que colocou diversas atividades sob expressa tutela do Estado, o que é fenômeno típico das Constituições mais recentes.<sup>166</sup> Por essa razão, o termo interesse público e expressões de gênero semelhante, como interesse social e interesse da coletividade, aparecem repetidas vezes no texto constitucional com o escopo de sinalizar o fim a ser buscado pela conduta da Administração.

Nesse sentido, foi outorgado extenso rol de competências materiais aos entes federados, sendo algumas privativas<sup>167</sup> da União e outras comuns a todos os entes, cuja prestação material

---

<sup>165</sup> GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Correa de Moura. O conceito de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017. p. 269.

<sup>166</sup> GINSBURG, Tom. *Written Constitutions and the Administrative State: On the Constitutional Character of Administrative Law*. **Comparative Administrative Law**, LINDSETH, Peter; ROSE-ACKERMAN, Susan. (ed.), University of Chicago: Edward Elgar Publishing, 2010, *Public Law Working Paper* n. 31. p.123. DOI: <https://ssrn.com/abstract=1697222>. Acesso em: 31 out. de 2018.

<sup>167</sup> A doutrina distingue as competências da União entre privativas e exclusivas. As exclusivas seriam aquelas que não comportam delegação dos demais entes federados, enquanto as privativas seriam aquelas que, embora colocadas sobre competência da União, o próprio texto constitucional prevê a possibilidade de delegação. Entretanto, esta dissertação não trabalha com essa distinção, pois filia-se à conclusão expressada pela Fernanda Dias Menezes de Almeida que, ao tratar das competências constitucionais, entende que os termos podem ser

pode, em determinados casos, ser exercida diretamente ou delegada a terceiros sob o regime de concessão, permissão ou autorização.

O texto constitucional trata de competências 'inerentes à autoridade' reservadas à União, uma vez que exerce papel soberano frente a outros países, v.g., a proteção da integridade territorial, a proteção da ordem constitucional, as relações exteriores. Também dispõe sobre a competência para tratar de assuntos econômicos, v.g, emissão de moeda, fiscalização de operações de natureza financeira e administração reservas cambiais.<sup>168</sup>

Algumas atividades foram reservadas à prestação direta pela União, como o serviço postal e o correio aéreo nacional; a exploração de serviços e as instalações de atividade nuclear; a organização, manutenção e execução dos serviços de organização do trabalho; a instituição de sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, e até mesmo o dever de organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional.<sup>169</sup>

Em outros casos a União se incumbiu de organizar determinadas atividades estabelecendo diretrizes para o desenvolvimento urbano e o sistema nacional de aviação.<sup>170</sup> Outras funções podem ser executadas diretamente ou por delegação a entidades privadas, v.g., os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; os serviços e instalações de energia elétrica; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres.<sup>171</sup>

A Constituição define ainda competências materiais que são comuns a todos os entes federados, como, por exemplo atribui a todos os entes dever de zelar pela ordem constitucional. Para além dessa atribuição específica, é patente o cunho social<sup>172</sup> das atribuições dispostas no art. 23,<sup>173</sup> dentre as quais pode-se ressaltar: a promoção da saúde, a assistência pública, o acesso

---

empregados indistintamente, pois, conforme explicado pela autora “o constituinte [...] não levou em conta a distinção aqui discutida, havendo dispositivos, assim os artigos 51 e 52, em que, sob a rubrica de “competências privativas”, estão arroladas atribuições indelegáveis.” (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64.).

<sup>168</sup>Art. 21, incisos I a VIII. (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. [Atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 91, de 2016].).

<sup>169</sup>Art. 21, incisos X, XV, XIX, XXIII e XXIV. (BRASIL, 1988).

<sup>170</sup>Art. 21, incisos XX e XXI. (BRASIL, 1988).

<sup>171</sup>Art. 21, incisos XI e XII. (BRASIL, 1988).

<sup>172</sup>ALMEIDA, Fernanda, 2013, p. 115.

<sup>173</sup>Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

à cultura e à educação, o abastecimento alimentar, a moradia, o saneamento, o combate à pobreza, a promoção da integração social, a proteção do meio ambiente e do patrimônio público e cultural.

A Constituição assegura ainda uma série de garantias e direitos aos cidadãos que se imbricam com as competências anunciadas, pelo que é possível perceber que os interesses individuais estão refletidos nos interesses públicos constitucionalmente protegidos. Inclusive ao tratar da ordem econômica, o texto constitucional ressalta que "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social."<sup>174</sup>

Da análise das competências constitucionais é possível constatar que o Estado brasileiro adotou o modelo social, voltado para a proteção de interesses da coletividade e para a prestação de utilidade materiais ao cidadão. Esta foi a opção feita na assembleia constituinte, sendo relevante notar que o "critério do legislador brasileiro não é de suficiência ou de eficiência para a divisão de competências, mas sim de identificação apriorística e principiológica, a partir de escolha de caráter político-jurídico e não pragmático-político".<sup>175</sup>

Trata-se de diferença crucial entre os sistemas jurídicos comparados neste estudo, pois no Brasil, o interesse público é qualificado pela Constituição e deverá ser promovido pelo administrador público ao executar a norma, "em atenção ao limite de discricionariedade conferido"<sup>176</sup> pela legislação infraconstitucional. Por sua vez, esse não foi o modelo de Estado adotado nos Estados Unidos.

---

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (BRASIL, 1988).

<sup>174</sup> Art. 170, *caput*. (BRASIL, 1988.).

<sup>175</sup> GABARDO, 2009, p. 121.

<sup>176</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 68.

### 3.6 O regime jurídico-administrativo

Conforme exposto alhures, a promoção do interesse público constitui o fundamento da atuação estatal. No Brasil, o desempenho da função administrativa está submetido a um regime jurídico próprio, o que significa reconhecer um sistema dotado de princípios que guardam coerência e sob o qual as relações por ele disciplinadas estão subordinadas a determinado ramo do Direito.<sup>177</sup> Nesse sentido, o regime jurídico administrativo visa regular o exercício da função administrativa, o que é feito por meio de um complexo de princípios e normas que disciplinam os privilégios e sujeições a que o exercício da autoridade está adstrito no desempenho de suas atividades destinadas à persecução do interesse público.<sup>178</sup>

Diante disso, parte da doutrina brasileira, pautando-se pela concepção clássica de regime jurídico administrativo,<sup>179</sup> aponta que a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público constituem dois princípios basilares do regime em estudo, cuja análise é importante para compreensão dos sistemas comparados neste trabalho.

Os princípios mencionados não estão expressos no texto constitucional, mas decorrem de construção doutrinária anterior à própria Constituição de 1988. Sobre o tema, Daniel Wunder Hachem<sup>180</sup> ressalta que os aludidos princípios devem ser compreendidos de forma conjunta, porque enquanto a supremacia legitima os mecanismos para a satisfação do interesse público, a indisponibilidade vincula o administrador a persegui-lo no desempenho de sua função.

Convém ressaltar que, ao delinear a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, a preocupação da doutrina concentra-se em formular um ramo do Direito voltado a satisfazer as necessidades do cidadão e não em legitimar o poder arbitrário do Estado. Exatamente por isso foi concebido o regime de prerrogativas e sujeições, uma vez que as prerrogativas constituem instrumentos para satisfazer os interesses da coletividade e devem ser empregadas na justa medida, de forma a proteger o cidadão e, ao mesmo tempo, a promover o interesse público.

---

<sup>177</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, 1967. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v89.1967.30088>. Acesso em: 02 mar. 2019.

<sup>178</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. Dissertação. (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011a. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>179</sup> O regime jurídico clássico, pautado na supremacia e indisponibilidade do interesse público não é unânime da doutrina e, cada vez mais, surgem vozes dissonantes, principalmente em relação à ideia de supremacia. No entanto, para fins de análise comparada é salutar recorrer à corrente clássica, principalmente tendo em vista que o escopo do texto é demonstrar a diferença entre os regimes administrativos nos países comparados.

<sup>180</sup> HACHEM, 2011a.

### 3.6.1 A supremacia do interesse público

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>181</sup> lançou luz sobre o princípio da supremacia do interesse público cuja delimitação no ordenamento jurídico brasileiro foi feita a partir de contribuições doutrinárias inicialmente capitaneadas pelo autor.

Bandeira de Mello defende que a supremacia do interesse público trata-se de axioma do Direito Público, porquanto a prevalência do interesse da coletividade sobre os interesses individuais é condição para manutenção da ordem social, sendo, inclusive, pressuposto para a consecução dos interesses particulares. Segundo essa premissa, a supremacia do interesse público seria a condição de existência da própria sociedade.<sup>182</sup>

Assim, segundo o autor,<sup>183</sup> extraem-se do aludido princípio as seguintes consequências: “a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações; c) restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública.”

Na posição privilegiada se fundamentam as prerrogativas da Administração, o que justifica o tratamento diferenciado que a Administração Pública pode dispor para desempenhar suas funções, por exemplo, a presunção de veracidade dos atos e os benefícios processuais da Administração. Tais prerrogativas são conferidas para assegurar maior presteza no desempenho da função administrativa.

Outrossim, é no princípio da supremacia que a Administração fundamenta a autoridade de suas condutas. Dela decorre a verticalidade concebida em determinadas relações estabelecidas entre Administração e particular, pelo poder de impor unilateralmente sua “vontade” por meio dos atos administrativos.<sup>184</sup> A esse respeito, Bandeira de Mello ensina:

Significa que o Poder Público se encontra em situação autoritária, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses postos em confronto, a possibilidade em favor da administração, de constituir os privados em obrigação por meio unilateral daquela. Implica, outrossim, no direito de modificar também unilateralmente, relações já estabelecidas. Tal prerrogativa se manifesta nas diferentes manifestações daquilo que a doutrina francesa chama de ‘*puissance publique*’, correspondente ao *jus imperi*.<sup>185</sup>

<sup>181</sup> BANDEIRA DE MELLO, 1967.

<sup>182</sup> BANDEIRA DE MELLO, 1967, p. 70.

<sup>183</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 70-71.

<sup>184</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 71.

<sup>185</sup> BANDEIRA DE MELLO, 1967, p. 12.

Essa relação de autoridade tem como fundamento a supremacia, da qual decorrem, segundo Bandeira de Mello,<sup>186</sup> a exigibilidade, a autoexecutoriedade e a autotutela dos atos administrativos.

Por fim, é ainda em razão da supremacia do interesse público que se fundamentam as vinculações jurídico-públicas à qual a Administração se sujeita. Isso quer dizer que, em razão da superioridade do interesse buscado no desempenho da função administrativa, o poder público está adstrito às normas no cumprimento de seu mister. Não só isso, o regime de prerrogativas e sujeições impõe deveres extras (por exemplo, dever de licitar, motivar os atos) porque aquele que exerce a função administrativa não o faz externando a própria vontade, mas a de terceiro. Desse modo, essas vinculações têm como objetivo evitar que o interesse de quem executa determinada atividade interfira no desempenho da função administrativa.<sup>187</sup>

No entanto, o princípio da supremacia do interesse público não é reconhecido por parte da doutrina como informador do regime jurídico administrativo. Por essa razão, o tópico seguinte dispõe-se a analisar os apontamentos formulados pela corrente contrária.

### 3.6.2 A negação do princípio da supremacia do interesse público

Humberto Ávila<sup>188</sup> reconhece que o interesse público é o fundamento de validade e o escopo da atuação do Estado para se atingir o bem comum. Contudo, refuta a ideia de supremacia do interesse público, porque “o seu conteúdo normativo pressupõe (...) a possibilidade de conflito entre o interesse público e o particular no exercício da função administrativa, cuja solução deveria ser (em abstrato e em princípio) em favor da administração.”

Para tanto, Ávila<sup>189</sup> argumenta que uma norma de preferência só pode ser verificada no caso concreto e não em uma situação abstrata. Ainda, segundo o autor, o aludido princípio careceria de fundamento de validade perante a Constituição, pois, o bem comum seria resultado

---

<sup>186</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 74.

<sup>187</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 74-75.

<sup>188</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, outubro, 2001. p. 3. Disponível em: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em: 16 nov. 2018.

<sup>189</sup> ÁVILA, 2001, p. 28 *et seq.*

da conjugação dos múltiplos interesses protegidos no texto constitucional, ou seja, ele já indica a reciprocidade desses interesses e não a suposta supremacia de alguns.

Em seguida, Ávila<sup>190</sup> conclui que a supremacia não seria um princípio, porque possuiria único grau de aplicação, pois a sua formulação não se refere ao interesse público em si, mas à definição de sua precedência. Nesse sentido, argumenta que os interesses privados constituiriam, na verdade, parte do interesse público, razão pela qual não seria possível estabelecer previamente sua preponderância.

Por seu turno, Gustavo Binembomj<sup>191</sup> parte do pressuposto adotado por Humberto Ávila e adverte que a regra de precedência absoluta suprime as ponderações necessárias à aplicação dos princípios e, por isso, a precedência em favor do interesse público iria de encontro aos postulados constitucionais.

Binembomj<sup>192</sup> ressalta que há casos em que o interesse público está na satisfação de direitos fundamentais e que devem prevalecer sobre suposto interesse da coletividade. Nesse esteio, o autor defende que o administrador deverá resolver a celeuma com base em raciocínio ponderativo, motivo pelo qual não seria possível solucioná-la com base em uma regra de preferência anterior. Para ilustrar seu pensamento, o autor analisa decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que negaram “privilégios” processuais para a Administração. Nesse sentido, argumenta que as decisões foram formuladas com base em juízo de ponderação e conclui: “Resta comprovado, assim, que não há prevalência *a priori* do coletivo sobre o individual, nem do estatal sobre o particular.”<sup>193</sup>

As críticas formuladas, na verdade, recaem, conforme exemplificado no tópico anterior, sobre os desdobramentos da supremacia, ou seja, questionam-se as prerrogativas da Administração. No entanto, o princípio anunciado não se refere à supremacia do Direito Público sobre o Privado, nem do Estado sobre o indivíduo. A ponderação dá-se, em verdade, entre os interesses (público e privado).

Diante dessa polêmica, convém aplicar a distinção formulada por Daniel Hachem<sup>194</sup> sobre interesse público em sentido amplo e em sentido estrito. Segundo Hachem, o interesse público em sentido amplo é todo aquele juridicamente protegido pelo ordenamento, incluindo

---

<sup>190</sup> ÁVILA, 2001, p. 29.

<sup>191</sup> BINENBOMJ, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo constitucional**: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 81 *et seq.*

<sup>192</sup> BINENBOMJ, 2009, p. 82.

<sup>193</sup> BINENBOMJ, 2009, p. 89.

<sup>194</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011b.

os interesses individuais e coletivos. Todavia, os interesses individuais e coletivos contidos no interesse público em sentido amplo podem sofrer restrições diante do caso concreto em que prevalecerá o interesse público em sentido estrito. Esse é o interesse público qualificado e que determina a ação finalística da Administração segundo as circunstâncias verificadas.

Ainda, reconhecer que o aludido princípio existe no sistema jurídico não significa defender que ele tem o condão de se sobrepor a qualquer outro, nem que se impõe de maneira absoluta, pois deve ser aplicado em consonância com todos os outros princípios jurídicos, enquanto mandado de otimização que é. Por essa razão, sua aplicação pode ser afastada no caso concreto.<sup>195</sup> Sendo correto, portanto, anunciar-se a supremacia do interesse público enquanto princípio, justamente por não significar uma norma de preponderância absoluta.<sup>196</sup>

Além do que, os conflitos entre interesses da coletividade e direitos fundamentais constituem, na verdade, conflito entre os múltiplos interesses públicos, o que inquestionavelmente deve ser solucionado à luz da ponderação. Portanto, quando o Estado aplica uma sanção, coloca em confronto direitos fundamentais (liberdade ou propriedade) e o interesse na manutenção da ordem, ambos classificados como manifestações de interesse público. Assim, diante do caso concreto prevalecerá o interesse público em sentido estrito que pode ou não apontar para a aplicação da sanção.

Dessa forma, tem-se que o regime de prerrogativas e sujeições a que se refere o Direito Administrativo está previsto em lei que se fundamenta no princípio da supremacia do interesse público. Ou seja, a supremacia vem exatamente para informar o regime jurídico-administrativo, o que quer dizer que os dispositivos legais se aplicam em conformidade a ele.

Por suposto, negar o princípio em estudo significa negar o próprio regime jurídico ao qual a Administração Pública está submetida. O fato de o princípio da supremacia estar inserido no ordenamento não autoriza que o administrador atue para além da norma jurídica, sob o argumento de que ele estaria prestigiando o interesse público. Nesse ponto, ressalta-se que a atuação da Administração Pública se circunscreve à legalidade. Sendo, portanto, desnecessário

---

<sup>195</sup> “Considerando os princípios como normas de qualidade distintas das regras, não é possível estabelecer relações absolutas de precedência. Na interação dos princípios as alterações no entendimento do conteúdo de um deles podem produzir reflexos na compreensão de algum ou alguns dos outros. Destaca Larenz que ‘o jogo concertado dos princípios significa que, no conjunto de uma regulação, não só se complementam, mas também se restringem reciprocamente.’ O reconhecimento da derrotabilidade produz a constatação de que as normas jurídicas estão sujeitas a ‘exceções implícitas’ que não podem ser identificadas antecipadamente, mesmo genericamente. O que não significa que também não possam existir exceções expressas ao princípio e nem que inexistam conflitos reais exteriores entre os princípios, em que um prevaleça em detrimento do outro. Este raciocínio possibilita que sejam colocados os fundamentos nos seus corretos eixos.” (GABARDO, 2017, p. 112.).

<sup>196</sup> GABARDO, 2017, p. 105 *et seq.*

afirmar que a preponderância do interesse público depende de prescrição legal para sua aplicação.<sup>197</sup>

### 3.6.3 O princípio da supremacia do interesse público e o modelo de Estado Social

O reconhecimento do princípio da supremacia do interesse público está atrelado ao modelo de Estado Social instituído pela Constituição, que visa conformar os interesses particulares com os objetivos republicanos e, assim, promover a efetivação dos direitos fundamentais.<sup>198</sup>

É importante destacar que a República brasileira tem, dentre os objetivos fundamentais, a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>199</sup>, a “erradicação da pobreza e da marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais”,<sup>200</sup> o que significa dizer que a ordem constitucional afastou-se da perspectiva individualista (que se concentra em assegurar a liberdade, a propriedade e a segurança) e voltou-se para a satisfação das necessidades do cidadão com escopo de promover a igualdade material.

Ao lado das prestações materiais previstas, o texto constitucional também restringiu a atuação dos particulares, para que sua conduta seja conformada aos objetivos da República, como no caso da função social da propriedade e da boa-fé contratual.<sup>201</sup> Assim, o princípio da supremacia do interesse público se extrai a partir de uma interpretação sistêmica da Constituição de 1988.

A supremacia do interesse público não se constitui, portanto, numa perspectiva autoritária para legitimação do “poder”, mas, sim, no propósito de promover os objetivos fundamentais da República.

Emerson Gabardo<sup>202</sup> considera, ainda, que a negação da supremacia do interesse público, por parte da doutrina, decorre de um movimento contrário ao conceito de interesse público pautado em um viés social, ou, nos termos do autor, “no seu sentido republicano”. Seria,

---

<sup>197</sup> GABARDO, 2017, p. 113.

<sup>198</sup> HACHEM, 2011a, p. 368-9.

<sup>199</sup> Art. 3, I. (BRASIL, 1988.).

<sup>200</sup> Art. 3, III. (BRASIL, 1988.).

<sup>201</sup> HACHEM, 2011a, p. 369 *et seq.*

<sup>202</sup> GABARDO, 2017 p. 98.

pois, fruto de ideias neoliberais que objetivam uma “flexibilização do regime jurídico administrativo a partir de uma postura reducionista com relação aos fins do Estado.”<sup>203</sup>

De fato, fatores como o envolvimento da esfera estatal em corrupção, o mau uso dos recursos públicos e a ineficiência administrativa dão, em um primeiro momento, ensejo a um discurso reducionista. Com frequência, o debate se dirige para o lado oposto, como se a solução para os desvios do Estado estivesse fora dele e, portanto, na iniciativa privada. No entanto, essa alternativa não se coaduna com a ordem constitucional vigente, uma vez que a Constituição de 1988 adotou o modelo de Estado Social.

Também é importante destacar que a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público está ligada à rejeição de uma Administração autoritária. Contudo, não é o autoritarismo que o aludido princípio anuncia, pois ele deve ser lido em conjunto com os demais princípios do regime jurídico administrativo. Na verdade, o que se quer com sua formulação é justamente promover a vida em comunidade em prol do bem comum, e não subjugar o cidadão.

#### 3.6.4 A indisponibilidade do interesse público

A supremacia do interesse público está atrelada ao princípio da sua indisponibilidade, uma vez que a atuação administrativa tutela interesse de terceiro e, portanto, não está livre para dispor acerca do fim buscado, senão deve atuar “nos termos da finalidade a que estão adstritos.”<sup>204</sup> Sendo assim, no desempenho da função “não há apenas um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da realidade, que lhe serve de parâmetro.”<sup>205</sup>

Isso porque a finalidade da atuação administrativa é conferida pela ordem jurídica e não pela vontade do agente público ou de particulares. Desse modo, a atuação dos corpos administrativos está condicionada à finalidade de sua instituição e não a uma vontade personificada propriamente dita.<sup>206</sup>

Conforme demonstrado, o interesse público está inserido no ordenamento jurídico, cujos parâmetros essenciais se encontram descritos na Constituição, que, por conseguinte, devem ser

---

<sup>203</sup> GABARDO, 2017 p.104.

<sup>204</sup> BANDEIRA DE MELLO, 1967, p. 15.

<sup>205</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 76.

<sup>206</sup> BANDEIRA DE MELLO, 1967, p. 15.

qualificados pelo legislador infraconstitucional e pelo exercício do poder regulamentar.<sup>207</sup> Assim, o interesse público não está disponível ao juízo do administrador, visto que sua satisfação constitui a própria finalidade da função administrativa.

Da conjugação dos dois axiomas (supremacia e indisponibilidade) decorrem diversos outros princípios do regime administrativo, tais como: legalidade, obrigatoriedade de desempenho da função, controle interno e externo (seja ele administrativo ou jurisdicional), isonomia (entre os administrados em face da Administração), publicidade e inalienabilidade de direitos.<sup>208</sup> Há ainda diversos outros princípios expressos na Constituição que também são condicionadores da atividade administrativa, como moralidade, impessoalidade, eficiência, legalidade e publicidade. Por sua vez, as leis e toda atividade normativa do poder público devem se conformar ao regime principiológico apresentado, cuja coerência é necessária para configurar o sistema em estudo.

Há que se ressaltar, por fim, que os axiomas ora discutidos guardam importante relação com o objeto investigado por esse trabalho. Dizer que o interesse público é indisponível, significa dizer que o administrador público está a ele vinculado no desempenho do seu mister. Dito isso, é importante definir se a aplicação da sanção é medida de interesse público. Esse é importante aspecto que será analisado adiante ao tratar do regime sancionador da Administração Pública e, especialmente, em relação à declaração de inidoneidade.

### **3.7 O interesse público no ordenamento jurídico norte-americano**

Conforme trabalhado no capítulo anterior, a sociedade norte-americana assumiu uma postura proativa junto aos assuntos do governo o que propiciou a dispersão do poder. Assim, o maior protagonismo da sociedade (demonstrado na parte histórica), em detrimento da ação estatal, demonstra que, nos Estados Unidos, o interesse privado assumiu uma posição proeminente em relação ao público.

Essa relação entre o Estado e o indivíduo se revela em uma compreensão dicotômica entre o público e o privado o que influenciou no desenvolvimento do Direito Administrativo norte-americano, inclusive sob a perspectiva do tratamento das políticas públicas. É preciso ter em mente que as características da sociedade (individualismo e livre iniciativa) influenciaram

---

<sup>207</sup> HACHEM, 2011a, p. 375.

<sup>208</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p.77.

na definição de quais atividades deveriam, ou não, receber interferência do Estado, tanto por regulação, quanto por prestação direta. Ademais, a participação dos indivíduos nos assuntos de governo foi vista como importante mecanismo para combater os desvios, o aparelhamento e a corrupção estatal.<sup>209</sup>

A partir do estudo desenvolvido, percebe-se que há uma tendência da doutrina e da historiografia de interpretar o passado com referência a apenas uma metade da dicotomia público e privado, portanto, atribuindo preferência à esfera privada.

A corrente majoritária demonstra a forte influência do pensamento liberal na análise dos fatos e do Direito. Tal influência pode ser apontada pela proteção da propriedade, dos interesses e dos direitos individuais. Chama atenção, ainda, a própria forma de organização da sociedade civil que é marcada pelo associativismo, ou seja, a união dos indivíduos para defesa de seus interesses coletivos ou para prestar serviços de interesse social (voltados à comunidade).

Por fim, o Estado Liberal se revela ainda pelo protagonismo do mercado e da livre iniciativa no desempenho de funções que, em um Estado Social, seriam de atribuição estatal, ou expressamente declaradas de interesse público.<sup>210</sup>

Nada obstante, há outra corrente que defende uma maior atuação do Estado e aponta que o predomínio da esfera pública se destaca pela própria força da democracia norte-americana e pelas políticas de bem-estar social.<sup>211</sup> É interessante destacar que essa corrente enfatiza que a história norte-americana é marcada por uma luta “para proteger o público de interesses privados poderosos e resilientes.”<sup>212</sup>

---

<sup>209</sup> Essa dispersão de poder e participação da sociedade é bem retratada na seguinte passagem do livro *A Democracia na América*: "Não há país no mundo em que a lei fale uma linguagem tão absoluta quanto na América, e tampouco existe país em que o direito de aplicá-la esteja dividido entre tantas mãos. O poder administrativo nos Estados Unidos não oferece em sua constituição nada central nem hierárquico; é isso que o faz não ser percebido. O poder existe, mas não se sabe onde encontrar seu representante." (TOCQUEVILLE, 2014, p. 83.).

<sup>210</sup> NOVAK, Willian J. *Public-Private Governance. a historical Introduction*. In: FREEMAN, Jody; MINOW, Martha. (ed.) *Government by Contract: outsourcing and american democracy*. Cambridge, US: Harvard University Press, 2009. p. 26.

<sup>211</sup> NOVAK, 2009. p. 26.

<sup>212</sup> *The dominant theme of American history from this perspective is the never-ending struggle to protect the public from powerful and resilience private interest*. (NOVAK, 2009, p. 26, tradução nossa.).

### 3.7.1 A Constituição norte-americana e o Estado liberal

A Constituição norte-americana foi promulgada em 1789, sendo a mais antiga carta constitucional em vigor no mundo.<sup>213</sup> O preâmbulo anuncia que dentre os propósitos do Estado norte-americano está o dever de promover o bem-estar geral, o *general welfare*, enquanto o art. 1º destaca a importância do Congresso Legislativo, colocando-o como o “primeiro braço do governo federal”, em posição de proeminência em relação ao executivo.<sup>214</sup>

Nesse esteio, vê-se que o foco das regras constitucionais está na distribuição de poder por meio da adoção dos mecanismos de freios e contrapesos, nos princípios que devem reger a atuação do governo federal e dos estados, bem como na relação entre os entes federados. Não foi adotado o modelo descritivo de competência, tal como ocorreu na Constituição de 1988 e, embora o texto mencione o dever de promover o bem-estar geral, não foram estipuladas quais atividades materiais estariam sob a responsabilidade do Estado. A Constituição norte-americana evidencia, portanto, a opção pelo modelo liberal de Estado.

Historicamente, o modelo liberal atribuiu perspectivas antagônicas entre os valores públicos (*public values*) e os direitos individuais (*individual rights*) como forma de demarcar os limites de atuação do poder público em face dos interesses privados. A doutrina dos valores públicos defende que a atuação estatal deve avaliar de que forma determinada ação irá impactar o bem comum, ou seja, qual será sua concreta contribuição para a coletividade de modo a revelar um efetivo valor público. Desse modo, observa-se que sua preocupação não é com a formulação do conceito de interesse público, mas sim com os efeitos decorrentes da atuação do poder público.<sup>215</sup>

Nada obstante, essas fronteiras entre o público e o privado não estão bem demarcadas no sistema norte-americano. Isso porque nos Estados Unidos muitas vezes a atividade

<sup>213</sup> ESTADOS UNIDOS. **Constituição**. 1798. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso: 08 abr. 2019.

<sup>214</sup> “*The positioning of Congress at the beginning of the Constitution affirms its status as the “First Branch” of the federal government. Article I, Section I “All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.*” Nesse sentido: O posicionamento do Congresso no início da Constituição afirma seu *status* como o “primeiro poder” do governo federal.” Artigo I, Seção I “ Todos os poderes legislativos aqui concedidos serão investidos no Congresso dos Estados Unidos, que consistirá de um Senado e Câmara dos Representantes. (ESTADOS UNIDOS. **Senado**. *Washington D.C. Reference*. Tradução nossa. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 08 abr. 2019.).

<sup>215</sup> NOVAK, William J. *Common Regulation: Legal Origins of State Power in America*. **Hastings Law Journal**, [s. l.], v. 45, p. 1061-1097, 1994. p 1066. Disponível em: [https://repository.uchastings.edu/hastings\\_law\\_journal](https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal). Acesso em: 12 mar. 2019.

legislativa é interpretada como intervenção estatal na esfera privada, ainda que nem sequer diga respeito à função pública, como no caso da luta pelos direitos civis. Isso porque até mesmo as leis que visavam igualar os cidadãos em seus direitos foram, de certa maneira, interpretadas como intervenção estatal indevida na esfera privada.<sup>216</sup> Obviamente esse discurso partia da classe privilegiada, além de revelar um contrassenso, pois demonstra que a concepção liberal serviu de subterfúgio para se sustentar uma sociedade segregacionista.

Por essa razão, restou ao poder judiciário a tarefa de estabelecer as fronteiras constitucionais entre o público e o privado. Ocorre que essa atuação isolou e delimitou o público e enalteceu o privado, pois, "o constitucionalismo permaneceu consistentemente dedicado a traçar e redesenhar a linha entre público e privado, poder e direito, soberania política e direito fundamental, protegendo estes daqueles".<sup>217</sup>

A esse respeito vale mencionar a teoria da *State Action Doctrine*, segundo a qual a dicotomia entre o público e privado deve ser resolvida restringindo-se a aplicação da Constituição às ações do governo. Segundo essa concepção a Constituição se destina a delimitar a ação estatal. Então, sob essa perspectiva, a Constituição não teria incidência direta nas relações privadas, uma vez que o seu objetivo precípua é o exercício do poder e suas delimitações.<sup>218</sup> Notadamente, essa concepção revela o viés liberal que pretende uma aplicação restritiva da norma constitucional, pois até mesmo a incidência da Constituição é vista como uma intervenção indevida na esfera privada.

Assim, segundo essa premissa, toda normatização constitui regulação estatal. Dessa forma, ela é interpretada pela doutrina liberal como uma intervenção artificial do domínio público na vida privada, o que acarreta indevida interferência na propriedade privada, no livre mercado e nos direitos individuais.<sup>219</sup>

Conforme destacado na parte histórica, apenas no início do século XX, o Estado norte-americano assumiu uma postura mais interventiva nos assuntos que estavam tradicionalmente reservados à iniciativa privada. É o início da chamada Era Progressista, fruto de um movimento que demandava maior atuação do Estado para fazer frente ao poder econômico.<sup>220</sup> A partir de

---

<sup>216</sup>NOVAK, 1994, p. 1066.

<sup>217</sup>"constitutionalism remained consistently dedicated to drawing and re-drawing the line between public and private, power and right, political sovereignty and fundamental law, protecting the later from the former." (NOVAK, 1994, p. 1069, tradução nossa).

<sup>218</sup>KAY, Richard S. *The State action doctrine, the public-private distinction, and the independence of Constitutional Law*. [S. l.: d. n.], p. 329-360., 1993, p. 330. Disponível em: [https://opencommons.uconn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=law\\_papers](https://opencommons.uconn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=law_papers). Acesso de: 10 maio 2019.

<sup>219</sup>NOVAK, 1994, p. 1072.

<sup>220</sup>DAVIDSON, 2017, p. 213.

então, foram promulgados atos normativos, tanto pelos estados, quanto pela União, que interferiram diretamente na esfera econômica.

No entanto, essa intervenção não decorreu da formulação de um conceito de interesse público, nem se argumentou que determinadas funções seriam de natureza pública. Ao contrário, ao assumir determinadas atividades, ou ao regulamentá-las, o Estado assim o fez em decorrência do caos social instaurado pelo excesso de livre mercado que atuava sem qualquer comprometimento com a sociedade, bem como em razão de insatisfações com a prestação de serviços oferecidos pela iniciativa privada. Os proprietários, por sua vez, frequentemente se insurgiam contra essas políticas que consideravam indevida interferência estatal, o que deu origem a litígios que foram submetidos à apreciação do poder judiciário.<sup>221</sup>

Ocorre que esse foi um processo conturbado, pois o espírito da livre iniciativa estava definitivamente arraigado à cultura norte-americana. Assim, a concepção liberal podia ser verificada inclusive na atuação do Poder Judiciário que se mostrava refratário à construção de uma jurisprudência voltada para a formulação de um conceito sobre o interesse público.

### 3.7.2 O Estado liberal e a regulação

Muito embora a doutrina liberal negue que os Estados Unidos tenham adotado uma postura reguladora, certo é que, a partir do final do século XIX, logo após a vitória da União na Guerra de Secessão, o governo começou a atuar na regulamentação de serviços que foram considerados de utilidade pública.<sup>222</sup> Essas regulações englobaram: transporte urbano,

<sup>221</sup> NOVAK, 1994, p. 1068.

<sup>222</sup> *“This period of fifty years has seen the growth of effective control of railroads and of public utilities; while electricity and the telephone have developed, first, into recognized public utilities, and, second, into businesses which transcend state boundaries and thus become essentially national problems. Irrigation, land reclamation and flood prevention also belong properly in the class of interstate public interests, while radio and aerial navigation have but recently been added to the list. The trust movement and anti-trust laws, conservation, the Federal Reserve system, vast developments in labor legislation, social insurance, minimum-wage laws and the growing control of public health, prohibition, control over markets and marketing, enlarged control over immigration and international trade, city-planning and zoning, and municipal control of municipal growth in general, all have come about within this period. On the frontier are health insurance, the control of the business cycle and of unemployment, and the insertion of social control within the structure of industry itself, through the “democratization of business.” Back of these stand the stabilization of the dollar, and all the questions raised by birth control and the movement toward eugenics, while the control of large fortunes and of the unequal distribution of wealth is an ancient and ever new question which is becoming more and more acute as the masses gain a growing sense of their political power.”* Este período de cinquenta anos viu o crescimento do controle efetivo das ferrovias e dos serviços públicos; enquanto a eletricidade e o telefone se desenvolveram, em primeiro lugar, em serviços públicos reconhecidos e, em segundo lugar, em negócios que transcendem as fronteiras do Estado e, assim, tornam-se essencialmente problemas nacionais. A irrigação, a recuperação de terras e a

transporte interestadual de mercadorias e pessoas por ferrovias e rodovias, questões de abastecimento e armazenamento de suprimentos, serviços de telecomunicações, distribuição de energia e combustível, tendo atingido até mesmo atividades financeiras.<sup>223</sup> A regulamentação dava-se, pois, pelo fato de existirem atividades econômicas puramente privadas e outras com propósitos públicos.<sup>224</sup>

Dessa forma, paulatinamente, o poder público começou a reconhecer que determinadas atividades não estavam totalmente disponíveis para os particulares atuarem livremente, seja porque havia interesse público ou porque, de alguma maneira, seu exercício estava ligado aos princípios democráticos.<sup>225</sup> Aqui é importante ressaltar que, apesar de os Estados Unidos não terem formulado uma teoria referente ao interesse público, por vezes, o poder judiciário recorria a princípios democráticos, invocando até mesmo a ideia de soberania, para legitimar a intervenção estatal.<sup>226</sup>

Sobre esse tema, o caso *Munn vs Illinois* é emblemático para a compreensão do tratamento conferido ao termo utilidade pública em razão das análises distintas apresentadas pela doutrina.

No final do século XIX, os estados de Illinois, Wisconsin, Iowa e Minnesota promulgaram as chamadas *Granger Laws*, leis que regulamentavam as tarifas para o escoamento da produção de grãos e taxas de armazenamento de suprimentos. Essas leis foram questionadas sob o argumento de que a interferência na fixação dos preços configuraria grave violação à tradição liberal e ao direito de propriedade. No entanto, em contraposição à tradição liberal de seus julgados, a Suprema Corte concluiu que a atividade desenvolvida era de utilidade

---

prevenção de inundações também pertencem apropriadamente à classe dos interesses públicos interestaduais, enquanto a rádio e a navegação aérea foram acrescentadas recentemente à lista. O movimento fiduciário e as leis antitruste, conservação, o sistema da Reserva Federal, vastos desenvolvimentos na legislação trabalhista, seguro social, leis de salário mínimo ... e o crescente controle da saúde pública, proibição, controle sobre mercados e marketing, controle ampliado sobre imigração e comércio internacional, urbanismo e zoneamento, e controle municipal do crescimento municipal em geral, todos surgiram nesse período. Na fronteira estão o seguro saúde, o controle do ciclo econômico e do desemprego, e a inserção do controle social dentro da própria estrutura da indústria, através da "democratização dos negócios". Por trás disso está a estabilização do dólar, e todas as questões levantadas pelo controle da natalidade e o movimento em direção à eugenia, enquanto o controle de grandes fortunas e da distribuição desigual da riqueza é uma questão antiga e sempre nova, que está se tornando mais e mais aguda à medida que as massas ganham um crescente senso de seu poder político. (John Maurice Clark, *Social control of business (1926) at 8* apud NOVAK, William J. *Law and the Social Control of American Capitalism*, *Emory Law Journal*, v. 60, p. 377-405. 2010. p. 397, tradução nossa. Disponível em: [http://law.emory.edu/elj/\\_documents/volumes/60/2/symposium/novak.pdf](http://law.emory.edu/elj/_documents/volumes/60/2/symposium/novak.pdf). Acesso em: 10 abr. 2019.).

<sup>223</sup> NOVAK, 2010, p. 399.

<sup>224</sup> SCHEIBER, Harry N. *Public Policy, Constitutional Principle, and the Granger Laws: A Revised Historical Perspective*. *Stanford Law Review*, [s. l.], v. 23, n. 5, p. 1029-1037, 1971. p 1036. Disponível em: [www.jstor.org/stable/1227900](http://www.jstor.org/stable/1227900). Acesso em: 12 abr. 2019.

<sup>225</sup> SCHEIBER, 1971.

<sup>226</sup> SCHEIBER, 1971.

pública, cuja regulamentação e fiscalização caracterizavam o exercício legítimo do poder estatal.<sup>227</sup>

Mesmo na doutrina norte-americana, esse julgado é interpretado de maneira distinta pelas doutrinas, conforme será exposto abaixo e, por isso, deveras interessante para a comparação do paradigma do interesse público sob a influência da cultura liberal.

De um lado, a doutrina liberal entende que o caso *Munis vs Illinois* se trata de um julgado isolado cujo efeito prático foi tão somente o de reconhecer a dominância dos negócios puramente privados. Sob essa ótica, toda atividade econômica que remanesceu sem regulamentação estaria no campo do interesse privado. Ademais, a doutrina liberal defende que o termo utilidade pública, mencionado na decisão, seria apenas um argumento descolado dos demais precedentes da Suprema Corte, a qual estava momentaneamente influenciada por uma doutrina publicista e minoritária, segmento que desejava maior regulamentação e interferência do governo nas atividades econômicas.

Por fim, a doutrina liberal também defendia que o movimento desencadeador da promulgação das *Grangers Laws* teria ocorrido por influência de interesses individuais e econômicos de produtores que pressionaram pela regulamentação do preço do frete, pois uma análise histórica não demonstra anseios populares nesse sentido.<sup>228</sup>

De outra perspectiva, enquanto os autores defensores da doutrina liberal afirmavam se tratar de um caso isolado, há parte da doutrina, protagonizada por Willian Novak, defensora de que a noção de atividade afetada pelo interesse público prosperou por cinquenta anos, e culminou com a edição do *New Deal*. Esse plano deu suporte à ampla regulamentação econômica, após a crise de 1929, que abarcou atividades de entretenimento, indústria, comércio, chegando a regulamentar a venda de pães e até a fixação de jornada de trabalhadores em minas e fundições.<sup>229</sup>

Diante disso, Novak chega a conclusão oposta à defendida pela doutrina liberal, pois ele entende que o julgamento do caso *Munn* não isolou os negócios privados da regulamentação, mas, "em vez disso, criou um novo campo legal de atividade econômica importante que poderia estar sujeito a um controle estatal sem precedentes."<sup>230</sup>

De fato, o caso *Munn vs Illinois* demonstrou que, mesmo no Estado Liberal norte-americano, não se poderia deixar de reconhecer que algumas atividades são de interesse coletivo

---

<sup>227</sup> SCHEIBER, 1971, p. 1029.

<sup>228</sup> SCHEIBER, 1971.

<sup>229</sup> NOVAK, 2010, p. 402-403

<sup>230</sup> NOVAK, 2010, p. 404.

e não podem ficar totalmente disponíveis à iniciativa privada, sob pena de se instaurar um caos social. Com isso, é possível entender que, ao trabalhar o termo utilidade pública, o julgado refere-se a questões que, no Brasil, são tratadas como de interesse público.

Após a edição das *Grangers Laws*, outras regulamentações também foram estabelecidas. Por exemplo, no caso do *Interstate Commerce Act*, lei que instituiu a *Interstate Commerce Commission (ICC)*, cuja agência se voltava à regulação de preços de frete e transporte interestadual de produtos.

A *ICC* tinha o poder de fiscalizar os preços praticados, suspender a aplicação que considerasse abusiva e, até mesmo, de estabelecer novo patamar de valor que fosse considerado razoável.<sup>231</sup>

Quando o poder regulamentar da agência foi questionado perante a Suprema Corte, (caso *ICC vs. Brimson*) a Corte validou as prerrogativas instituídas pela lei. Posteriormente, a agência teve seu objeto de atuação ampliado para fiscalizar o transporte terrestre de pessoas, a propriedade de veículos,<sup>232</sup> e, inclusive, para regulamentar a indústria da telecomunicação,<sup>233</sup> tais como telégrafos, telefone e cabeamento e, por fim, a *ICC* teve sua competência ampliada para estabelecer a política nacional de transporte.

A análise realizada demonstra que, a partir do final do século XIX, o governo norte-americano estabeleceu uma série de estatutos e agências visando regulamentar a atividade econômica e promover o bem-estar social. Contudo, é importante notar que nem o poder judiciário nem o poder legislativo se ocuparam de formular um regime jurídico específico voltado para disciplinar a função administrativa. Há, no Direito norte-americano, diversos atos normativos, entre leis e regulamentos, que posteriormente foram reunidos no *U.S Code* e no *Code of Federal Regulations*<sup>234</sup> destinados a disciplinar a atuação estatal. Contudo, não houve a formulação de um regime específico que se fundamentasse na supremacia do interesse público, como ocorre no Direito Administrativo brasileiro.

Dessa forma, percebe-se que os movimentos regulatórios se intensificavam em tempos de crise. Ou seja, a atuação do poder público dedicava-se muito mais a restabelecer o equilíbrio perdido em razão de abusos do poder econômico, do que de fato a promover um Estado Social.

---

<sup>231</sup> CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE LIBRARY OF CONGRESS. *The Constitution of United States of America: analyses and interpretation*. 100. ed. GARCIA, Michael J.; LEWIS, Caitlain Devereaux; NOLAN Andrew; TOTTEN, Megahn; TYSON, Ashley. (ed.). Washington D.C.: *U.S. Government Publishing Office*, 2017. p. 192. Disponível em: <https://congress.gov/content/conan/pdf/GPO-CONAN-2017.pdf>. Acesso em: 8 maio 2019.

<sup>232</sup> *Motor Carrier Act 1935 apud* CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE LIBRARY OF CONGRESS, 2017.

<sup>233</sup> *Mann-Elkins Act of 1910 apud* CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE LIBRARY OF CONGRESS, 2017.

<sup>234</sup> O assunto será tratado no capítulo sete.

Nada obstante, a doutrina liberal parece ter subestimado o poder de intervenção do Estado norte-americano, situação que, conforme será demonstrado, se intensificou especialmente com a Grande Depressão.<sup>235</sup>

### 3.7.3 O bem-estar geral e o Estado liberal

A livre iniciativa, o direito à propriedade em sentido amplo<sup>236</sup>, associado ao compartilhamento de poder com a sociedade e o receio de corrupção no setor público permearam a história do Direito Administrativo nos Estados Unidos. Tradicionalmente, reforçou-se a ideia de que o Estado foi concebido para possibilitar a geração de riqueza e para manter a ordem. Dessa forma, a promoção do bem comum se daria pelo estímulo ao desenvolvimento econômico e à propagação de oportunidade ao cidadão, conferida por meio do acesso à educação básica, historicamente promovida pelo poder público. Diante desses aspectos, é possível perceber que o Estado norte-americano optou por uma forma de atuação indireta (subsidiária). Isso porque se entendia que quanto maior a presença do Estado maior seria o risco de desvirtuamento do poder, o que sempre foi uma genuína preocupação da sociedade norte-americana.<sup>237</sup>

Diante dessas premissas, tem-se que os valores fundamentais atribuídos à livre iniciativa e ao individualismo do modelo norte-americano não significaram a completa negação do papel do Estado compreendido como agente de transformação e promotor do bem comum. Isso porque o Poder Público costuma intervir, mas o faz quando a sociedade “falha”.

A propósito, no final do século XIX e no início do século XX, o poder estatal estava disperso e a sociedade apresentava-se fragmentada. Essa dispersão, por sinal, era bem vista, pois se considerava que sua concentração do poder no Estado tornava o ambiente propício para o aparelhamento, desvios e corrupção estatal. Ademais, historicamente, a sociedade civil atuou como mecanismo de fiscalização e contenção do poder.<sup>238</sup>

---

<sup>235</sup> CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE LIBRARY OF CONGRESS, 2017, p. 1861.

<sup>236</sup> O direito à propriedade abarca bens, direitos e a proteção ao mercado.

<sup>237</sup> NOVAK, 2009, p. 33.

<sup>238</sup> Corrupção deve ser interpretada em sentido amplo, abarcando desvio de poder e arbítrio, pois “os Estados Unidos nasceram em meio a um medo original e difuso de corrupção pública - não por medo do governo ou do poder público per se (como retratado erroneamente em tantas histórias ideológicas da fundação americana) -, mas um medo de abuso ou a perversão do poder.” *“The United States was born amid a pervasive original fear of public corruption - not fear of government or public power per se (as mistakenly portrayed in so many*

Entretanto, a vitória da União na Guerra de Secessão inaugurou o movimento de centralização e fortalecimento do poder público.<sup>239</sup> Nesse contexto, a própria sociedade foi vista como importante mecanismo de controle sobre o excesso de poder estatal que pudesse ser verificado no processo de centralização.

Nesse mesmo momento, se consolidava o poder econômico, marcado pelo desenvolvimento do sistema capitalista e pelo surgimento de grandes corporações. Ocorre que a consolidação do poder econômico foi mais rápida e forte do que a consolidação do Estado norte-americano, o que resultou na captura do setor público pela iniciativa privada. Isso porque, nesse cenário, o Estado (recém-centralizado) ainda era fraco para se contrapor ao poder econômico. Além do que, não se pode olvidar que, em razão da tradição liberal, a ideia de regulação era frequentemente rejeitada por ser considerada intervenção indevida.<sup>240</sup>

Todavia, a quebra da Bolsa de Nova York, em 1929, inaugurou uma crise sem precedentes na história norte-americana<sup>241</sup> e colocou em xeque a preponderância que a iniciativa privada exercia. Assim, o caos social instaurado pela crise demandou atuação efetiva do Estado. Em resposta, vieram as reformas administrativas implementadas pelo *New Deal*, bem como outras propostas formuladas com o intuito de fortalecer o Estado e a organização administrativa. Essas medidas constituíram a ação mais visível do governo como forma de fazer frente ao poder econômico.<sup>242</sup>

Posteriormente, o inchaço do Estado norte-americano acarretou sérios questionamentos sobre a eficiência dos serviços prestados pelo setor público e sobre o excesso de regulamentação. Tais fatores, associados à recuperação econômica, direcionaram novamente o “pêndulo” para o setor privado. Isso porque não mais subsistiam motivos para manter a intervenção do Estado em um domínio que era classicamente concebido como livre à iniciativa privada. Assim, a nova conjuntura levou ao enxugamento da máquina pública, movimento que se intensificou no final da década de 70.<sup>243</sup>

Observando esse movimento que vem marcando a história norte-americana, percebe-se que o maior ou menor protagonismo do Estado não decorre, portanto, de exigência constitucional, mas de uma demanda da própria sociedade. O dever de promover o bem-estar

---

*ideological histories of the American founding)-but a fear of misuse or the perversion of power.”* (NOVAK, 2010, p. 33, tradução nossa.).

<sup>239</sup> NOVAK, 2010, p. 377.

<sup>240</sup> NOVAK, 2009, p. 2009.

<sup>241</sup> DAVIDSON, 2017, p. 222 *et seq.*

<sup>242</sup> FREEMAN, Jody; MINOW, Martha. *Reframing the outsourcing debates*. In: FREEMAN, Jody; MINOW, Martha. (ed.) **Government by Contract: outsourcing and american democracy**. Cambridge, US: Harvard University Press, 2009. p. 7.

<sup>243</sup> FREEMAN; MINOW, 2009, p. 7.

geral (*general welfare*) está colocado na Constituição norte-americana, porém pouco se discute sobre seu significado. Isso porque, o pragmatismo norte-americano, somado ao silêncio da Constituição sobre a alocação das competências materiais do Estado, distanciou o debate sobre o conteúdo do interesse público e sua titularidade. A bem da verdade, o cidadão norte-americano vê-se como pagador de impostos e, em retorno, espera uma prestação adequada sobre o bem ou serviço prestado, não se importando com quem será o provedor.<sup>244</sup>

É forçoso concluir que, no sistema norte-americano, inexistia um domínio público previamente demarcado.

Nos Estados Unidos, o domínio da iniciativa privada atingiu setores sem precedentes na história, culminando com um fenômeno chamado de “governo por contrato”. Atualmente, os agentes privados passaram a desempenhar funções que, até mesmo no Estado Liberal Norte-Americano, eram tradicionalmente exercidas pelo poder público, tais como: seleção de alvos militares, interrogatório de detentos, controle de fronteira e a classificação e uso de documentos sigilosos.<sup>245</sup>

Obviamente, esse movimento não ocorre desacompanhado de críticas que denunciam o uso indiscriminado do discurso da eficiência para incentivar a privatização.<sup>246</sup> Assim, questiona-se o grau de captura do Estado pelo mercado.<sup>247</sup> Entretanto, é curioso perceber que tal questionamento não é formulado segundo uma ótica de violação ao interesse público, como ocorre no sistema brasileiro. A perspectiva adotada é outra. Isso porque na falta de um regime constitucional que defina quais atividades constituem função estatal, a doutrina questiona se o modelo adotado (governo por contrato) é compatível com os valores e com o regime democrático.<sup>248</sup> Ou seja, indaga-se em que medida o exercício de determinadas atividades pela iniciativa privada pode colocar em risco a própria democracia e, até mesmo, a soberania do Estado norte-americano, pois se argumenta que determinadas funções podem ameaçar a própria existência do Estado.

Por fim, a regulação e a fiscalização do “governo por contrato” é exercida pelas agências, cuja atuação também não está isenta de críticas formuladas pela doutrina liberal que questiona os limites de competência dessas entidades para impor restrições à atividade

---

<sup>244</sup> FREEMAN; MINOW, 2009, p. 8-9.

<sup>245</sup> FREEMAN; MINOW, 2009, p. 2.

<sup>246</sup> Aqui se utiliza o termo privatização em sentido amplo, pois atividades que costumavam ser exercidas pelo Estado passaram a serem exercidas pela iniciativa privada. Todavia, conforme já demonstrado não há regime constitucional dispendo sobre a titularidade material dessas funções.

<sup>247</sup> O livro *Government by Contract: outsourcing and american democracy* traz diversos estudos sobre o tema. (FREEMAN; MINOW, 2009.).

<sup>248</sup> FREEMAN; MINOW, 2009, p. 14.

econômica.<sup>249</sup> Vê-se que há preocupação com os limites constitucionais estabelecidos para o exercício do poder regulador. Essa polêmica impede a análise do próprio interesse público perseguido pela regulamentação – deixando-se de aprofundar no tema referente à legitimidade do exercício de determinadas atividades pelos agentes privados.<sup>250</sup>

Nota-se que, no sistema norte-americano, as polêmicas que envolvem a atuação do poder público ligam-se ao exercício da democracia, da soberania, da distribuição e do controle de poder, sendo tanto menor a preocupação com a titularidade das funções desempenhadas ou com o conteúdo do interesse público. Contudo, ao regulamentar a atividade econômica, a discussão tangencia o tema e, por mais que a doutrina queira prestigiar a livre iniciativa, isso não permite que seja ignorada a existência do interesse público, nem da finalidade pública ínsita à atuação do Estado.

Todavia, é forçoso concluir que o interesse público definitivamente não está no centro do debate. Ademais, não há um regime jurídico organizado que se assenta sobre a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Tampouco, encontra-se uma teorização coesa voltada para a formulação de regime jurídico administrativo, embora em casos práticos a atuação da Administração seja formulada por regras próprias.

---

<sup>249</sup> Um bom caso ilustrativo foi a restrição sobre o comércio de gado imposto pela *Interstate Commerce Commission* para conter o avanço de doenças infecciosas quando a finalidade pública assim exigisse. À época a Suprema Corte entendeu que tais restrições se limitavam ao comércio interestadual e exportação porque o Congresso não poderia impor restrições à atividades desenvolvidas no interior de cada estado. (CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE LIBRARY OF CONGRESS, 2017, p. 216.).

<sup>250</sup> FREEMAN, Jody. *Private Parties, Public Function and the new administrative Law*. [s. l.: s. n.], *Harvard Law School*, 1999. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=165988> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.165988> Acesso em: 2 abr. 2019.

## 4 O CONTRATO ADMINISTRATIVO

### 4.1 O contrato administrativo francês e sua recepção pelo ordenamento brasileiro

Conforme desenvolvido nos capítulos anteriores, o Direito Administrativo é apontado como produto da Revolução Francesa, momento histórico em que se revolveram as bases do Estado absolutista buscando implementar a República. O indivíduo, então, passou a ser detentor de direitos frente ao Estado que teve seus poderes limitados.

Nesse cenário, a busca pela liberdade individual fez-se presente no lema da Revolução Francesa pela tríade Liberdade, Igualdade e Fraternidade, o que demonstrou o afloramento de certo senso individualista do cidadão francês. No entanto, o contexto no qual o Direito Administrativo se desenvolveu é, com frequência, alvo de distintas interpretações em razão da difícil limitação entre a liberdade que se pretendia e a autoridade que estava impregnada na cultura francesa.<sup>251</sup>

Embora a revolução tenha visado limitar o poder do Estado, na França, o controle sobre a atuação dos corpos administrativos foi suprimido do Poder Judiciário e submetido à jurisdição administrativa, cujo órgão máximo era o Conselho de Estado.<sup>252</sup> Essa dualidade de jurisdições e o afastamento do controle judicial foram interpretados, especialmente pelos operadores do *common law*, como resquício do antigo regime, característica que, segundo eles, evidenciaria o traço autoritário do Direito Administrativo francês (*droit administratif*).<sup>253</sup>

Nada obstante as críticas formuladas, inicialmente, essa separação foi justificada sob o argumento de que “julgar a administração também é administrar”<sup>254</sup>, por isso a submissão da atuação administrativa ao poder judiciário caracterizaria intromissão indevida no executivo. No entanto, Fernando Dias Menezes de Almeida ressalta que a jurisdição administrativa não

---

<sup>251</sup>Em primeiro lugar, releva notar o fato de que o Direito Administrativo surgiu em pleno Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico. A grande preocupação era proteger as liberdades do cidadão; daí a elaboração do princípio da legalidade. No entanto, paradoxalmente, o Direito Administrativo nasceu sob o signo do autoritarismo, já que reconheceu uma série de prerrogativas (potestades públicas) à Administração Pública. Daí a afirmação de que o regime jurídico administrativo compreende o binômio: liberdade e autoridade. A liberdade é garantida por princípios como os da legalidade, isonomia, separação dos poderes; a autoridade é protegida por prerrogativas públicas que garantam a supremacia do poder público sobre o particular. (DI PIETRO, 2006, p. 2.).

<sup>252</sup>ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 37.

<sup>253</sup>SCHWARTZ, Bernard, 1952.

<sup>254</sup>GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolução francesa et Administration Contemporaine*. Paris: *Economica*, 1993. *apud* ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 37.

decorreu da interpretação radical sobre a teoria da separação dos poderes de Montesquieu.<sup>255</sup> Ao contrário, aponta que, no momento da revolução, o poder judiciário, então composto por nobres contrarrevolucionários e “proprietários de seus cargos,”<sup>256</sup> foi visto como ameaça às políticas liberalizantes que se pretendiam implantar.

Por essa razão, paradoxalmente, a revolução, que buscava limitar os poderes do Estado, manteve a Administração Pública distante do controle do judiciário. O poder legislativo tampouco interferiu na formação do Direito Administrativo, posto que, historicamente, o legislador também não se ocupou da produção de normas voltadas para disciplina da atividade e da organização administrativa. Ou seja, restou à Administração Pública a produção do seu próprio Direito.<sup>257</sup>

Assim, ao formular os critérios definidores de sua competência em virtude da jurisdição especializada, o Conselho de Estado acabou por elaborar o próprio Direito Administrativo. Não é por outra razão que o contrato administrativo francês (*contrat administratif*) é produto da jurisprudência do Conselho de Estado e inclusive da necessidade de se formular critérios justificadores da separação das jurisdições.<sup>258</sup>

Nesse aspecto, aponta-se que o contrato administrativo inicialmente derivou da autonomização processual para definir a competência da jurisdição administrativa e, apenas em um segundo momento, representou uma autonomia substantiva, pelo o que convém tecer uma breve análise sobre os critérios adotados para a definição das jurisdições.<sup>259</sup>

Inicialmente se adotou o critério orgânico, que impediu o poder judiciário de apreciar qualquer assunto que envolvesse a Administração. Assim, todo ato por ela produzido deveria ser apreciado pelo juiz administrativo. Entretanto, essa divisão não perdurou por muito tempo, e outras teorias foram formuladas no afã de se obter o critério necessário para a definição da competência.<sup>260</sup>

Nesse aspecto, os contratos da Administração foram a “figura de fronteira” em torno do qual se concentrava a polêmica delimitação do Direito Administrativo e, conseqüentemente, da competência do Conselho de Estado.<sup>261</sup>

---

<sup>255</sup> “um dos grandes inconvenientes da monarquia era também o fato de os ministros do príncipe julgarem eles próprios os assuntos contenciosos.” (MONTESQUIEU, “Oeuvres Complètes”, II Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1951, p. 316, *apud* ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 28.).

<sup>256</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 37.

<sup>257</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 39.

<sup>258</sup> MEDAUAR, 2003.

<sup>259</sup> MEDAUAR, 2003, p. 25.

<sup>260</sup> ESTORNINHO, 2003.

<sup>261</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 28.

O critério orgânico foi substituído pela natureza dos atos praticados, segmentada entre atos de gestão e atos de autoridade. Entendiam-se como atos de gestão aqueles que correspondiam aos atos praticados pelos particulares no âmbito privado, enquanto os atos de autoridade não encontravam equivalência, porque, nesses casos, o Estado atuava com base em seu poder de império.

Esse é o início da sistematização do regime administrativo, porque a competência do Conselho de Estado não mais se pautava pelo critério puramente orgânico, mas pelo reconhecimento de que, quando o Estado atua, ele pode ou não estar munido de prerrogativas de autoridade inexistentes no Direito Privado, e essas prerrogativas justificaram o reconhecimento de um regime próprio da Administração.<sup>262</sup>

Nesse momento, os atos de gestão abarcavam todas as atividades contratuais do Estado independentemente do objeto contratado, pois vigorava o entendimento de que a figura do contrato era elemento tipicamente privado.<sup>263</sup> Desse modo, se a Administração recorria ao instrumento civilista, deveria estar submetida ao Direito Civil e, portanto, à jurisdição comum.<sup>264</sup>

Contudo, a mudança do Estado-Polícia para o Estado-Providência veio acompanhada da noção de serviço público.<sup>265</sup> O poder público passou, então, da posição de garantidor para provedor e esse giro teve importante papel na substantivação do contrato administrativo.<sup>266</sup>

A esse respeito é necessário lembrar que, no momento da formulação da teoria do contrato administrativo, o Direito Civil pautava-se pelo princípio da igualdade entre os contratantes, pois se regia pela máxima de que o contrato fazia lei entre as partes, segundo o qual os pactos assumidos deviam ser mantidos - *pacta sunt servanda*.<sup>267</sup> Por essa razão, não seria admissível a proeminência de um dos sujeitos na celebração do contrato.

Nos contratos a respeito de serviços públicos,<sup>268</sup> verificou-se que a sua finalidade era distinta dos contratos privados. Por esse motivo, entendeu-se que a Administração não poderia

---

<sup>262</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 28.

<sup>263</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 29 *et seq.*

<sup>264</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 43.

<sup>265</sup> GUIMARÃES, 2003, p. 36.

<sup>266</sup> DUGUIT, 1913, prefácio, XVIII.

<sup>267</sup> COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. O microsistema das contratações públicas. *In*: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de. (coord.). **Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 22-23.

<sup>268</sup> O serviço público era compreendido sob perspectiva ampla, pois “toda a actuação da administração se torna, assim, actuação de serviço público. Aliás, todas as noções técnicas e todas as instituições de Direito Administrativo – Estado, domínio público, obra pública, Direito Administrativo, contrato administrativo – passam a ser definidas em função de sua relação com o serviço público.” (ESTORNINHO, 2003, p. 84-85.).

se sujeitar às regras do Direito Civil em razão do interesse público que tutelava, em decorrência disso, seus contornos contratuais haveriam de ser distintos do privado.<sup>269</sup>

É, nesse momento, pois, que surge a dualidade: contratos administrativos, cujo objeto se relacionava com o serviço público; e contratos privados da Administração, submetidos ao poder judiciário.<sup>270</sup>

Essa segmentação se ligava à finalidade distinta do contrato administrativo, que era a de promover determinada utilidade pública, e por essa razão “o contrato tem natureza administrativa quando a atividade que através dele se realiza é útil para a prossecução do interesse público.”<sup>271</sup>

Importa lembrar que, nesse momento, inexistia na França lei que classificasse as atividades como serviço público. Desse modo, sua formulação se deu pelo método dedutivo, pois derivou de construção jurisprudencial do Conselho de Estado. Assim, a corte administrativa analisava se determinada atividade estava afetada pela noção de utilidade pública e, para tanto, era necessário identificar características que fossem comuns às atividades prestadas, com o escopo de conferir unidade ao tema.

Contudo, o objeto do serviço público consistia na prestação de diversas e distintas atividades materiais que eram executadas tanto por particulares quanto pelo Estado. Por essa razão, logo se apresentou o problema de se identificar as supostas características que pudessem resultar numa unidade.<sup>272</sup>

Assim, caracterizar o contrato administrativo por meio do serviço público importava em excluir as atividades privadas que estariam sujeitas a contratos privados. À medida que as demandas sociais se alteravam, essa segmentação se tornou cada vez mais difícil porque as diversas atividades exercidas pelo Estado e pelos particulares careciam de um critério único que pudesse compreendê-las como serviço público.<sup>273</sup>

Ante a dificuldade de se verificar a natureza da atividade prestada, esse critério acabou substituído pela “natureza dos direitos e deveres resultantes do contrato.”<sup>274</sup> Sob esse prisma, o contrato administrativo passou a ser caracterizado pela sujeição do contratado em acatar as normas e determinações do poder público durante sua execução.<sup>275</sup>

---

<sup>269</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 84.

<sup>270</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 35 *et seq.*

<sup>271</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 83.

<sup>272</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 90.

<sup>273</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 88 *et seq.*

<sup>274</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 91.

<sup>275</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 92.

Nesse momento, já estava estabelecido que o regime contratual da Administração era distinto do privado, pois, uma vez verificado que o contrato administrativo consistia em mecanismo para persecução da finalidade pública, o poder público começou a incorporar o regime de prerrogativas à atividade contratual. De outro norte, a Administração também estava sujeita a limitações decorrentes de sua vinculação jurídico-pública, o que caminhou para a consolidação de um regime próprio da Administração.<sup>276</sup>

A partir de então, a qualificação do contrato administrativo passou a se dar pela inserção de cláusulas exorbitantes que revelavam o exercício de poderes de autoridade para persecução da finalidade pública. Essas cláusulas foram assim denominadas, porque, em tese, os particulares não poderiam incluí-las nos contratos privados.<sup>277</sup>

Dentre as cláusulas apontadas, destacavam-se os poderes de: fiscalização, direção, sanção, modificação unilateral e de rescisão unilateral por interesse público.<sup>278</sup> Entretanto, nem todas eram exclusivas da Administração, pois o poder de fiscalizar, dirigir e sancionar também se revelavam nas contratações privadas. Com efeito, não seria ilícito que o particular pudesse inspecionar a execução contratual (fiscalização), determinar as regras de execução (direção) ou sancionar a outra parte por descumprimento, desde que houvesse disposição contratual e que tais atos fossem exercidos nos termos da lei civil.

Todavia, a modificação unilateral e a rescisão por interesse público constituíram prerrogativas que não estavam presentes nas relações privadas, já que estas últimas eram marcadas pela igualdade entre as partes. Assim, mesmo que algum contrato privado as incluísse, certo é que sua aplicação dependeria de concordância da parte contrária, pelo que na hipótese de pretensão resistida dever-se-ia recorrer ao judiciário.

As cláusulas exorbitantes constituíam, portanto, prerrogativas especiais da Administração para satisfação do interesse público. Por essa razão, o Estado podia alterar os termos iniciais da avença, ou extingui-la, o que ia de encontro ao preceito civilista do *pacta sunt servanda*. Nesse esteio, “a singularidade do contrato administrativo veio a identificar-se pelo fato de ele extravasar o âmbito da atividade contratual privada.”<sup>279</sup>

Nessa senda, o emprego das ditas cláusulas também se justificava pela finalidade pública do contrato. Por essa razão, as cláusulas exorbitantes frequentemente eram aplicadas em contratos cujo objeto era a prestação de serviços públicos, mas a eles não se limitavam.<sup>280</sup>

---

<sup>276</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 92.

<sup>277</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 93 *et seq.*

<sup>278</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 124 *et seq.*

<sup>279</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 93.

<sup>280</sup> ESTORNINHO, 2003.

Na verdade, houve momentos que esses critérios coexistiram, pois, a jurisprudência do Conselho de Estado oscilava entre eles para caracterizar o contrato administrativo.<sup>281</sup>

Nesse cenário, toma-se como exemplo as questões de iluminação pública tratadas na França no final do século XIX e início do XX. Uma polêmica recaiu sobre a exploração do serviço de iluminação pública, que era feito a base de gás. Entretanto, a matéria-prima para fabricação do gás era o carvão, cujo acesso estava restrito em razão da I Guerra Mundial. Diante da dificuldade em se obter o produto, alguns concessionários demandaram a revisão do contrato ao argumento de que, embora a variação do preço da matéria-prima fosse costumeiramente compreendida como álea ordinária, o caso era excepcional em razão da guerra e de sua escassez, uma vez que a extração do produto havia sido dificultada pela ocupação do inimigo e pelo desvio da frota marítima para atender as batalhas.<sup>282</sup>

Inicialmente, ao apreciar o tema, o Conselho de Estado entendeu que se tratava de situação excepcional e autorizou a indenização do concessionário.<sup>283</sup> No entanto, com o avanço tecnológico, a energia elétrica se mostrou mais viável para a satisfação do interesse público, o que levou o Conselho de Estado a alterar seu posicionamento. Assim, a corte administrativa entendeu que o poder público poderia impor alterações na execução do contrato e, nesse caso, determinou que o serviço de iluminação fosse convertido para energia elétrica.<sup>284</sup>

No caso em tela, a alteração substancial das bases do contrato se deu em prol da continuidade do serviço prestado, uma vez que a iluminação a gás não mais se mostrava viável para a satisfação do interesse público. Vê-se, portanto, que a modificação unilateral (cláusula exorbitante) foi empregada para melhor satisfação do objeto do contrato (serviço público) que não poderia ceder ao interesse privado.

A partir dos critérios descritos, teve início a formulação do regime exorbitante. Isso porque as prerrogativas exercidas em face do particular nem sempre estavam inseridas no instrumento contratual, como ocorreu nas questões de iluminação. Daí não se poderia falar em cláusula, uma vez que o fundamento das prerrogativas era exterior ao próprio contrato.<sup>285</sup> Ou seja, exorbitância levou à autonomização do regime administrativo que, no primeiro momento, decorreu de características sistematizadas pelo Conselho de Estado.

---

<sup>281</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 96.

<sup>282</sup> DELVOLVÉ, P. *et al.* *Les grand arrêts de la jurisprudence administrative*. 19. ed. Paris. Dalloz. 2013. p.183-192.

<sup>283</sup> DELVOLVÉ, P. *et al.*, 2013.

<sup>284</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 131 *et seq.*

<sup>285</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 98 *et seq.*

Por conseguinte, tem-se que o Direito Administrativo se formou em contraposição ao Direito Privado, à medida que se buscavam características que lhe pudessem conferir autonomia. Contudo, esse contraste inicial foi se tornando menos evidente com a edição de normas que regulamentavam a função administrativa. Aceitou-se, então, a ideia de que o Direito Administrativo também era composto por normas semelhantes ao Direito Civil, afinal o Direito Administrativo é um regime de normas que visam disciplinar a função administrativa e que poderiam ou não encontrar semelhança nas normas privatistas.<sup>286</sup>

#### 4.2 O tratamento constitucional do contrato administrativo no Brasil

Conforme demonstrado, a atuação do Conselho de Estado francês proporcionou a substantivação do contrato administrativo e serviu, ao mesmo tempo, como critério de definição da competência da jurisdição administrativa. Por seu turno, o instituto do contrato administrativo foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo a matéria de contratação pública, inclusive, recebido tratamento constitucional.

O art. 22, inciso XXVII da Constituição, estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais em matéria de licitação e contratação, cuja redação original abarcava a Administração Pública direta e indireta.<sup>287</sup> Inicialmente, as empresas estatais estavam submetidas ao mesmo regime contratual da Administração Pública, porém a Emenda Constitucional nº 19/1998 alterou o disposto no inciso XXVII do art. 22 e do art. 173 da Constituição e estabeleceu que as empresas públicas exploradoras de atividade econômica são regidas por regime de contratação próprio, observados os princípios da Administração Pública para licitações e contratações.<sup>288</sup>

Com base no comando constitucional originário, foi editada a Lei nº 8.666/1993, que instituiu regras para licitações e contratos da Administração Pública, essa lei inicialmente

---

<sup>286</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 103 *et seq.*

<sup>287</sup> BRASIL, 1988.

<sup>288</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública. (BRASIL, 1988.)

abarcava toda a Administração direta e indireta.<sup>289</sup> Porém, é importante lembrar que o disposto deve ser interpretado segundo a Emenda Constitucional nº19/1998, e, portanto, sua incidência resta limitada à Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

Embora o regime jurídico de contratação das empresas estatais não seja objeto deste estudo, é importante tecer algumas considerações. A Lei Federal nº 13.303/2016, regulamentou a nova redação do art. 173 da Constituição. Não obstante a Constituição dispor que o regime distinto é destinado às estatais exploradoras de atividade econômica, a Lei nº 13.303/2016 estabeleceu que sua aplicação se estende a todas as estatais, inclusive às prestadoras de serviço público. Outrossim, o art. 68 estabeleceu que "os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado".<sup>290</sup> Nesse caso, portanto, a aplicação do Direito Privado não é supletiva, o que afasta a incidência da Lei nº 8.666/1993 como norma geral de contratação, sendo que tal aplicação apenas ocorrerá nos casos em que houver comando expresso na Lei nº 13.303/2016.<sup>291</sup>

Conquanto a competência para legislar sobre licitações e contratos administrativos esteja no rol de competências exclusivas da União, o inciso XXVII do art. 22 da Constituição é peculiar, pois restringe o objeto da legislação às normas gerais, cabendo aos estados editar leis específicas no exercício de sua competência complementar, enquanto os municípios podem legislar sobre o tema para atender a interesse local.

É importante advertir que a expressão normas gerais não se vincula ao grau de abstração da norma, mas à necessidade de uniformização legislativa sobre determinado tema. Isso quer

---

<sup>289</sup> Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 14 mar. 2017.).

<sup>290</sup> Art. 68. (BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 14 mar. 2017.).

<sup>291</sup> A Lei Federal nº 13.303 determina a aplicação de dispositivos da Lei nº 8.666 em apenas dois dispositivos: Art. 41. Aplicam-se às licitações e contratos regidos por esta Lei as normas de direito penal contidas nos arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 55. Em caso de empate entre 2 (duas) propostas, serão utilizados, na ordem em que se encontram enumerados, os seguintes critérios de desempate:

(...)

III - os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (BRASIL, 2016).

dizer que será norma geral aquela que disciplina matéria cujo tratamento uniforme seja necessário em todo território nacional.

Não se pode olvidar, contudo, que o limite da competência reservada à União deve resguardar a autonomia administrativa reservada aos entes federados, nos termos do art. 18 da Constituição. Assim, o termo “normas gerais” impõe limite à própria União, pois o legislador central não pode se exceder de sua competência sob pena de violar competência conferida aos outros entes federativos.

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/1993, trata sobre as normas gerais no âmbito das licitações e contratos, aplicando-as de maneira uniforme no território brasileiro. Isso se deve ao seu caráter de lei nacional. Assim, as regras postas devem ser observadas por todos os entes federados no desempenho das atividades que ela menciona, cabendo-lhes tão somente a complementação nos limites da Constituição.

#### 4.2.1 Contratos da Administração Pública: dicotomia entre contratos administrativos e contratos privados da Administração

A Administração Pública detém competência para celebrar contratos. Entretanto, há divergência acerca do regime aplicável às relações jurídicas estabelecidas entre o poder público e o particular. Conforme já demonstrado, o contrato administrativo de matriz francesa se consolidou como figura autônoma em relação ao Direito Civil, mas, no Brasil, isso não significa que toda a sua disciplina se desenvolva de maneira alheia às normas de Direito Privado, segundo passamos a demonstrar.

##### 4.2.1.1 Os contratos da Administração Pública na doutrina

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>292</sup> critica o termo “contrato administrativo” por entender que uma relação contratual típica resulta de acordo de vontades, “em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que

---

<sup>292</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 632.

nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença." Segundo esse raciocínio, o termo contrato seria inadequado ao tratamento do vínculo estabelecido com o poder público porque a alteração ou extinção unilateral desnaturaria a concepção ínsita ao modelo contratual, que é a vinculação aos termos iniciais da avença. Por essa razão, Celso Antônio entende que tais cláusulas subvertem a noção de contrato ao sujeitar uma parte à outra.

Embora Bandeira de Mello<sup>293</sup> rejeite o termo “contrato administrativo”, o autor reconhece que essa é a terminologia difundida pela doutrina e recepcionada pela legislação. O autor explica que as prerrogativas que a Administração possui são exorbitantes, porque são pouco frequentes ou incomuns em comparação às disposições do Direito Privado. Assim é o conceito de contrato administrativo formulado por Bandeira de Mello:

é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.<sup>294</sup>

A definição apresentada engloba os três requisitos utilizados na França para definir a competência da jurisdição administrativa em relação ao *contrat administratif*. Segundo a teoria francesa, os contratos privados da Administração são por exclusão aqueles que (i) não possuem como objeto a execução de serviço público, (ii) as cláusulas exorbitantes não tenham aplicação, (iii) a legislação expressamente os caracterize como de Direito Privado.<sup>295</sup> Desse modo, o conceito apresentado pelo autor revela que a construção francesa estudada no tópico 4.1 foi, de fato, incorporado ao ordenamento brasileiro.

Ao analisar a matéria, a autora Maria Sylvia Di Pietro<sup>296</sup> não discorda da nomenclatura “contrato administrativo” e entende que ela integra o gênero: contratos da Administração.

Di Pietro explica que no Direito Privado prevalecem os atos bilaterais, enquanto no Direito Administrativo prevalecem os unilaterais. Isso porque a Administração Pública possui prerrogativas de impor suas vontades aos particulares, pois dentre os atributos do ato administrativo está a imperatividade e a autoexecutoriedade. Assim, não necessita da

---

<sup>293</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 634.

<sup>294</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 638-639.

<sup>295</sup> ARÊDES, Sirlene Nunes. As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos privados da administração em contratos administrativos e contratos de direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, ano 2010, n. 253, jan./abr. 2010. Disponível em: [http://www.bidFórum.com.br/bidBiblioteca\\_periodico\\_pdf.aspx?i=77628&p=21](http://www.bidFórum.com.br/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx?i=77628&p=21). Acesso em: 22 jul. 2018.

<sup>296</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 257.

concordância do seu destinatário para produzir efeitos e prescinde de recorrer ao poder judiciário.<sup>297</sup>

Ocorre que a formalização dos contratos administrativos é ato bilateral, pois depende da declaração de vontade do particular no sentido de aderir ao vínculo proposto pela Administração.<sup>298</sup> Assim, ainda que os termos da avença sejam estabelecidos de maneira unilateral, há manifestação de vontade para formação do vínculo. No entanto, o regime de execução dos contratos administrativo é distinto do privado, daí sua submissão ao regime jurídico administrativo.

Em seguida, Di Pietro divide os contratos da Administração em (i) contratos de Direito Privado, com derrogações de Direito Público e (ii) contratos administrativos, regidos pelo Direito Público que podem ser tipicamente administrativos ou que tenham paralelo no Direito Privado.<sup>299</sup> A definição do regime aplicável ocorre pelo tratamento conferido em razão do regime de prerrogativas, as chamadas cláusulas exorbitantes, classificadas como "aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra."<sup>300</sup> Por essa razão, quando o poder público celebra um contrato administrativo, ele traça relação verticalizada marcada pela sujeição do particular, ao passo que nos contratos privados da Administração a relação tende à horizontalidade.<sup>301</sup>

Outra diferença, apontada por Di Pietro, para caracterizar o regime jurídico refere-se ao objeto contratado. Para a autora, a utilidade pública resultante da avença abrange toda atividade assumida pelo Estado que seja de interesse geral, assim, é característica informadora do contrato administrativo, pois é esse o motivo pelo qual a Administração contrata.<sup>302</sup>

Desse modo, vê-se que, no Brasil, a doutrina seguiu os passos da teoria francesa e caminhou no sentido de destacar as características do contrato administrativo que fossem distintas do contrato privado. Também rejeitou a hipótese de que a Administração pudesse se igualar ao particular,<sup>303</sup> justamente em razão do interesse tutelado.<sup>304</sup>

---

<sup>297</sup> DI PIETRO, 2011, p. 257.

<sup>298</sup> DI PIETRO, 2011, p. 257.

<sup>299</sup> DI PIETRO, 2011, p. 259.

<sup>300</sup> DI PIETRO, 2011, p. 260.

<sup>301</sup> DI PIETRO, 2011, p. 261.

<sup>302</sup> DI PIETRO, 2011, p. 261.

<sup>303</sup> MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do advogado**, São Paulo, ano 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009. p. 76

<sup>304</sup> DI PIETRO, 2011, p. 261.

#### 4.2.1.2 O regime contratual na Lei Geral de Licitações e Contratos - Lei nº 8.666/1993

No Brasil, o legislador optou pela concepção ampla de contrato, caracterizando-o como "todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada."<sup>305</sup> Ou seja, o conceito legal tratou do gênero contratos, sem distinguir, em um primeiro momento, as peculiaridades inerentes a cada relação contratual.<sup>306</sup> Assim, inicialmente se poderia indicar que todo acordo de vontades para a formação de vínculos jurídicos com a Administração estaria submetido à sistemática da Lei nº 8.666/1993. Entretanto, tal assertiva não se mostra viável, porque não se pode conceber que todo vínculo jurídico ao qual a Administração se submete deve se reger pela mencionada lei, nem tampouco poderia se cogitar que outras leis nacionais não pudessem dispor sobre outros contratos.<sup>307</sup>

Diante disso, Fernando Dias Menezes de Almeida<sup>308</sup> considera que o art. 2º da Lei nº 8.666/1993 trata dos contratos como gênero, mas que, em sua sistemática, a lei se volta a contratos específicos: obras, serviços, compras e alienações. A esse respeito o autor destaca que se assemelham aos contratos franceses de compras públicas (*marchés publics*) os quais se destinam a suprir necessidades corriqueiras da Administração, especialmente se comparados a modalidades mais sofisticadas, que estão previstos em outros diplomas legais.<sup>309</sup>

Ao tratar do regime jurídico dos contratos administrativos, a Lei nº 8.666/1993 acolheu, com algumas peculiaridades, o regime do contrato administrativo francês.<sup>310</sup> Para tanto, foi conferido à Administração, nos termos do art. 58,<sup>311</sup> as prerrogativas de: modificar ou rescindir unilateralmente os contratos, fiscalizar a execução, aplicar sanções pela inexecução contratual, ocupar provisoriamente bens do contratado e estrutura destinada à sua execução. Essas são as prerrogativas que não estão à disposição do particular no âmbito do contrato administrativo, mas isso não significa que ele esteja descoberto de garantias. Ao contrário, seu interesse em

---

<sup>305</sup> Art. 2º parágrafo único. (BRASIL, 1993).

<sup>306</sup> Para Marçal Justen Filho o dispositivo não se dispôs a classificar o contrato segundo o seu regime, mas sim em afirmar que todos os contratos se submetem à licitação, ressalvadas as exceções legais. (JUSTEN FILHO. Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 44.)

<sup>307</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 203.

<sup>308</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 216.

<sup>309</sup> É o caso da Lei de concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987/1995); de parcerias público-privadas, (Lei nº 11.079/04); Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.846/2011).

<sup>310</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 216 *et seq.*

<sup>311</sup> BRASIL, 1993.

face da alteração unilateral promovida pelo poder público deve ser recompensado pelo reequilíbrio econômico-financeiro.<sup>312</sup>

Nada obstante o legislador ter, de certa forma, adotado o contrato administrativo francês, certo é que o mesmo não ocorreu com os supostos contratos privados da Administração. Isso porque o inciso I do § 3º do art. 62<sup>313</sup> da mesma lei permite a aplicação das aludidas prerrogativas aos contratos da Administração regidos predominantemente pelo Direito Privado, sob a ressalva do termo “no que couber”:

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

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

Não há como negar que o disposto subverte toda a lógica do contrato administrativo. O contrato administrativo é informado pela aplicação das prerrogativas. Todavia, se esse regime é também aplicável aos contratos cujo conteúdo é predominantemente regido pelo Direito Privado, isso significa que a Lei nº 8.666/1993 não segmentou os contratos da Administração nos moldes franceses. Assim, “levando ao pé da letra o regime da Lei geral, pouco sobra para que se possa falar de contratos da Administração regidos verdadeiramente pelo Direito Privado.”<sup>314</sup>

Há, portanto, um regime que determina a aplicação supletiva do Direito Público aos contratos predominantemente regidos pelo Direito Privado, e vice-versa, visto que o art. 54 determina os contratos tratados na lei são, em regra, regidos pelo Direito Público, com aplicação supletiva pelo Direito Privado.<sup>315</sup>

É importante destacar também que o termo “no que couber” não socorre o operador do Direito na tarefa de definir o regime jurídico aplicável à contratação. Dessa forma, fosse a intenção do legislador definir regime específico a determinado contrato, deveria ter expressamente excluído aplicação do regime de prerrogativas, e não autorizado, ainda que sob a ressalva do termo “no que couber”.

Portanto, é possível concluir que a dicotomia contratual produzida pelo Conselho de Estado francês, e endossada pela doutrina, não se reproduziu na Lei nº 8.666/1993.

<sup>312</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 218.

<sup>313</sup> BRASIL, 1993.

<sup>314</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 228.

<sup>315</sup> Art. 54 - Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (BRASIL, 1993.).

#### 4.2.1.3 Críticas à classificação dos contratos administrativos segundo o Direito Privado

É importante tecer algumas considerações acerca do estudo referente ao desenvolvimento do Direito Administrativo na França e sua incorporação no sistema jurídico brasileiro.

Conforme demonstrado, a teoria do *contrat administratif* desenvolveu-se em virtude da necessidade de se fixar a competência jurisdicional. Embora esse modelo tenha sido incorporado no Brasil, não se reproduziu a característica primordial do sistema francês: a dualidade de jurisdição.

É importante advertir que a incorporação de institutos estrangeiros no ordenamento pátrio não pode ser feita sem se atentar para os pressupostos que o justificaram em seu ordenamento de origem. No caso em análise, tem-se que, no momento pós-Revolução francesa, o contrato era instrumento privado e regido pelo Direito Civil. O processo de autonomização do contrato administrativo em relação ao privado iniciou-se no momento que o poder público passou a imprimir suas formas de atuação marcadas pela imperatividade e autoexecutoriedade no cumprimento dos contratos.

Ocorre que o uso dessas prerrogativas remonta à construção histórica analisada no capítulo dois, que vem desde o Estado absolutista e perpassa pela Revolução Francesa e pelos conceitos de soberania atrelados às teorias de legitimação do poder estatal (vontade geral, *puissance publique* e serviços públicos). Portanto, não se pode olvidar que, na França, todo esse percurso histórico influenciou na construção do regime jurídico da Administração Pública em contraposição ao privado.

Contudo, essa relação de contraposição passou a ser menos importante à medida que o regime jurídico administrativo ganhou forma e se consolidou como Direito Administrativo. Operou-se, então, o que Maria João Estorninho<sup>316</sup> aponta como substituição do critério do regime exorbitante para o critério estatutário. Para sintetizar o raciocínio, cumpre transcrever o trecho em que a autora resume essa transição:

Na minha opinião, o critério estatutário e o critério do regime exorbitante são, enquanto critérios de qualificação do contrato administrativo, exatamente iguais. Ambos entendem que o critério do contrato administrativo é a própria sujeição ao regime jurídico do Direito Administrativo. Assim, quer num quer noutro dos critérios, o contrato é administrativo na medida em que estiver sujeito às normas do Direito Administrativo. Aquilo que muda quando se abandona o critério do regime

---

<sup>316</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 103.

exorbitante e se adota o critério estatutário, é a própria noção de Direito Administrativo de que se parte e não o critério do contrato administrativo em si mesmo.

O que a autora chama de critério estatutário é a qualificação dos contratos administrativos por regras próprias do Direito Administrativo. Essa qualificação decorre da dificuldade de se extrair um regime a partir de uma natureza peculiar e exorbitante ao Direito Privado, pois “as instituições de Direito Administrativo não são necessariamente opostas em termos radicais às do Direito Civil.”<sup>317</sup>

A mesma crítica serve para o ordenamento brasileiro. Assim, reconhecer que a Administração atua para satisfazer o interesse público e por isso é regida por regime jurídico próprio não significa que seus fundamentos precisam ser extraídos em contraposição ao Direito privado. Não há sentido em manter a classificação com base em uma dicotomia que já foi superada. Ou seja, se em sua gênese o Direito Administrativo precisou ser explicado a partir do Direito Privado, hoje não há mais sentido, seja porque seu regime já está consolidado, seja porque, no Brasil, ele já está previsto na ordem constitucional.

Desse modo, o Direito Administrativo deve ser estudado segundo seu regime próprio, sendo de menor importância que suas regras se assemelhem ou se distingam do Direito Privado.

Ademais, há, em razão de imposição constitucional, princípios e regras jurídicas específicas que orientam a atuação da Administração, razão pela qual não é possível conceber tratamento absolutamente distinto dos modelos contratuais com o escopo de classificar seu regime como de Direito Privado ou de Direito Público. Assim, o desempenho da função administrativa, que é o objeto do Direito Administrativo, estará sempre pautado pelos princípios informadores do seu regime, dentre os quais é importante citar: supremacia e indisponibilidade do interesse público, legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade.

Por fim, com base nessas ponderações, conclui-se também que a terminologia adotada, cláusula exorbitante, não é a mais adequada, pois a Lei nº 8.666/1993 já anunciou que a Administração Pública contrata mediante regime próprio. Sendo assim, as prerrogativas de que o poder público dispõe não deveriam ser analisadas em comparação ao Direito Civil, mas com referência ao seu próprio regime contratual.

Nessa toada, a própria expressão “cláusula” é inadequada, pois é extraída do Direito Privado e indica que pode ou não estar inserida no contrato por vontade das partes.<sup>318</sup> Não é o que ocorre, entretanto, porque sua aplicação decorre de disposição expressa de lei e não da

---

<sup>317</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 104.

<sup>318</sup> ESTORNINHO, 2003, p. 95.

escolha dos contratantes de a ela se submeter. Desse modo, não há que se falar em cláusulas, mas em regras que constituem parte da vinculação jurídico-pública do regime administrativo.<sup>319</sup>

Não é por outra razão que Marçal Justen Filho rechaça o termo cláusulas exorbitantes. Ele adverte que o regime contratual administrativo está submetido ao Estado Democrático de Direito, sendo que as competências conferidas ao poder público são aquelas necessárias ao desempenho de sua atividade para satisfação do bem comum. Assim, o autor não admite haver faculdade da Administração de inovar na ordem jurídica, porque o administrador deve agir nos termos da legislação para o exercício de suas competências funcionais.<sup>320</sup>

Não se trata, portanto, de subordinação entre contratante e contratado, já que o regime jurídico administrativo é tutelado pelo Direito o qual a Administração também está obrigada a observar pelas vinculações jurídico-públicas.<sup>321</sup>

Dentre as prerrogativas que a Administração detém, está o poder de impor sanções. Embora a possibilidade de se aplicar tais medidas também exista nos contratos privados, a declaração de inidoneidade, sanção que será objeto de análise comparada com o sistema norte-americano, não encontra paralelo no Direito Civil.

A aludida penalidade demonstra típico exercício do poder repressivo estatal, pois impõe ao jurisdicionado restrição de direito que transcende à relação contratual, o que torna necessário analisar o regime principiológico ao qual a aplicação da sanção está submetida. O regime principiológico do Direito Administrativo sancionador será examinado no capítulo seis. Antes, porém, para dar coesão a esta análise comparada, será analisado o tratamento do contrato público nos Estados Unidos.

---

<sup>319</sup> RESENDE, Mariana Bueno. A insuficiência das cláusulas exorbitantes como critério de distinção dos contratos da Administração: estudo dos contratos de locação de imóveis urbanos. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, mar./ago., 2015.

<sup>320</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 842-843.

<sup>321</sup> ARÊDES, Sirlene Nunes. Tipicidade e discricionariedade na aplicação de penalidades contratuais. *In*: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves, ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS Frederico Nunes de (coord.) **Contratos administrativos**: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 299

## 5 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

Vimos, nos capítulos anteriores, que o sistema norte-americano não se ocupou, inicialmente, de elaborar um regime jurídico específico para disciplinar a função administrativa, porém, à medida que o poder público avançava na regulamentação da atividade econômica, esse ramo do Direito começou a se desenvolver.

Ocorre que, para além da influência do Estado Liberal, as bases do sistema de *common law* também serviram para a retardar o desenvolvimento do Direito Administrativo nos EUA. Isso porque o “Direito dos Comuns” promove a ideia de que o Estado e o cidadão estão submetidos ao mesmo Direito. Tal concepção decorre do fato de que os ingleses e os norte-americanos repudiaram a dualidade de jurisdições francesa porque entenderam que ela subtraía o Estado do controle judicial. Assim, considerando que o *droit administratif* é produto dessa dualidade jurisdicional, o Direito anglo-americano de *common law* rejeitou, de certa forma, a ideia de ter um regime jurídico específico para a Administração.<sup>322</sup>

Assim, dois fatores contribuíram para certa resistência ao reconhecimento do Direito Administrativo nos EUA (i) o modelo de Estado Liberal (ii) o repúdio ao *droit administratif*.

A partir disso, todo exercício teórico realizado pelo Conselho de Estado francês no afã de encontrar o elemento central que fosse capaz de conferir a autonomia ao Direito Administrativo não se reproduziu no sistema do *common law*.<sup>323</sup> Aliás, para os operadores do sistema anglo-americano, a separação das jurisdições soa como ideia estarecedora. Submeter a atuação da Administração Pública à mesma instituição de controle do Direito Privado, no caso o poder judiciário, e sob os mesmos princípios de justiça, foi por muito tempo considerado a maior virtude do sistema de *common law*.<sup>324</sup> Essa concepção está bem representada pela passagem de Dicey:

<sup>322</sup> SCHWARTZ, Bernard, 1952.

<sup>323</sup> Nesse contexto é interessante transcrever as palavras de Joshua Schwarz “*To be sure, in some national European and other civil law procurement law systems, rules of law concerning public contract performance that plainly are recognizable as “exceptionalist” have been established with respect to an ill-defined subset of public contracts denominated as “administrative contracts.*” Em alguns sistemas de direito continental as regras referentes ao desempenho dos contratos públicos que são reconhecidas como exorbitantes foram estabelecidas por meio de um subconjunto mal definido dos contratos públicos denominado contrato administrativo. (SCHWARTZ, Joshua I. *The centrality of military procurement: explaining the exceptionalist character of United States federal public procurement law*. [s. n.: s. l], Washington D.C, GWU Law School Public Law Research Paper, n. 111, 2004. p. 7. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=607186>. Acesso em: 03 ago. 2018.)

<sup>324</sup> SCHWARTZ, Bernard, 1952, p. 442.

A lei da constituição, as regras que em países estrangeiros naturalmente fazem parte de um código constitucional, não são a fonte, mas as consequências dos direitos dos indivíduos definidos e impostos pelos tribunais judiciários. [...] Em resumo, em razão da submissão ao poder judiciário, os princípios do direito privado tiveram sua aplicação estendida para determinar a atuação da coroa e de seus servidores.<sup>325</sup>

Nada obstante o argumento de que o *droit administratif*<sup>326</sup> era incompatível com o ordenamento jurídico norte-americano, ele não impediu o surgimento do Direito Administrativo nos Estados Unidos, mas esse processo deve ser estudado em atenção ao contexto histórico e político norte-americano.<sup>327</sup>

Dito isso, cumpre lembrar que a manutenção do Conselho de Estado no cenário pós-revolução francesa decorreu de uma desconfiança da atuação do poder judiciário para julgar a Administração. Nos EUA, a situação foi distinta, tanto porque o movimento revolucionário norte-americano procurou limitar o Poder Executivo,<sup>328</sup> quanto pelo fato de que, no sistema de *common law*, o controle da Administração é predominantemente exercido pelo judiciário.<sup>329</sup>

Nos Estados Unidos, o desenvolvimento do Direito Administrativo foi impulsionado, a partir do final do século XX, com a instituição das agências reguladoras. Elas foram criadas diante de um cenário de crise para fiscalizar, normatizar e até executar atividades que estavam submetidas à seara privada.<sup>330</sup>

É por essa razão que o Direito Administrativo norte-americano é identificado como Direito das agências.<sup>331</sup> A criação desse modelo se deu em decorrência da insatisfação com os serviços prestados pelo mercado, da alteração nas complexidades sociais e da ausência de regulamentação das atividades econômicas pautada por políticas liberais<sup>332</sup> que pregava a separação entre as esferas público e privada e rejeitava a intervenção estatal na economia.<sup>333</sup>

<sup>325</sup> DICEY, *Law in the Constitution*, xlvii (8th ed. 1915) at 203 *apud* SCHWARTZ, Bernard. 1952, p. 443.

<sup>326</sup> Para facilitar a diferenciação, o termo *droit administratif* será utilizado tratar do Direito Administrativo francês nos capítulos destinados ao desenvolvimento do Direito Administrativo norte-americano.

<sup>327</sup> SCHWARTZ, Bernard, 1952, p 435.

<sup>328</sup> Ao comparar os poderes do presidente dos Estados Unidos com os poderes do rei da França, Tocqueville avalia que o poder executivo dos EUA recebeu menos atribuições, tendo sido mais moderado e controlado pelos demais poderes. (TOCQUEVILLE, 2014, p. 139-141.).

<sup>329</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 22, jun./jul./ago. 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-RAFAELOLIVEIRA.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2018.

<sup>330</sup> EDWARD, Harriman. *The development of administrative law in the United States*. **Yale Law Journal**. [S. l.], v. 25, 1916. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol25/iss8/3>. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>331</sup> Poder-se-ia concluir que o Direito Administrativo estadunidense é o ramo do direito que se refere às agências administrativas: sua criação, incumbências, funcionamento e poderes. (CUÉLLAR, 2002, p. 155.).

<sup>332</sup> OLIVEIRA, 2010, p. 4.

<sup>333</sup> CUÉLLAR, 2002, p. 160.

A esse respeito, destaca-se que a organização administrativa federal norte-americana foi bastante curiosa, à medida que primeiro o Congresso criou as agências e apenas em um segundo momento foi esclarecida a submissão desses corpos administrativos à autoridade do Poder Executivo.<sup>334</sup>

## 5.1 O papel das agências reguladoras no desenvolvimento do Direito Administrativo norte-americano

No primeiro período de organização das agências, suas atividades eram pautadas nas diretivas legislativas, uma vez que cabia ao Congresso disciplinar a sua forma de atuação, o procedimento decisório e autorizar a imposição de sanção. Toda atividade desempenhada estava, em tese, submetida ao crivo do poder judiciário.<sup>335</sup>

Ocorre que as agências foram instituídas como entidades que executavam atribuições delegadas pelo Congresso por meio de lei, sem que estivessem submetidas ao comando do Poder Executivo.<sup>336</sup> Isso porque a Constituição norte-americana não atribuiu competências administrativas expressas para que o Poder Executivo pudesse exercer tais funções.

Destaca-se que a Constituição dos EUA é sucinta, e, no momento de sua promulgação, o processo de centralização do Poder Executivo sofria resistência dos Estados.<sup>337</sup> Assim, as competências do presidente se circunscriviam a comandar o exército, exercer funções diplomáticas e nomear os ministros da Suprema Corte, enquanto o Congresso norte-americano detinha a maior parcela de poder.<sup>338</sup> Por essa razão, o Congresso foi o responsável pela criação das agências. Naquele contexto, uma intervenção na esfera privada só poderia vir do braço mais forte do governo, que era o Poder Legislativo.

Inicialmente, construiu-se um corpo funcional que não estava profissionalmente capacitado, o que resultou no crescimento de litígios entre oficiais e cidadãos. Essas demandas, no entanto, eram submetidas a julgamentos internos. Foi quando se percebeu que a atuação dos corpos administrativos produzia mais “Direito” do que os juízes. Isso porque, no sistema de

---

<sup>334</sup> DIMOCK, Marshall E. *The development of american administrative law. Journal of Comparative Legislation & International Law. Cambridge University Press*, v. 15, n. 1, p.35-46, 1933. Disponível em: [www.jstor.org/stable/753483](http://www.jstor.org/stable/753483). Acesso em: 17 ago. 2018.

<sup>335</sup> Período de 1887 a 1930. (CUÉLLAR. 2002, p. 160).

<sup>336</sup> DIMOCK, 1933, p. 39.

<sup>337</sup> DAVIDSON, 2017.

<sup>338</sup> ESTADOS UNIDOS, 1798.

*common law*, a criação do Direito se dá com base na formulação de precedentes judiciais,<sup>339</sup> contudo, apenas uma pequena parte das decisões administrativas acabava judicializada. Desse modo, o aumento da imposição de deveres, de atribuições e do reconhecimento de direitos pela atuação dos oficiais de governo levou ao crescimento dos “poderes administrativos”.<sup>340</sup>

Até meados do século XX, as agências experimentaram acentuada independência dos três poderes. No desempenho da sua função, elas exerciam poderes quase-legislativo (poder regulamentar) e quase-judicial (julgamento administrativo).<sup>341</sup> Essa liberdade dos corpos administrativos gerou preocupação referente à ausência de um controle de fato sobre as atividades desempenhadas, aumentando o receio tanto de abuso de poder por parte do Estado, quanto de sua captura pelos agentes econômicos que eram os destinatários da regulação.<sup>342</sup> Paulatinamente, então, reconheceu-se que o exercício dos poderes administrativos deveria estar submetido ao Poder Executivo e foi então que ele ganhou força.

Esse aspecto é importante, porque, conforme já destacado nos capítulos anteriores, a Constituição norte-americana se ocupou da distribuição de poder, sendo que o Poder Judiciário havia sido bastante atuante em conter o exercício do Poder Executivo. Entretanto, a Suprema Corte se mostrou mais permissiva ao analisar o exercício do poder regulamentar, compreendido como quase-legislativo, bem como do poder quase-judiciário das cortes administrativas. Assim, a ampliação do Poder Executivo decorreu de uma solução pragmática em busca de maior controle e eficiência no desempenho da função administrativa.<sup>343</sup> Esse giro interpretativo foi importante para a construção do Direito Administrativo norte-americano, porque decorreu de uma interpretação mais “liberal” do princípio da separação dos poderes.

Posteriormente, em 1946, foi editado o *Federal Administrative Procedure Act*, atualmente inserido no Título 5 do *U.S. Code*,<sup>344</sup> que estabeleceu o procedimento padrão para a atuação das agências. A referida lei estipulou o procedimento decisório, determinou a publicidade dos atos e reafirmou o controle judicial sobre as decisões proferidas.

Vê-se, portanto que foi a partir da instituição das agências, à medida que a Administração Pública expandiu seu leque de atuação, que o Direito Administrativo pode se desenvolver.<sup>345</sup>

---

<sup>339</sup> OLIVEIRA, 2010, p. 2.

<sup>340</sup> DIMOCK, 1933, p. 39.

<sup>341</sup> CUÉLLAR, 2002, p.160.

<sup>342</sup> OLIVEIRA, 2010, p. 5.

<sup>343</sup> DIMOCK, 1933, p. 40.

<sup>344</sup> ESTADOS UNIDOS. *United States Code – 5 US Code*. The Government Organization and Employees. Washington, D.C. Disponível em: <https://uscode.house.gov>. Acesso: 08 abr. 2019.

<sup>345</sup> DIMOCK, 1933.

A seu turno, o campo de atuação das agências foi se ampliando ao longo dos anos, pois passaram a ser responsáveis por regular os diversos tipos de atividade econômica, como setor agrícola, bancário, transportes, agências de regulação de exercício profissional e social, abarcando inclusive áreas como imigração, fiscalização de receita e seguridade social.<sup>346</sup>

Assim, à medida que os operadores do Direito tiveram contato com a atuação das agências reguladoras, o preconceito contra o Direito Administrativo inicialmente absorvido pelos norte-americanos e fomentado pelas lições de Dicey começou a ser superado.

## 5.2 O modelo norte-americano de contratação – aspectos históricos

Diante dos aspectos que permearam a formação de cada sistema jurídico em estudo, é possível afirmar que a divisão entre Direito Público e Direito Privado é quase intuitiva aos operadores do Direito de base romano-germânica.<sup>347</sup> Isso porque, nesse sistema jurídico, o Estado desempenha papel crucial na vida dos cidadãos, enquanto no sistema norte-americano, de origem liberal, a presença do Estado, incluindo as interferências nas searas econômica e social, é enxergada com maior restrição.

Também por essa razão o *contrat administratif*, incorporado ao Direito brasileiro, não encontra paralelo no Direito norte-americano, pois o contrato utilizado, nos EUA, para a relação estabelecida entre Estado e particular não passou pelo mesmo processo de segmentação.

Assim, enquanto no sistema francês, o Conselho de Estado se esforçava em construir a teoria substantivadora do contrato administrativo, pelas razões históricas já demonstradas, o sistema norte-americano pautou-se pela igualdade (congruência) nas relações contratuais. É o que se observa da conceituação adotado na obra de Francis Donnelly<sup>348</sup> intitulada *A treatise on the Law of Public Contract*:

Um contrato é um acordo para fazer ou não fazer uma coisa em particular ou, mais plenamente declarado, consiste em acordo ou ajuste voluntariamente considerado com base no bom discernimento, entre duas ou mais pessoas capazes de se contrair para fazer ou deixar de fazer algum ato lícito. E um contrato público é medido e governado pelas mesmas leis que controlam pessoas singulares em questões contratuais, seja a

<sup>346</sup> DIMOCK, 1933.

<sup>347</sup> ALMEIDA, Fernando, 2012, p. 104.

<sup>348</sup> DONNELLT, James Francis. *A Treatise on the Law of Public Contract*. Boston: Little, Brown & Co, 1922, p. 135.

<https://books.google.com.br/books?id=nMjUwwEACAAJ&dq=A+Treatise+on+the+Law+of+Public+Contract+&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewjYwvqa-drjAhX-K7kGHXV8BioQ6AEIKDAA>. Acesso em: 18 out. 2018.

nação, Estado, cidade ou aldeia. Se até os Estados Unidos, ou os Estados, se afastarem sua posição de soberania e entrar no domínio do comércio, eles se submetem às mesmas leis que governam os indivíduos lá. Os governos são obrigados a observar a mesma regra de conduta em suas relações contratuais com seus cidadãos, pois exigem que os cidadãos observem uns com os outros. Consequentemente, eles se tornam vinculados por seus contratos da mesma forma que os indivíduos.

Essa definição inicial apresentada em 1922 é justamente antagônica à matriz francesa, pois defende que, ao celebrar contrato, os entes federados se despem de sua soberania, ou seja, de seus poderes. É por essa razão que, ao contratar o Poder Público, os Estados Unidos devem se submeter às mesmas obrigações e responsabilidades atinentes às contratações privadas.

Entretanto, o estudo comparado entre os sistemas brasileiro e norte-americano revela que a unidade contratual estadunidense historicamente concebida não é verdadeira.

Diante disso, alguns pontos precisam ser fixados.

O primeiro deles é o de que o Direito Administrativo norte-americano não se desenvolveu com base na diferenciação entre contratos de natureza pública e privada, tampouco se ocupou de delinear um regime exorbitante. O caminho seguido foi distinto à medida que tratou de demarcar as regras de atuação das agências.

O segundo ponto é que essas agências são responsáveis pela atividade contratual do governo e se ocupam de temas que, no Brasil, são expressamente considerados de interesse público, mas a definição de interesse público não foi o centro do debate norte-americano. Conforme já trabalhado, o surgimento dessas entidades ocorreu por uma resposta pragmática diante dos problemas políticos e sociais detectados.

Observa-se assim que o *droit administratif* resulta de um processo de justificação e imposição de limites ao uso de poder, já o Direito Administrativo norte-americano resulta do processo de formação das agências que marcam a intervenção do Estado na esfera privada.

Todas essas peculiaridades, portanto, interferem decisivamente na compreensão do Direito Administrativo norte-americano.

Antes é preciso desmistificar a ideia defendida pela doutrina de que quando os Estados Unidos entram em uma relação contratual, seus direitos e deveres são regidos pela legislação aplicável aos particulares. Essa insistência decorre muito mais de uma necessidade de se afirmar contrariamente ao sistema francês do que propriamente de uma análise do sistema de contratações dos EUA.

Na verdade, o estudo do histórico de contratações norte-americanas demonstra que os contratos do governo foram pouco a pouco revelando características distintas dos contratos privados, motivo pelo qual não é possível afirmar que os contratos públicos possuem o mesmo regime dos contratos privados.

Sobre esse tema, dois estudos de Direito comparado entre o sistema norte-americano e o francês merecem destaque, uma vez que demonstram que, há muito tempo, o tratamento conferido ao contrato de governo é distinto do privado, o que vai na contracorrente da doutrina liberal e majoritária dos Estados Unidos.

O texto “*French and anglo-american conception of administrative law*”, de autoria do Bernard Schwartz,<sup>349</sup> explica que os operadores do sistema anglo-americano não compreenderam exatamente a teoria francesa e, na verdade, ela foi estudada com certo preconceito.

Para os norte-americanos, o *droit administratif* não seria conciliável com o sistema de *common law* (Direito dos Comuns) em virtude da diferença do sistema jurisdicional. Isso porque o sistema teria como marca a unidade de jurisdição, sob a qual se submetem Estado e cidadão, e a atuação do poder judiciário na produção do Direito.

A seu turno, o *droit administratif* foi produto da atuação do Conselho de Estado, que por sua vez era órgão integrante da própria Administração. Ou seja, na França, cabia à Administração produzir o próprio Direito a que estava submetida. Por essa razão, os operadores do sistema norte-americano interpretaram que *droit administratif* se desenvolveu alheio a um sistema de controle efetivo e, por isso, seria incompatível com o Estado de Direito.<sup>350</sup>

Bernard Schwartz critica essa má-compreensão, pois a separação de jurisdições não resultou em um sistema de menos garantias para o cidadão.<sup>351</sup> Ademais, a ausência de jurisdição administrativa nos EUA não significa que inexistia ramo próprio do Direito voltado a estudar as relações entre Estado e particular. Assim, os anglo-americanos confundiram o objeto do Direito Administrativo com o processo de criação.

O sistema de *common law* não é incompatível com o Direito Administrativo. Tanto é verdade que os contratos celebrados pela Administração Pública norte-americana possuem suas peculiaridades que o diferenciam, em alguma medida, dos contratos privados. Dessa forma, a produção legislativa não acompanhou a teoria de unidade material do Direito Comum justamente porque os pressupostos das contratações públicas não eram semelhantes aos pressupostos dos particulares.<sup>352</sup>

---

<sup>349</sup> SCHWARTZ, Bernard, 1952.

<sup>350</sup> SCHWARTZ, Bernard, 1952.

<sup>351</sup> SCHWARTZ, Bernard, 1952.

<sup>352</sup> MEWETT, Alan. *The theory of government contracts*. [s. n.], University of Saskatchewan. Canada. Toronto. 1958. v. 5, p. 234. Disponível em: <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/8692991-mewett.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

Mewett toma como exemplo o princípio da renegociação, que foi característica marcante na legislação dos contratos celebrados pela Administração. Não obstante todas as regras de publicidade ao qual esses contratos estavam submetidos, havia dificuldade de se fiscalizar os lucros dos contratados, especialmente em tempos de guerra.

Assim, durante a Segunda Guerra Mundial, em 1942, foi conferido a algumas agências o poder de inspecionar os livros contábeis das entidades contratadas, inclusive para ajustar o preço do contrato. Após menos de uma década, foi promulgado o *Renegotiation Act* em 1951. Essa lei criou a agência de renegociação, *Renegotiation Board*, cuja função era supervisionar certos contratos do governo, em especial dos militares, para limitar os lucros excessivos e determinar o ressarcimento do montante obtido em excesso.<sup>353</sup>

Na sua essência, a cláusula consistia na moderação do lucro do contratado pelo governo dos Estados Unidos. A renegociação ocorria de maneira consensual, mas a agência poderia aplicar a alteração de forma unilateral, o que poderia ser contestado pelo contratado perante a *Tax Court*.<sup>354,355</sup> Nesse esteio, a submissão do contrato à fiscalização da agência era de observação cogente e não poderia ser recusada pelo particular.

O exercício dessa prerrogativa foi possível, porque o compromisso de não obter lucros excessivos constava dentre as cláusulas estabelecidas nos contratos com o governo. Ainda assim, não se pode negar que há grande diferença entre se comprometer a não obter lucros excessivos e permitir a fiscalização de livros contábeis e a intervenção na execução contratual, algo que seria inadmissível nos contratos privados.

Evidentemente a cláusula de renegociação soaria estranha ao Direito Privado, uma vez que submete o interesse de uma das partes ao arbítrio da outra. Essa característica faz repensar a unidade contratual defendida por Dicey.<sup>356</sup>

<sup>353</sup> MEWETT, 1958.

<sup>354</sup> "The renegotiation clause becomes a term which gives one of the parties the right to remake the contract without the consent of the other, and places the contractor in an extremely subordinate position. If such a clause could be considered as rendering a private promise merely illusory, it is unlikely that the courts would uphold a contract of this nature entered into between private persons." (...) "There is a valid submission by the contractor to the unilateral decisions of the administration. There is unquestionably an element present which differentiates such an agreement from the common-law contract." A cláusula de renegociação dá a uma das partes o direito de refazer o contrato sem o consentimento da outra e coloca o contratante em uma posição extremamente subordinada. Se tal cláusula fosse aplicada em uma promessa privada seria improvável que os tribunais a mantivessem em um contrato desta natureza celebrado entre pessoas privadas. (...) [Na cláusula de renegociação] Existe uma submissão válida pelo contratado para as decisões unilaterais da administração. Há inquestionavelmente um elemento presente que diferencia tal acordo do contrato de direito comum. (MEWETT, 1958, p. 235, tradução nossa.).

<sup>355</sup> WALKER, Lowry. *The renegotiation act: a study in government litigation tactics*, *California Law Review*, [s. l.], ano 37, n. 382, 1949. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol37/iss3/2>> Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>356</sup> DICEY, *Law in the Constitution*, xlvii (8th ed. 1915) at 203 *apud* SCHWARTZ, Bernard. 1952, p. 443.

Outra peculiaridade que chama atenção refere-se à cláusula que submete a resolução das disputas oriundas da execução contratual ao agente público oficial da contratação, o que revela o exercício de poderes quase-judiciários por entidades administrativas.<sup>357</sup> Isso porque o contratado que se mostrasse insatisfeito com a decisão administrativa deveria recorrer ao Poder Judiciário para revisar a decisão. Contudo, Mewett aponta que frequentemente o Judiciário mantinha a decisão administrativa, ao argumento de que ela apenas poderia ser revista caso fosse constatada atuação arbitrária do oficial do governo, e esse vício deveria ser demonstrado pelo contratado.<sup>358</sup>

A análise comparada empreendida por Bernard Schwartz e Alan Mewett demonstra que, não obstante a doutrina norte americana muito defenda a unidade contratual supostamente proporcionada pela *common law*, na prática os contratos públicos apresentavam, desde o início do século XX, determinadas características indicativas de um regime distinto daquele aplicado aos contratos privados. Aliás, nem mesmo o suposto controle do Poder Judiciário foi verificado de forma a proporcionar proteção ao cidadão.

### **5.3 O excepcionalismo e a influência das contratações militares no sistema de contratações públicas**

A influência que a formação sócio-política exerceu na formulação do Direito Administrativo norte-americano não o conduziu para o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Assim, o tratamento dos contratos públicos não caminhou para a dicotomia contratual de matriz francesa. Há, contudo, peculiaridades no sistema federal de contratações públicas que permitem diferenciar os contratos privados dos contratos públicos.

Nos Estados Unidos, as questões militares são interpretadas sobre pressupostos característicos. Inclusive, os assuntos relacionados à defesa de Estado recebem maior apreço por parte da população e, conforme já demonstrado, a formação cultural de um povo reflete tanto na interpretação do Direito, quanto nas demandas do cidadão frente às funções do Estado.<sup>359</sup>

---

<sup>357</sup> MEWTT, 1958, p. 236.

<sup>358</sup> MEWTT, 1958, p. 237.

<sup>359</sup> GIACOMUZZI, 2011.

Não é por outra razão que o desenvolvimento da lei de contratações públicas norte-americana está intimamente relacionado ao contexto militar, cuja preocupação em estabelecer um procedimento adequado remonta à Guerra de Independência norte-americana.<sup>360</sup>

Na Guerra de Independência, as Treze Colônias enfrentaram enorme dificuldade em prover o abastecimento das tropas separatistas. À época,<sup>361</sup> o Congresso detinha a função de coordenar, mas não de comandar os estados e tampouco detinha o poder de instituir tributos. Dessa forma, a obtenção de recursos para financiamento da guerra dependia de repasse das colônias. Nesse momento, o Congresso tentou organizar um sistema centralizado de aquisições, mas a tentativa fracassou devido à falta de recursos e dificuldade de fiscalizar a qualidade dos suprimentos fornecidos.<sup>362</sup>

Já na Guerra de Secessão, a União lutou contra os Confederados, formados pelos estados do sul que pretendiam a separação. Naquele momento, os estados do norte possuíam complexo industrial militar mais avançado que o dos estados do sul, pois durante a Guerra de Independência optaram por produzir suas armas, enquanto o sul, cuja economia era agrícola, optou por adquirir armamento de outros países.<sup>363</sup>

Em razão da experiência com a Guerra de Independência, os problemas decorrentes de aquisição de suprimentos em tempos de guerra já eram conhecidos, dentre os quais: o aumento significativo do preço pela demanda, a baixa qualidade dos produtos fornecidos, a dificuldade de fiscalização e o favorecimento pessoal no processo de compras. Por essa razão já havia a preocupação em selecionar os contratantes responsáveis e impedir que os oficiais do governo se beneficiassem direta ou indiretamente das compras, bem como em estimular a denúncia e a punição daqueles que tentassem burlar as regras contratuais.<sup>364</sup>

Disso resultou a promulgação de atos normativos que visavam disciplinar o procedimento das contratações públicas.<sup>365</sup> No ano de 1808, foi editado o *Officials Not to Benefit*,<sup>366</sup> que proibia os membros do Congresso e os agentes de contratação de celebrarem

---

<sup>360</sup> YUKINS, Christopher R., *The U.S. federal procurement system: an introduction*. [s.l.: s. n.], Washington D.C , *GWU Law School Public Law and Legal Theory Paper*. n. 75; p. 69-93, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3063559>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>361</sup> A Guerra de Independência eclodiu em razão da falta de representação da colônia no parlamento da metrópole. Nesse momento anterior à independência já havia parlamento nos Estados Unidos, mas sua atuação e prerrogativas eram muito limitadas, situação que se alterou com a promulgação da Constituição. (DAVIDSON, 2017).

<sup>362</sup> KEENEY, 2007, p. 9-12.

<sup>363</sup> KEENEY, 2007.

<sup>364</sup> KEENEY, 2007.

<sup>365</sup> KEENEY, 2007.

<sup>366</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR Subparte 52.212-4* (r).

contratos com o governo dos Estados Unidos;<sup>367</sup> em 1809, foi promulgado o *Act of March 3*, que disciplinava sobre a publicidade e atuação do oficial de contratação para maior controle do processo; em 1825, o *General Regulation Army* especificou regras para a contratação pública, regra que, em 1860, foi estendida para todas as agências; em 1863, o *False Claims Act* foi editado para estimular o ressarcimento decorrente de fraudes contra o governo. O ato foi incorporado ao *United States Code (US Code)*<sup>368</sup> e constitui importante instrumento de combate a fraudes fiscais.

Dessa forma, vê-se que, também no sistema de contratação pública federal norte-americano, o Estado possui prerrogativas distintas dos particulares. Tais prerrogativas demonstram a quebra da congruência (igualdade contratual), pois revelam que a exorbitância também está presente no sistema contratual norte-americano. No entanto, essa exorbitância deve ser compreendida dentro do contexto estudado e não como uma importação de instituto do *droit administratif*. A esse respeito, é importante transcrever a explicação formulada por Joshua Schwartz<sup>369</sup>

O *excepcionalismo*, como eu defini inicialmente, refere-se à ideia segundo a qual “por causa de seu estatuto soberano, funções únicas e responsabilidades especiais, o governo dos Estados Unidos como uma parte contratante não está sujeito a todas as obrigações legais e responsabilidades impostas aos contratantes privados. A norma oposta de “congruência” encarna “a tendência de interpretar as obrigações e passivos do governo dos Estados Unidos seus contratos em conformidade com os contratos privados celebrados entre pessoas de direito privados.” Em suma, este espectro mede o grau em que os aspectos da lei federal dos contratos públicos divergem das regras de direito contratual que regem questões comparáveis em âmbito privado, com o escopo de verificar em que medida favorecem o governo dos Estados Unidos.<sup>370</sup>

A conceituação apresentada assemelha-se às cláusulas exorbitantes presentes no *contrat administratif*, uma vez que se referem a prerrogativas detidas pela Administração Pública em razão de peculiaridades inerentes ao desempenho da função administrativa, e que, por isso, não se reproduzem nos contratos privados.

Ocorre que, conforme demonstrado nos tópicos anteriores, o sistema norte-americano não desenvolveu o conceito de interesse público. Por essa razão ao se admitir o

<sup>367</sup> ESTADOS UNIDOS, 18 *US Code, Crimes and Criminal Procudre*, § 431.

<sup>368</sup> ESTADOS UNIDOS, 31 *US Code, Money and Finance*, § 3729. Essa norma é importante para combate a fraudes e estímulo da fiscalização pela sociedade, pois as denúncias são feitas por cidadãos que recebem uma porcentagem que fica entre 15% e 25% do que o governo recupera.

<sup>369</sup> SCHWARTZ, Joshua, 2004.

<sup>370</sup> “‘Exceptionalism’, as I initially defined it, is the idea that “because of its sovereign status, unique functions, and special responsibilities, the United States Government as a contracting party is not subject to all of the legal obligations and liabilities of private contracting parties.’ The opposing norm of ‘congruence’ embodies ‘the tendency to construe the obligations and liabilities of the United States Government under its contracts to conform to those of private parties under purely private agreements.’” (SCHWARTZ, Joshua, 2004, p. 2, tradução nossa.).

*excepcionalismo*, a doutrina apresenta como fundamento o conceito de soberania. Para tanto, argumenta-se que é exatamente pelo seu *status* soberano que o poder público pode quebrar as regras da congruência às quais os contratos em geral estariam submetidos.

Desse modo, embora no Direito norte-americano rejeite-se a dicotomia contratual francesa, reconhece-se que os contratos do poder público apresentam peculiaridades distintas dos contratos celebrados entre particulares, que traduzem prerrogativas de autoridade. É possível, portanto, falar em contrato administrativo no Direito norte-americano sob o aspecto de contratos celebrados pelo Estado, porque sua presença imprime um regime distinto daquele havido nas relações exclusivamente privadas.

Desse modo, detecta-se a superação do dogma defendido no início do século XX de que, ao ingressar numa relação contratual, o Estado atua segundo os mesmos princípios do Direito Privado. Ora, ao celebrar contrato, o poder público o faz com finalidade diversa dos particulares, é precisamente por essa razão que o regime dos contratos públicos possui características excepcionais e, portanto, distintas do privado.

Joshua Schwartz explica que o *excepcionalismo* está presente tanto no momento de formação como na execução dos contratos públicos. Nesse sentido, o *excepcionalismo* reverso, ou positivo, manifesta-se no momento da formação, uma vez que impõe à Administração obrigações extras que não se reproduzem no âmbito privado, a exemplo do dever de promover a ampla competição entre os interessados na contratação, o que é materializado por meio do processo licitatório.<sup>371</sup> O *excepcionalismo* reverso, equivale, no sistema brasileiro, às vinculações jurídico-públicas inerentes ao processo de contratações públicas.

Lado outro, o *excepcionalismo* negativo, que se materializa no momento da execução contratual, refere-se à ausência ou à mitigação da responsabilidade do Estado em certas condutas que, se praticadas no âmbito privado, seriam interpretadas como quebra de contrato (da congruência). Dentre as prerrogativas está, por exemplo, o poder de alterar e rescindir os contratos.<sup>372</sup>

Esse *excepcionalismo* é traduzido por José Guilherme Giacomuzzi como exorbitância,<sup>373</sup> porque se refere ao exercício das prerrogativas de autoridade na esfera dos contratos administrativos a fim de proteger o interesse público. Assim, conclui-se que as prerrogativas de autoridade estão presentes nos contratos públicos de ambos os ordenamentos

---

<sup>371</sup> SCHWARTZ, Joshua, 2004, p. 5.

<sup>372</sup> SCHWARTZ, Joshua, 2004, p. 5.

<sup>373</sup> GIACOMUZZI, 2011.

comparados. A diferença reside, no entanto, nos contornos conferidos ao interesse público e nos mecanismos de proteção.<sup>374</sup>

Joshua Schwartz demonstra que o *excepcionalismo* foi introduzido no ordenamento norte-americano por meio das contratações militares.<sup>375</sup> Nesse sentido, ele explica que determinados fatores peculiares à seara militar propiciaram o surgimento dessa teoria. Ela se explica pelo fato de que a circunstância de guerra se insere em uma conjuntura excepcional que não se reproduz no cotidiano privado. Ademais, os equipamentos militares comumente buscam bens e serviços sujeitos a inovações tecnológicas sofisticadas e extraordinariamente rápidas que acarretam mudanças frequentes nas especificações.<sup>376</sup>

Essa peculiaridade inerente ao contexto militar acabou por demandar a análise de seus contratos sob uma ótica diversa, justificada pelos imperativos de segurança nacional. Por essa razão, a ideia central trabalhada no texto de Schwartz reside na influência das contratações militares sobre o sistema de contratação pública norte-americano.

O autor explica que o *excepcionalismo* se expandiu para todo o sistema de contratações públicas como um “Cavalo de Troia”, uma vez que tais prerrogativas acabaram sendo aplicadas às contratações que não possuem as mesmas características.<sup>377</sup>

Por fim, diante do contexto apresentado é possível perceber que os pressupostos que levaram à formação da lei de contratações públicas americana, *public procurement law*, são distintos da formação francesa e brasileira.

O modelo liberal de Estado mostrava-se refratário à intervenção do poder público na seara econômica e na regulação em sentido amplo, pois entendia que a normatização implicava em restrição indevida na vida privada. Ademais, o sistema norte-americano rejeitava a ideia de

---

<sup>374</sup> GIACOMUZZI, 2011.

<sup>375</sup> A ideia central do texto de Joshua Schwartz reside na influência das contratações militares sobre o sistema de contratações públicas. (SCHWARTZ, Joshua, 2004. p. 11.).

<sup>376</sup> SCHWARTZ, Joshua, 2004, p 5.

<sup>377</sup> *What this pattern most strongly suggests is that early in the political and legal history of the United States, and early in the development of the United States public procurement law regime, the compelling nature of the sovereign prerogatives of government was first and most thoroughly recognized in the context of disputes arising out of military procurement. Although this recognition has not carried over with undiminished force to the civilian context, military procurement has served, to a significant degree, as a Trojan horse, that opened the procurement law regime to exceptionalist doctrines that accommodate the special needs and responsibilities borne by the government, even when it enters into the procurement market place.* O que esse padrão sugere é que no início da história política e normativa dos EUA, e logo no início do desenvolvimento do regime de leis de contratações públicas dos EUA, a natureza convincente das prerrogativas soberanas do governo foi primeiro e mais amplamente reconhecida em o contexto dos litígios decorrentes da contratação militar. Ocorre que o *excepcionalismo* não foi estendido para as contratações públicas civil em atenção às suas características, a aquisição militar serviu, em um grau significativo, como um cavalo de Tróia, que abriu o regime de lei de aquisições a doutrinas *excepcionalistas* que acomodam as necessidades especiais e responsabilidades assumidas pelo governo, mesmo quando entra no mercado de compras. (SCHWARTZ, Joshua, 2004. p. 85, tradução nossa.).

dualidade de jurisdições e considerava que o Direito Administrativo francês encerrava um regime autoritário.

Nada obstante, o sistema sob análise vem sendo formatado desde o século XIX com base em uma legislação que inicialmente visava coibir o mau uso do dinheiro público. Com o passar dos anos, foram editados outros diplomas normativos que conferiram à Administração prerrogativas distintas daquelas havidas em contratos tipicamente privados. Assim, aos poucos, o sistema se distanciou da congruência inicialmente idealizada.

A partir da análise efetuada, é possível verificar que os sistemas de contratação pública comparados por este estudo desenvolveram-se sob concepções de Estado muito diferentes, mas ambos, em maior ou menor medida, reconheceram que o Estado comparece na relação contratual munido de prerrogativas distintas ou pouco usuais as contratações privadas.

A esse respeito merece destaque o tratamento conferido aos casos de inexecução contratual no Brasil e nos EUA. Nos Estados Unidos, a execução do contrato fora dos padrões estipulados pela Administração pode levar à rescisão do contrato por culpa do contratado porque o Estado não é obrigado a aceitar objeto que não esteja em estrita conformidade com o que foi contratado.<sup>378</sup>

No Brasil, por sua vez, além da rescisão contratual, a Lei nº 8.666/1993 prevê a aplicação das sanções descritas no art. 87, que inclui a declaração de inidoneidade. Veja-se que duas situações semelhantes são tratadas de maneira distinta entre os dois países, ainda que o propósito por detrás das medidas seja igual proteger o interesse público.

Dito isso, convém, desde já apontar que o *debarment*, instituto que esta dissertação analisa comparativamente com a declaração de inidoneidade, também traduz o exercício de poderes de autoridade e implica em restrição de direitos ao particular no âmbito contratual. Entretanto, é destituído de propósito punitivo porque não se volta à repreensão de condutas pretéritas, muito menos se aplica em razão de inexecução contratual. Seu propósito é mais amplo, pois se volta à proteção dos interesses do governo no futuro, a curto e médio prazo.

É por essa razão que cada sistema precisa ser compreendido dentro de sua própria conjuntura, sob pena de se efetuar uma análise superficial e descompromissada com a realidade.

Atualmente, o sistema atual de contratações federais, recorte deste trabalho, está disciplinado pelo *Federal Acquisition Act – FAR* –, de 1º de abril de 1984, que unificou as políticas e procedimentos referente ao sistema de aquisições federais destinados às agências

---

<sup>378</sup> GIACOMUZZI, 2011, p. 50.

executivas, ressalvadas as exceções expressas. As provisões contidas no *FAR*, entretanto, é reflexo de um longo e paulatino processo de maturação do processo de contratos públicos.

## 6 A ATIVIDADE SANCIONATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

A Lei 8.666/1993 estipulou regime jurídico próprio para as contratações públicas, tendo positivado o regime de prerrogativas da Administração que se verifica pela capacidade de alterar, dirigir, aplicar sanções e até mesmo extinguir unilateralmente o contrato.<sup>379</sup> Conforme já analisado, tais prerrogativas devem ser empregadas na justa medida para a persecução do interesse público e segundo os ditames do Estado Democrático de Direito.

Nos capítulos anteriores, investigou-se os pressupostos e o desenvolvimento dessas prerrogativas, bem como sua acomodação no ordenamento pátrio. No entanto, foge ao propósito deste trabalho esmiuçar cada uma delas e avaliar sua conformidade com a sistemática contratual. Assim, uma vez estabelecidos tais pressupostos, passa-se a análise da sanção, objeto do estudo comparado: a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública.

Entretanto, para analisar a sanção em espécie, é preciso compreender o regime constitucional no qual a atividade sancionadora da Administração está inserida.

### 6.1 O regime principiológico do Direito Administrativo sancionador

A aplicação de penalidades pela Administração deve obedecer aos princípios que norteiam a atividade sancionadora do Estado, pois eles informam os direitos e garantias fundamentais que compõem o regime principiológico a ser observado. O poder repressivo constitui manifestação do *ius puniendi*, cujo exercício possui núcleo fundamental que deverá

---

<sup>379</sup> Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

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

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

III - fiscalizar-lhes a execução;

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

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

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. (BRASIL, 1993).

nortear e limitar o uso do poder punitivo, seja ele aplicado pelo Estado-Administração, ou pelo Estado-Juiz.<sup>380</sup>

Desse modo, o poder punitivo é uno e materializa-se em sanção administrativa e penal. A esse respeito é importante esclarecer que o Direito Administrativo sancionador não está submetido aos princípios do Direito Penal, pois ocorre que os princípios fundamentais norteadores da atividade punitiva do Estado deve ser observados nos dois ramos do Direito.<sup>381</sup>

O regime principiológico aplicado ao Direito Administrativo sancionador determina a observância do devido processo legal, da legalidade, da tipicidade, da culpabilidade e da proporcionalidade.

O devido processo legal impõe que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório como mecanismo de proteção da liberdade e da propriedade em face do arbítrio estatal. Trata-se de princípio jurídico expresso no texto constitucional segundo o qual: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>382</sup>. Desse mesmo dispositivo, decorre a observância dos ditames da razoabilidade e da proporcionalidade, que se refere à justa medida entre o ato ilícito cometido e a sanção aplicada em reprovação à ofensa ao bem jurídico tutelado.

O princípio da legalidade se revela pelo disposto no art. 5º, II da Constituição: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.<sup>383</sup> Ele se vincula ao da legitimidade para impor a sanção. Essa conjugação traduz a participação democrática no regime sancionador estatal, porquanto a imposição de sanção só é legítima se “prevista em lei em sentido formal, posto que a imposição de penalidade administrativa a particulares significa atingi-los em suas atividades, seus bens, seu patrimônio, restringindo, portanto, direitos individuais.”<sup>384</sup>

Joel Niebuhr<sup>385</sup> entende que a aplicação das penalidades administrativas deve obedecer à legalidade estrita. Niebuhr argumenta que o princípio da legalidade aplicável ao Direito Penal é igualmente indispensável na esfera administrativa e constitui garantia inarredável do administrado. Nesse sentido, defende:

---

<sup>380</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Amaral Flavio. A principiologia no Direito Administrativo sancionador. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº28, nov.dez.jan, 2011/2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae-28-novembro-2011-diogo-figueiredo-flavio-garcia.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2018.

<sup>381</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499>>. Acesso em: 07 jul. de 2019.

<sup>382</sup> Art. 5º, LIV. (BRASIL, 1988).

<sup>383</sup> BRASIL, 1988.

<sup>384</sup> MOREIRA NETO; GARCIA, 2011/2012, p. 13-14.

<sup>385</sup> NIEBUHR, Joel Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 1006.

Trocando em miúdos as sanções administrativas somente poderiam ser aplicadas se a lei prescrevesse quais comportamentos que as ensejariam. Então, sob essa perspectiva, como consectário do princípio da legalidade, os licitantes ou contratados faltosos somente podem ser penalizados se os seus comportamentos se subsumissem integralmente a um tipo pré-estabelecido no enunciado da norma legal. Ou seja, o legislador teria que descrever as condutas que ensejariam a aplicação das sanções administrativas. Demais disso, elas somente poderiam ser aplicadas se os licitantes ou contratados tivessem realizado exatamente tais condutas.

Segundo esse entendimento: ou a legislação abarca toda a gama de conduta possível de ser perpetrada, tal qual ocorre no Direito Penal, ou não se pode aplicar a sanção administrativa, porquanto sua aplicação sem tipo viola a Constituição. Para Niebuhr essa é a conclusão extraída a partir da interpretação conjugada de dois incisos do art. 5º da Constituição Federal: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” Enfim, Niebuhr conclui que a leitura sistêmica dos dispositivos resulta no princípio da tipicidade.<sup>386</sup>

No entanto, os limites referentes ao princípio da legalidade, no que diz respeito ao Direito Administrativo sancionador, não são compreendidos da mesma forma explicada acima por parte da doutrina.

Ao explicar o poder sancionador estatal, Marçal Justen Filho<sup>387</sup> defende que "o sistema constitucional brasileiro impede qualquer penalização dos particulares sem uma lei prévia que defina infração e sanção." Nesse sentido, explica:

Nenhum crime pode ser reconhecido e nenhuma penalidade pode ser imposta senão em virtude de lei. A legalidade é instituto fundamental tanto do direito penal como do Direito Administrativo. Logo, não poderia deixar de reconhecer-se que também o Direito Administrativo Repressivo se submete ao dito princípio. Não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade das infrações e sanções.

O princípio da legalidade representa uma garantia sob diversas abordagens. Sob uma perspectiva estática, retrata a remessa da punição à soberania popular. Submeter a competência punitiva ao princípio da legalidade equivale a afirmar que somente o povo, como titular da soberania última, é quem se encarregará de qualificar certos atos como ilícitos e de escolher as sanções correspondentes e adequadas por meio de seus representantes eleitos. De um ponto de vista dinâmico, o princípio da legalidade propicia a certeza e previsibilidade da ilicitude, proporcionando a todos a possibilidade de ordenar suas condutas futuras. Tipificar legislativamente a ilicitude e sua sanção equivale a atribuir ao particular a possibilidade de escolha entre o ato lícito e o ilícito.<sup>388</sup>

---

<sup>386</sup> NIEBUHR, 2013.

<sup>387</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 1009.

<sup>388</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 1008.

Sobre esse aspecto, Justen Filho critica a disciplina das sanções contratuais na forma prevista na Lei nº 8.666/1993, pois a lei estabelece quatro penalidades distintas sem, contudo, vinculá-las ao ato ilícito praticado. Essa questão será abordada com maior detalhe ao tratar da tipicidade. Entretanto, o autor pondera que, passadas quase três décadas, o legislador não supriu a omissão apontada. Nesse caso, seguir o princípio da legalidade estrita implica admitir que nenhuma penalidade prevista no art. 87 da Lei nº 8.666/1993 poderia ser aplicada, e “não é admissível que a lesão aos interesses fundamentais permaneça impune.” Desse modo, Justen Filho<sup>389</sup> defende que a omissão deve ser suprida por ato regulamentar, ou até mesmo no corpo do próprio edital de licitação.

No mesmo sentido, ao discorrer sobre os contornos do princípio da legalidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Garcia<sup>390</sup> entendem que esse princípio é satisfeito desde que haja delimitação por lei do núcleo mínimo da conduta proibida. Assim, “deve ser previsto em lei em sentido formal a conduta que delimite o campo daquilo que é proibido e daquilo que é permitido e a correspondente sanção a ser imputada ao administrado”.<sup>391</sup> As demais especificações podem ser estipuladas via regulamento, o que é ato normativo secundário. É o que autor identifica como movimento de “deslegalização”, segundo o qual:

As normas regulatórias são opções administrativas, também abstratas, formuladas com maior densidade técnica, visando à incidência sobre relações privadas ou administrativas que foram previamente deslegalizadas voltadas não mais a aplicar regras legislativas predefinidas, mas a equilibrar interesses e valores por meio de uma nova regra a ser previamente definida por meio da ponderação.

No campo do Direito Administrativo sancionador, o fenômeno também se faz presente, cabendo à norma regulatória sistematizar o conjunto de infrações e condutas vedadas, desde que, como dito, esse núcleo mínimo respeite as balizas, os limites e os condicionamentos minimamente descritos na lei em sentido formal.<sup>392</sup>

O princípio da legalidade se materializa pelas balizas da tipicidade, pois a prescrição do tipo ilícito administrativo é necessária para conferir previsibilidade à conduta. Desse modo, o regulamento deverá estabelecer os tipos ilícitos administrativos e respectiva sanção. Daí resulta importante diferença entre o Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal.

Moreira Neto e Garcia<sup>393</sup> entendem que, no âmbito do Direito Administrativo sancionador, é conferida ao administrador público maior flexibilidade para proceder à valoração

---

<sup>389</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 1010.

<sup>390</sup> MOREIRA NETO; GARCIA, 2011/2012, p. 12.

<sup>391</sup> MOREIRA NETO; GARCIA, 2011/2012, p. 12.

<sup>392</sup> MOREIRA NETO; GARCIA, 2011/2012, p. 14.

<sup>393</sup> MOREIRA NETO; GARCIA, 2011/2012, p.17.

do ilícito e aplicação da sanção, o que não ocorre no Direito Penal, cuja subsunção da conduta à lei em sentido formal é quase absoluta.

Todavia, essa flexibilidade deve ser interpretada em termos, pois a norma sancionadora deve ser “completa”,<sup>394</sup> pois “mesmo que sistematizada em norma de densidade inferior, pressupõe um grau de detalhamento que seja suficiente para garantir ao administrado em que medida o descumprimento de um dever jurídico acarretará a incidência de uma determinada infração administrativa.”<sup>395</sup>

Essa previsibilidade é condição para o tratamento isonômico dos administrados. Isso porque se a Lei nº 8.666/1993 conferiu liberdade ao agente público, a qual deverá ser exercida na formulação do tipo, via regulamento ou edital, e não na aplicação da sanção, sob pena de se transmutar a discricionariedade em arbítrio.<sup>396</sup>

Não se pode olvidar que a culpabilidade do agente também é requisito para aplicação da sanção. “Isso significa que a infração se caracterizará pelo descumprimento aos deveres legais contratuais, que configure materialização de um posicionamento subjetivo reprovável.”<sup>397</sup> Ou seja, haverá que se constatar a negligência, imprudência ou imperícia para que as sanções descritas no art. 87 da citada lei possam ser aplicadas. Esse é o requisito para a individualização da pena, cujo objetivo é censurar o mal agir, ou seja, a conduta reprovável.

Por certo, a obediência ao regime principiológico aplicado ao Direito Administrativo sancionador proporciona a estabilidade das relações jurídicas, assim como a confiança na atuação estatal e na força das instituições. Constitui, portanto, garantia fundamental na medida em que confere segurança jurídica necessária às relações estabelecidas entre a Administração e o administrado, especialmente no que concerne à imposição de penalidades. Diante disso, é necessário perquirir como se dá a compatibilização entre o poder repressivo e o regime contratual da Administração.

---

<sup>394</sup> MOREIRA NETO; GARCIA, 2011/2012, p. 16.

<sup>395</sup> MOREIRA NETO; GARCIA, 2011/2012.

<sup>396</sup> MOREIRA NETO; GARCIA, 2011/2012.

<sup>397</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 1012.

## 6.2 A aplicação da sanção administrativa como ato administrativo vinculado

Para adentrar na análise do aspecto vinculado do ato sancionador, convém destacar a diferenciação apresentada por Bandeira de Mello<sup>398</sup> acerca dos atos administrativos vinculados e discricionários:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face da situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com a apreciação subjetiva alguma.

Atos “discricionários”, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.

Essa classificação é importante, porque o fundamento de validade dos atos da Administração está na lei, o que significa que a atuação do agente público deve se conformar à norma jurídica. Na execução da lei, haverá prescrições que podem dela ser diretamente extraídas,<sup>399</sup> pois “toda lei cria sempre e inexoravelmente um quadro dotado de objetividade dentro no qual se movem os sujeitos de Direito. O grau desta objetividade varia.”<sup>400</sup> É nesse grau de objetividade que se verificam a vinculação e a discricionariedade.

Por essa razão, a vinculação e a discricionariedade não dizem respeito ao ato em si, mas aos aspectos do ato administrativo (pressupostos e elementos). Com efeito, o ato administrativo é composto por dois elementos (conteúdo e forma) e três pressupostos (sujeito, motivo e finalidade),<sup>401</sup> e o grau de objetividade é aferido a partir das prescrições da norma.

Assim, o ato é plenamente vinculado quando todos os seus aspectos podem ser extraídos da norma jurídica. Nesse sentido, o sujeito é o agente público competente para a prática do ato; o motivo é a circunstância fática que lhe deu causa; e a finalidade consiste no objetivo a ser alcançado, que no ato administrativo deverá, em última análise, atender o interesse público. Já

<sup>398</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 438.

<sup>399</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

<sup>400</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 989.

<sup>401</sup> “A rigor, não se pode afirmar que o sujeito, motivo e a finalidade sejam ‘elementos’ do ato. ‘Elemento’ liga-se à ideia de parte ‘parte componente de um todo’. Nesse sentido, correto será mencionar dois elementos: forma e conteúdo (objeto). Os demais itens arrolados, se bem sejam fundamentais para a formação do ato, são-lhe ontologicamente exteriores. Sujeito, motivo e finalidade, apresentam-se, portanto, como pressupostos de formação do ato administrativo.” (ARAÚJO, 2005, p. 54.)

o objeto se refere ao próprio conteúdo do ato<sup>402</sup>, e a forma diz respeito ao meio de exteriorização.

No caso do ato administrativo sancionador tem-se que o motivo é dado pela prática da infração. A sanção administrativa possui dupla finalidade, a primeira é preventiva, pois visa desestimular os destinatários da norma à prática de condutas ilícitas,<sup>403</sup> a segunda é repressiva e aflagrante. O objeto é a própria aplicação da penalidade. A forma é escrita, e o sujeito é o agente investido na competência para aplicar a sanção, que no caso da declaração de inidoneidade é o secretário de Estado ou ministro, conforme será demonstrado em tópico específico.

A análise dos aspectos do ato sancionador em consonância com o regime principiológico no qual o poder punitivo está submetido demonstra que a previsibilidade é requisito fundamental para a aplicação de sanção. Sancionar significa impor ao administrado restrição de bens ou de direitos, razão pela qual o ordenamento jurídico não comporta discricionariedade na aplicação das medidas, pois a atuação do agente público deve se dar na conformidade da norma jurídica.

A esse respeito, é importante transcrever a explicação feita por Florivaldo Araújo<sup>404</sup>:

A vinculação caracterizará dado aspecto do ato administrativo, sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na consideração axiológica do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível.

Desse modo, a consideração axiológica do regime em estudo revela que a atividade sancionadora é ato vinculado, pois seus pressupostos devem ser previamente cognoscíveis sob pena de se violar os princípios jurídicos analisados no tópico anterior. Aliás, o respeito a esses pressupostos confere segurança e previsibilidade às situações futuras e seu descumprimento incorre em arbitrariedade e em violação à ordem constitucional.<sup>405</sup>

Ou seja, a vinculação do ato decorre do regime de garantias segundo o qual o Estado apenas pode restringir bens e direitos do cidadão se autorizado em lei. Os pressupostos do ato, então, devem estar previamente estabelecidos, ainda que em ato normativo inferior ou outro instrumento (edital de licitação e contrato), no caso das sanções contratuais, conforme será trabalhado nos tópicos seguintes.

---

<sup>402</sup> ARAÚJO, 2005.

<sup>403</sup> PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares**: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 44 *et seq.*

<sup>404</sup> ARAÚJO, 2005, p. 65.

<sup>405</sup> ARÊDES, 2014.

A sanção trata, então, de dever-poder do agente, porque, diante de tal circunstância, ele deve adotar a providência legal. Assim, caso a sanção seja a única providência prescrita em lei, significa que o agente público não só tem o dever de aplicá-la, como deve fazê-lo nos estritos comandos legais. Em outras palavras, diante do *ser* (infração administrativa) o *dever-ser* é a sanção.

Dessa forma, ao analisar as bases sob as quais o regime sancionador está assentado, compreende-se que a sanção é a consequência lógico-jurídica do ato ilícito.<sup>406</sup> Assim, “a infração administrativa é, do ponto de vista analítico-formal, o comportamento típico, antijurídico e reprovável, que enseja aplicação, no exercício da função administrativa, de uma sanção da mesma ordem.”<sup>407</sup> De seu turno, a sanção administrativa é “a direta e imediata consequência jurídica restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo.”<sup>408</sup> Trata-se, então, de medida que, em um primeiro momento, visa desestimular a conduta ilícita pelo receio de se sofrer a penalidade e, uma vez materializado o ato infracional, deve-se incidir a repressão de natureza aflictiva.

A formulação apresentada está assentada, ainda, na concepção clássica de que a sanção é medida adequada, senão a única, para proteger o interesse público. Assim, sendo o interesse público indisponível, não se poderia cogitar de não se aplicar a penalidade quando materializado o ato infracional. Sua imposição se dá de maneira unilateral e vertical, uma vez que não há participação do administrado na produção do ato. Contudo, essa concepção vem sendo superada à medida que formas consensuais de atuação se revelam mais eficientes para satisfazer o interesse público.<sup>409</sup> Nada obstante, essa ideia será analisada no capítulo oito. Por ora, importa averiguar a sistemática em que a declaração de inidoneidade está submetida.

---

<sup>406</sup> FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>407</sup> FERREIRA, 2009, p. 231.

<sup>408</sup> FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34.

<sup>409</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. O art. 26 da LINDB novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77653>. Acesso em: 1º jul. 2019.

### 6.3 A sanção administrativa na Lei nº 8.666/1993

A Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 87,<sup>410</sup> dispõe sobre as sanções administrativas aplicáveis na execução do contrato administrativo em virtude de atraso e inexecução parcial ou total do objeto. As medidas variam desde advertências, passando pela aplicação de multas, suspensão temporária do direito de participar em licitação e contratar com a Administração, culminando na declaração de inidoneidade, que consiste na proibição de licitar ou contratar com a Administração Pública.

Claramente o dispositivo legal apresenta uma gradação no que se refere ao rigor das penalidades, em que a declaração de inidoneidade é a mais gravosa e, por isso, deve incidir sobre aqueles comportamentos considerados mais reprováveis. O problema que permeia a aplicação dessas sanções refere-se justamente à ausência de tipo das condutas ilícitas, o que seria requisito para se determinar quais atos ilícitos ensejam a imposição de cada uma das penalidades.

A ausência de tipicidade se repete no art. 88<sup>411</sup> do diploma legal, tendo em vista que o dispositivo estabelece ainda que a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, sanção-objeto deste estudo comparado, podem ser aplicadas às entidades ou aos profissionais quando estes, em razão dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993: (I) tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; (II) tenham praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação; (III) demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

A redação legal é assaz problemática, o que dificulta a aplicação correta das sanções, uma vez que não confere a adequada previsibilidade das condutas. Assim sendo, falta a característica essencial ao regime sancionador, o que acarreta insegurança jurídica para aqueles que contratam com a Administração Pública.

No que concerne à declaração de inidoneidade, a Lei nº 8.666/1993 trata de modo sucinto situações que são díspares e complexas. Nesse esteio, erigem debates e divergências doutrinárias acerca da natureza da medida e da extensão dos efeitos,<sup>412</sup> para além da

---

<sup>410</sup> BRASIL, 1993.

<sup>411</sup> BRASIL, 1993.

<sup>412</sup>GARCIA, Flávio Amaral. A sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p.109-135, jul./set.2013.

problemática ausência de tipicidade do ilícito administrativo. Aliás, sob o ponto de vista do regime principiológico estudado, a norma está incompleta, e essa omissão do texto legal desencadeia uma série de dificuldades para sua aplicação.

Desse modo, para compreender a declaração de inidoneidade é necessário enfrentar as inconsistências que permeiam o instituto. Apenas, então, será possível traçar as semelhanças e as diferenças em relação ao *debarment*.

### 6.3.1 Da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública

A declaração de inidoneidade e a suspensão temporária são estudadas pela doutrina de forma conjunta. Isso porque a redação sucinta que o texto legal apresenta não deixa claro, num primeiro momento, a diferença entre essas sanções e, por essa razão, a doutrina analisa os parâmetros de uma penalidade em contraposição a outra.

É interessante, então, destrinchar a redação do texto legal prevista no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993<sup>413</sup>, segundo a qual a Administração Pública pode aplicar ao contratado:

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

Tem-se que esse mesmo inciso trata, embora de maneira não muito clara, do prazo, da reabilitação, do ressarcimento, além de remeter, sem maior justificativa, à suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos (inciso III). Todas essas questões serão abordadas nos tópicos seguintes.

A leitura dos incisos III e IV revela que ambas as penalidades, em alguma medida, impedem que o sancionado participe de licitação ou que celebre contrato com o poder público.

De início, é importante ressaltar que, ainda que o inciso IV condicione a reabilitação ao decurso do prazo da suspensão, tal assertiva não permite concluir que a suspensão possa ser

---

<sup>413</sup> BRASIL, 1993.

cumulada com a declaração de inidoneidade, porque o § 2º do art. 87<sup>414</sup> determina que apenas a multa seja cumulável com as demais sanções. Aliás, convém ressaltar que a possibilidade de cumulação da suspensão e da inidoneidade foi defendida por Marçal Justen Filho,<sup>415</sup> mas o autor informa, a partir da 15ª edição de sua obra *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos* que tal raciocínio “é destituído de sentido” ante a vedação expressa na lei.

Ainda, o § 3º do mesmo dispositivo estabelece que a declaração de inidoneidade seja de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, ou seja, da autoridade máxima de cada órgão ou entidade. Para esse caso, o prazo para defesa e recurso é de dez dias. Uma vez declarada, a restrição afeta toda a Administração Pública. Destaca-se aqui que a diferença entre os termos Administração e Administração Pública será logo mais trabalhada no tópico 6.3.1.2. Já a suspensão temporária é de competência do órgão contratante, na forma designada pela organização administrativa, sendo que os prazos para defesa e recurso são os mesmos estabelecidos para as outras penalidades (multa e advertência), de apenas cinco dias.

Vê-se que os incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 estão mais dedicados a limitar o lapso temporal da penalidade, do que propriamente a estabelecer critérios para sua aplicação. Ainda assim, nem mesmo a demarcação temporal é satisfatória, uma vez que ainda deixa dúvidas quanto à sua delimitação.

Feitos esses apontamentos, passa-se à investigação da sanção objeto desse estudo comparado.

#### 6.3.1.1 Do prazo de duração da sanção

O legislador não fixou tempo máximo ou termo final para cessação dos efeitos da declaração de inidoneidade. Ao contrário, condicionou sua extinção a duas situações: ‘enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição’ ou até que ‘o sancionado promova sua

---

<sup>414</sup> Por essa razão, Joel Niebuhr sustentou na 3ª edição de seu livro que a suspensão temporária seria medida cautelar prévia à declaração de inidoneidade e, portanto, condição para sua aplicação. Esse raciocínio partia do pressuposto de que ao condicionar a reabilitação ao decurso do prazo de suspensão, deveria se pressupor que a suspensão foi previamente aplicada. A declaração de inidoneidade viria, então, para confirmar a suspensão. NIEBUHR, Joel Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 1014-1016. Ocorre que esse argumento não consta mais na 4ª edição do livro (NIEBUHR, Joel Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.).

<sup>415</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 1025.

reabilitação', que poderá ocorrer após dois anos e mediante ressarcimento do dano, se for viável.

Primeiramente cumpre registrar que é bastante criticável a ausência de prazo máximo, pois, como é bom lembrar, a Constituição Federal veda penas de caráter perpétuo.<sup>416</sup> Por suposto, toda sanção pode ser extinta pelo decurso do tempo, seja pela prescrição da pretensão punitiva ou pelo cumprimento da penalidade. Nesse sentido, entende-se que, ao aplicar a penalidade, o agente público deve fixar também um prazo máximo de duração da medida.

Diante da redação legal, caso o particular pretenda regressar ao sistema de contratações públicas, caberá ao interessado promover sua reabilitação. Entretanto, é possível que a sanção tenha sido aplicada em face de conduta que, embora seja considerada grave, não acarrete prejuízo material à Administração. É o que ocorre, por exemplo, com a falsificação de documento para participação no certame licitatório, como lembra Marçal Justen Filho.<sup>417</sup> Tal conduta pode ter sido praticada com o intuito de frustrar os objetivos da licitação, sem acarretar prejuízo ao erário e, ainda assim, atrair a aplicação da inidoneidade. Logo, a reabilitação não pode ser condicionada apenas ao ressarcimento, pois, às vezes não haverá o que ressarcir.

Entretanto, no que diz respeito à permanência dos motivos que ensejaram a punição, é possível que a declaração de inidoneidade termine em prazo inferior a dois anos, justamente por cessar os motivos que ensejaram sua imposição. Nesse sentido, Cesar Guimarães Pereira e Rafael Schwind explicam:<sup>418</sup>:

A adoção de instrumentos de correção futura da estrutura do fornecedor punido corresponde à supressão dos motivos que ensejaram a aplicação da medida. Visto o dispositivo sob o ângulo do autossaneamento, percebe-se que o único sentido possível da expressão contida no inc. IV é o de possibilitar a extinção da medida tão logo o fornecedor tenha condições de provar que a ilicitude praticada não tem a possibilidade de se repetir. Caso a regra se voltasse apenas para o passado, a expressão não teria sentido: os motivos que justificaram a inidoneidade (a conduta irregular) nunca deixarão de existir. O que poderá desaparecer é o risco que a contratação do referido fornecedor pode oferecer à Administração. As medidas de autossaneamento são precisamente o modo pelo qual se demonstra a inexistência desse risco.

Considerando essa possibilidade legal, cabe ao particular demonstrar que não mais subsistem os motivos que ensejaram sua exclusão, o que é possível por meio da adoção das

---

<sup>416</sup> Art. 5º, XLVII, b. (BRASIL, 1988).

<sup>417</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 1024.

<sup>418</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, nº 102, agosto de 2015, disponível em [www.justen.com.br/informativo](http://www.justen.com.br/informativo), acesso em 05 de junho de 2019.

medidas de autossaneamento. Nessa hipótese as aludidas medidas poderiam, inclusive, serem alegadas em matéria de defesa para inibir desde logo a aplicação da sanção.<sup>419</sup>

Entretanto, a lei não deixou claro qual o procedimento a ser tomado nem quais requisitos devem ser adotados para se efetivar a medida apresentada. Nada obstante, tem-se que essa perspectiva oferece a possibilidade de extinguir ou evitar a sanção, o que deverá ser feito no próprio processo administrativo. No entanto, para a adoção das medidas de autossaneamento é importante que os motivos que ensejaram a declaração de inidoneidade estejam claros na decisão, pois só assim a pessoa sancionada poderá demonstrar que esses motivos se encontram superados.

O autossaneamento proposto por Cesar Pereira e Rafael Schwind é bastante inovador e, embora a Lei nº 8.666/1993 não discipline as medidas necessárias para que ele seja adotado, trata-se de opção legal não pode ser ignorada. O tema será retomado no capítulo oito, para fins didáticos, ao se analisar os institutos (inidoneidade e *debarment*) comparativamente.

#### 6.3.1.2 Do alcance da declaração de inidoneidade

Outra importante polêmica que diz respeito ao alcance das sanções (suspensão e inidoneidade). Sobre o tema, há três posicionamentos na doutrina. A primeira se pauta na interpretação literal dos conceitos legais; a segunda defende que não há diferença quanto ao alcance, porque ambas as sanções devem impedir o particular de licitar e contratar em todo território nacional; a terceira defende a interpretação restritiva do conceito de Administração Pública em face da autonomia dos entes federados.

A primeira corrente se pauta na interpretação literal do art. 6º da Lei nº 8.666/1993<sup>420</sup> que conceitua os termos “Administração” e “Administração Pública”. O termo “Administração Pública” se refere 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.”<sup>421</sup> A partir dessa conceituação infere-se que a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública alcança todos os entes federados e suas entidades descentralizadas.

---

<sup>419</sup> PEREIRA; GUIMARÃES, 2015.

<sup>420</sup> BRASIL, 1993.

<sup>421</sup> BRASIL, 1993.

O termo “Administração”, por sua vez, é definido como “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.

Sendo assim, ao combinar a definição legal com o disposto no inciso III do art. 87, a suspensão estaria restrita apenas às suas unidades operacionais específicas por meio da qual a Administração Pública atua.

A corrente ora analisada recorreu à conceituação legal para diferenciar o alcance das sanções. Nesse sentido, ambas as penalidades produzem o mesmo efeito, que é proibir o sancionado de licitar ou contratar com a Administração. Entretanto, o alcance da declaração de inidoneidade é substancialmente maior. Esse é o posicionamento defendido por Maria Sylvia Di Pietro, Lucas Rocha Furtado e Marçal Justen Filho.<sup>422 423</sup>

A segunda corrente mencionada se baseia na argumentação de que qualquer das duas penalidades deve alcançar todos os entes federados. A esse respeito, José dos Santos Carvalho Filho nega a diferença conceitual entre os termos Administração e Administração Pública. Ademais, ressalta que as duas penalidades se aplicam em razão de inexecução total ou parcial do contrato. Isso indica que a conduta é temerária e, assim, a contratação com a pessoa sancionada, por qualquer das duas penalidades, acarretaria risco para todas as esferas de governo.<sup>424</sup> Desse modo, a segunda corrente nega a diferença entre as duas figuras sob o ponto de vista de seus efeitos.

Contudo, não se pode negar que suspensão e inidoneidade se tratam de penalidades distintas. Embora a lei não tenha disciplinado os tipos ilícitos, ela enumerou quatro sanções as quais devem ser aplicadas segundo os ditames da proporcionalidade. Assim, em face do ato ilícito mais grave deve ser aplicada a sanção mais severa: a declaração de inidoneidade.

---

<sup>422</sup> É o posicionamento defendido por FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitação e contratos administrativos**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 585; DI PIETRO, 2011, p. 276; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>423</sup> A distinção mais evidente entre as figuras envolve uma interpretação literal, fundada nas definições adotadas pelos incs. XI e XII do art. 6º da Lei. A suspensão do direito de licitar produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse, enquanto a declaração de inidoneidade alcançaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo “Administração Pública”, enquanto o inc. IV contém “Administração Pública” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1155.) No mesmo sentido, Lucas Rocha Furtado: “(...)por considerar que a lei no seu art. 6º, XI e XII, estabeleceu definições precisas para as expressões “Administração Pública” e “Administração” o que evidencia a nítida preocupação do legislador com o teor técnico dos termos ali colocados. Ora, caso desejasse que a sanção de suspensão temporária do direito de licitar fosse estendida a toda a Administração Pública, certamente o legislador teria feito referência expressa nesse sentido. Como não o fez, e tratando-se de matéria que cuida de aplicação de penalidade, a regra de hermenêutica impõe a interpretação restritiva.” (FURTADO, 2016, p. 586.).

<sup>424</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

A esse respeito é relevante notar que, em regra, o Tribunal de Contas da União (TCU) adota a primeira corrente, pois tende a restringir a suspensão ao órgão ou à entidade que aplique a sanção. Assim, é relevante transcrever o seguinte trecho do Acórdão nº 3439/2012:<sup>425</sup>

10. O legislador ordinário não distinguiu os termos Administração e Administração Pública no art. 6.º do Estatuto de Licitações e Contratos sem um objetivo bem definido (na lei não há palavras inúteis). Essa distinção não foi por acaso, pois, se fosse dispensável, bastaria conceituar o termo mais abrangente.

11. Quanto às penalidades pela inexecução total ou parcial do contrato, o art. 87 da Lei de Licitações, considerando a gravidade do ato praticado, estabelece em seus incisos uma gradação das sanções que poderão ser aplicadas, iniciando com a de advertência (inciso I) e culminando com a de declaração de inidoneidade (inciso IV). Ou seja, verifica-se notória distinção entre as sanções cominadas no aludido artigo a evidenciar gradação das penalidades a serem impostas de acordo com a gravidade das infrações administrativas praticadas.

Ainda, o acórdão adverte que as sanções não podem ser confundidas, sob pena de se aplicar pena desproporcional, uma vez que as distintas penalidades formuladas pelo legislador devem ser determinadas em conexão com a gravidade das condutas apenadas. Esse mesmo entendimento foi reproduzido em outros julgados do Tribunal.<sup>426</sup>

O Superior Tribunal de Justiça (STJ),<sup>427</sup> por sua vez, revela-se partidário da segunda corrente, pois entende que a “Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas

<sup>425</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Representação nº 033.867/2011-9**. Relator: Min. Valmir Campelo, 10 de dezembro de 2012. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A3439%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=ba6f75c0-bd6f-11e9-b90b-e1171438a967](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3439%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=ba6f75c0-bd6f-11e9-b90b-e1171438a967). Acesso em: 20 jun. 2019.

<sup>426</sup> Este entendimento foi reproduzido em diversos julgados do TCU, a saber: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Representação nº 1457/2014**. Relator: Min. Augusto Sherman. 04 de junho de 2014. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1457%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=8dc0e1e0-aff4-11e9-8ab1-159bf01069fe](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1457%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=8dc0e1e0-aff4-11e9-8ab1-159bf01069fe). Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Representação nº 3243/2012**; Relator: Min. Ubiratan Aguiar. 28 de novembro de 2012. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A3243%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=f6814fe0-b223-11e9-ad54-351becf2f299](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3243%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=f6814fe0-b223-11e9-ad54-351becf2f299). Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Relatório de Auditoria nº 2958/2012**; Relator: Min. José Jorge. 31 de outubro de 2012. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2958%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2958%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20). Acesso em: 20 jun. 2019.

<sup>427</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 151.567/RJ**. ADMINISTRATIVO MANDADO DE SEGURANÇA LICITAÇÃO SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA LEGALIDADE LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. - A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. - A limitação dos efeitos da suspensão de participação de licitação? não

funções, para melhor atender ao bem comum.” Por essa razão, a “limitação dos efeitos da suspensão de participação de licitação não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública”.

O entendimento adotado pelo STJ em 2003 permanece vigente, não obstante as decisões do TCU em sentido contrário. A esse propósito, em 2017, o STJ reafirmou que “de acordo com a jurisprudência do STJ, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública.”<sup>428 429</sup>

A terceira corrente, por sua vez, entende que estender a sanção administrativa para outros entes federados viola a autonomia constitucional conferida aos entes federativos. Para sustentar a inconstitucionalidade apontada, argumenta-se que a declaração de inidoneidade é a sanção contratual aplicada pela Administração mediante processo administrativo, cujo efeito direto é o impedimento de o particular contratar com órgãos e entidades públicas. Desse modo, defender a extensão das sanções aos demais entes federados, na forma proposta pelas duas primeiras correntes, levaria a admitir que a restrição administrativamente imposta pode limitar a autonomia dos demais entes federativos para contratar com particulares.

Assim, as duas primeiras hipóteses trabalhadas não se afiguram constitucionalmente adequadas, pois embora a Lei n.º 8.666/1993, tenha conceituado os termos (Administração e Administração Pública) e os empregado ao longo do diploma, certo é que não se pode ignorar que a autonomia administrativa conferida pela Constituição prevalece sobre a lei ordinária.

A esse respeito, o art. 18 da Constituição estabelece: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição."<sup>430</sup> Ou seja, se há

---

pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. Recurso especial não conhecido. Recorrente: Santhe Indústria e Comércio de Móveis Ltda. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. 14 de março de 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

<sup>428</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1382362/PR**. Recorrente: Daltre Construções e Empreendimentos Ltda. Recorrido: Estado do Paraná. Rel. Min. Gurgel de Faria. Primeira Turma. 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

<sup>429</sup> No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 19.657/DF**. (...) 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional. Impetrante: Cozil Equipamentos Industriais Ltda. Impetrado: Controladoria Geral da União. Relatora: Min. Eliana Calmon. Primeira Seção. 23 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

<sup>430</sup> BRASIL, 1988.

autonomia entre os entes federados e inexistência hierarquia entre eles, não parece correto estender a todos limitação para celebrar contratos em função de decisão administrativa proferida por um deles.

Desse modo, deve ser feita a interpretação do texto legal em conformidade com a Constituição. Significa, então, que a suspensão é sanção restrita ao órgão ou entidade contratante, por exemplo, uma autarquia, ao passo que a declaração de inidoneidade abarca toda a Administração direta e indireta do ente federado que aplicou a penalidade.

Desse modo, declarada a inidoneidade por entidade da Administração federal, toda ela estaria impedida de celebrar contratos com a pessoa física ou jurídica penalizada, mas essa restrição não deverá se estender aos estados, Distrito Federal e municípios.

A partir da análise feita neste tópico, restou demonstrado que não há consenso nem na doutrina nem nos tribunais sobre o alcance das sanções analisadas. Todavia, no que concerne à declaração de inidoneidade tanto o TCU quanto o STJ entendem que a pessoa penalizada fica impedida de licitar e contratar com a Administração Pública em âmbito nacional. Este trabalho, no entanto, diverge da orientação dos tribunais por entender que ela viola a autonomia dos entes federados.

Contudo, é importante lembrar que essa interpretação apenas limita o alcance de cada penalidade, mas não soluciona o problema da ausência de tipicidade porque a norma não deixou claro quando se aplicará uma ou outra penalidade.

### 6.3.2.3 A tipicidade

Para além da dificuldade prática de se distinguir as sanções apontadas, a Lei nº 8.666/1993 ocupou-se de elencar penalidades sem, contudo, preocupar-se em tipificar as condutas ilícitas hábeis a ensejar sua aplicação. Conforme já destacado, a lei estabelece quatro penalidades contratuais (advertência, multa, suspensão temporária, declaração de inidoneidade) aplicáveis em razão de inexecução parcial ou total, mas não especifica quais faltas contratuais podem desencadear cada sanção. Tampouco elencou quais seriam os critérios para se verificar se o contratado ou licitante cometeu fraude fiscal, atuou para frustrar os objetivos da licitação ou comportou-se de modo inidôneo.

Nesse esteio, a lei enumerou as penalidades, mas o fez sem definir qual seria o tipo ilícito administrativo, o que acarreta insegurança jurídica para o contratado e para a

Administração. Esse laconismo legal viola o regime constitucional no qual está inserido o Direito Administrativo sancionador. Nesse cenário, a tipificação da conduta ilícita é o mecanismo para se atender aos pressupostos constitucionais.

Por essa razão, cumpre analisar algumas possibilidades apresentadas pela doutrina para suprir a omissão legal, lembrando que ela não pode se traduzir em arbítrio e violação constitucional.

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que a Lei nº 8.666/1993 trouxe hipóteses restritivas de direito sem se ocupar da prévia e necessária descrição legal para aplicação das sanções. Por essa razão, o autor entende que a declaração de inidoneidade e a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração só poderiam ser aplicadas às condutas que também fossem tipificadas como crime na própria lei.<sup>431</sup>

A crítica é pertinente. No entanto, a conclusão adotada não parece ser a mais apropriada, pois o Direito Administrativo é esfera autônoma em relação ao Direito Penal, e a aplicação das sanções administrativas deve estar conformada pelo regime jurídico administrativo. Portanto, não se deve subordinar a aplicação das sanções administrativas à esfera criminal, a menos que haja determinação expressa. A Lei nº 8.666/1993 não determinou que a aplicação da declaração de inidoneidade fosse atrelada aos artigos 89 a 99, dispositivos dedicados aos tipos penais, seção intitulada “dos crimes e das penas”<sup>432</sup>. Ademais, os tipos penais descritos nos artigos mencionados nem sequer guardam conexão inexecução total ou parcial do contrato.

Tampouco a gravidade da sanção seria justificativa para subordinar a aplicação da declaração de inidoneidade à seara criminal.

O Direito Administrativo sancionador está subordinado ao regime principiológico explicado no tópico 6.1. Isso quer dizer que cabe ao próprio regime jurídico administrativo se conformar aos ditames constitucionais e não recorrer a outro ramo do Direito, porque fazê-lo seria como admitir que o Direito Administrativo não é capaz de conciliar sua atuação com os direitos fundamentais e as garantias do administrado.

Uma vez superado o ponto analisado acima, é preciso fixar alguns pressupostos para avançar na análise.

O regime constitucional exige a previsibilidade do ato ilícito, o que é mecanismo para se conferir segurança jurídica, isonomia e proporcionalidade na aplicação das sanções. Isso quer dizer que sua aplicação não comporta discricionariedade nem liberdade do agente público para

---

<sup>431</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 660.

<sup>432</sup> BRASIL, 1993.

escolher a sanção. Significa, portanto, que se está diante de comando vinculado,<sup>433</sup> embora carente de regulamentação expressa de todos os seus aspectos.<sup>434</sup>

Reconhecer liberdade ao administrador para aplicar sanção importaria em ausência de segurança jurídica e violação ao princípio da isonomia, pois, diante de condutas igualmente reprováveis, o particular não poderá antever as consequências de sua conduta, tornando difícil aferir a razoabilidade e a proporcionalidade das decisões proferidas por absoluta falta de parâmetro.

Assim, o fato de a norma não indicar expressamente todos os elementos do ato sancionador, não significa haver liberdade de escolha do agente público na aplicação da sanção. A lei nacional não esgotou o tema. Isso significa que foi conferido aos entes federados competência para promover sua disciplina, o que pode ocorrer por meio do exercício da competência legislativa conferida aos demais entes federados,<sup>435</sup> por regulamento do poder executivo, no próprio edital de licitação ou contrato.

Diante do problema colocado, Sirlene Arêdes<sup>436</sup> apresenta interessante perspectiva para as sanções contratuais. Segundo a autora, a Lei nº 8.666/1993 deixou a tipificação do ato ilícito contratual para ser descrita pelo administrador contratante. Significa dizer que a aplicação da penalidade impõe que o contratado tenha condições de conhecer a ilicitude da conduta perpetrada, e, em se tratando de contratação pública, a tipificação deverá ser estabelecida no instrumento contratual.

Nesse sentido, a lei nº 8.666 restringe-se “a indicar as sanções administrativas cabíveis, mas não determinam em que situações elas deverão ser aplicadas. A especificação da sanção e a indicação de quando ela será aplicada deverão ser feitas pelo edital (ou convite) e repetidas no contrato.”<sup>437</sup> Essa parece, portanto, ser a medida mais adequada para realidade das contratações públicas, pois permite que o ilícito seja conhecido previamente pelo licitante ou contratado, além de possibilitar a descrição de condutas que estejam adequadas às peculiaridades de cada relação jurídica.

---

<sup>433</sup> No que concerne à vinculação de aspectos o ato, cumpre ressaltar que o ato jurídico plenamente vinculado quando a lei abarca todos os seus elementos, deixando comando claro e expresso quanto à competência, forma, conteúdo, motivo e finalidade. (ARAÚJO, 2005, p. 69).

<sup>434</sup> ARÊDES, 2014.

<sup>435</sup> Conforme explicado, o art. 22, XXVII limita a normas gerais, cabendo complementação pelos demais entes federados. (BRASIL, 1988).

<sup>436</sup> ARÊDES, 2014.

<sup>437</sup> FURTADO, 2016, p. 586.

Dessa forma, pormenorizar o disposto na Lei nº 8.666/1993 por meio de lei local,<sup>438</sup> regulamento, edital ou contrato é requisito para aplicação das sanções mencionadas, sob pena de se violar o regime constitucional que resguarda os direitos e garantias fundamentais.

O mesmo raciocínio se aplica ao disposto no art. 88.<sup>439</sup> Nele estabelece-se que a suspensão e a declaração de inidoneidade poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que em razão dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993:

- I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
- II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
- III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

O mencionado dispositivo sai do âmbito das penalidades aplicadas por inexecução contratual, e, portanto, sua aplicação é de delineação mais difícil.

O inciso I apresenta os seguintes requisitos: condenação definitiva, fraude fiscal e meio doloso. A condenação definitiva por ato doloso remete ao trânsito em julgado de decisão judicial, pois não cabe falar em julgamento administrativo, porque a matéria ainda poderia ser discutida pelo judiciário. A menção ao ato doloso remete à intenção deliberada de fraudar o fisco, não cabe, portanto, condenação por culpa (imprudência, negligência, imperícia). Ainda assim, a redação do inciso não é satisfatória porque não explica no que constituiria a fraude fiscal.

No que se refere aos incisos seguintes, a Lei nº 8.666/1993 não explica o que seriam “atos ilícitos visando frustrar os objetivos das licitações” e tampouco o que seria o “comportamento inidôneo”.

A análise do disposto no inciso II do art. 88 merece ser dividida em duas partes: i) prática de atos ilícitos; ii) finalidade de frustrar os objetivos da licitação. A leitura do *caput* deixa claro que a sanção se aplica em virtude de contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993, mas persiste o problema referente à definição dos atos ilícitos.

Novamente, o problema aponta para a ausência de tipificação, mas nesses casos não é suficiente constatar a prática do ato, sendo de rigor que ele tenha sido cometido com o escopo de frustrar os objetivos da licitação. Assim, fica patente que o fim especial de agir deve ser demonstrado para que a sanção possa ser imposta.

---

<sup>438</sup> Aqui se refere lei dos estados, municípios e Distrito Federal.

<sup>439</sup> BRASIL, 1988.

Por fim, a inidoneidade poderá ser aplicada quando, em virtude dos ilícitos praticados, a conduta revele que o particular não possui inidoneidade para contratar com a Administração. Sobre esse inciso, Justen Filho<sup>440</sup> aponta que o dispositivo carece de “vício de autorreferibilidade”<sup>441</sup> porque se limita a dispor que o particular pode ser declarado inidôneo por atuar de maneira inidônea.

A Lei nº 8.666/1993 não tipifica ilícitos administrativos. Muito menos explica o que seria a intenção de frustrar os objetivos da licitação ou atuar de forma inidônea. No entanto, para esses casos, uma saída pertinente seria se valer das condutas descritas nos artigos 89 a 98,<sup>442</sup> que disciplina as condutas penais. Aceita-se, para tanto, mas com ressalvas, o raciocínio formulado por Bandeira de Mello.<sup>443</sup> Isso porque não se pretende vincular a aplicação da declaração de inidoneidade à seara penal e nem em limitar sua incidência ao disposto nos mencionados artigos. Significa que a Administração deve tipificar as condutas ilícitas, e que, para esse fim, ela pode se valer dos atos descritos nos arts. 89 a 95 e 98, desde que esteja expresso em regulamento, edital ou contrato.

---

<sup>440</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 1028.

<sup>441</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 1028.

<sup>442</sup> São as condutas descritas:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade;

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação;

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário;

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei;

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório;

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo;

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato;

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito. (BRASIL, 1993.).

<sup>443</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 660.

#### 6.4 Considerações sobre a declaração de inidoneidade

Conforme analisado ao longo desse estudo, no Brasil, a contratação pública recebeu tratamento constitucional. Nesse sentido, o desempenho da função administrativa na seara das contratações públicas deve ser interpretado de maneira sistêmica com os demais princípios e normas para satisfação do interesse público.

Nesse contexto, a sanção é concebida para proteger o interesse público segundo dois aspectos: intimidante e repressivo. O fator intimidante é preventivo e geral, pois visa inibir a prática de ato ilícito e estimular a execução do contrato em abstrato, por meio do receio que todo contratado deve ter de sofrer a sanção pela conduta reprovável. Já o aspecto repressivo é punitivo e concreto, pois visa aplicar aflição direta àquele que atuou em desconformidade com a ordem jurídica. O primeiro aspecto mira no futuro, pois visa desestimular, o segundo se volta ao passado, pois visa repreender.

Todavia, a previsibilidade das condutas é requisito essencial para se falar em desconformidade com a ordem jurídica, daí a necessidade de se respeitar o regime principiológico ao qual o poder sancionador está submetido. Assim, a conduta punível deve estar tipificada. Isso significa que o contratado poderá antever as consequências de seus atos, e que o agente público deve proceder da forma previamente estabelecida, pois a aplicação da sanção é ato vinculado.

Ocorre que, embora o tipo ilícito administrativo seja condição para se impor a sanção, a Lei nº 8.666/1993 não disciplinou o tema. Isso não significa que a omissão legal conferiu liberdade ao agente público, porque defender tal ponto viola a Constituição em seus diversos dispositivos trabalhados neste capítulo. Restou, portanto, ao poder legislativo local (via lei), ao poder executivo (via regulamento) ou ao responsável pela contratação (via edital e contrato) estabelecer os tipos ilícitos.

Há que se mencionar, por fim, definir a conduta punível por outro ato normativo que não via lei nacional é sólido argumento para rechaçar o alcance nacional da declaração de inidoneidade. Isso porque se a lei nacional não estabeleceu os tipos ilícitos, não há como vincular todos os entes à declaração de inidoneidade, porque apenas o disposto em lei de efeito nacional pode fazê-lo. Ademais, na forma como a Lei nº 8.666/1993 se apresenta, vê-se que ela deixou a tipificação para ser estipulada por cada ente federado no exercício de sua autonomia constitucional.

Nesse aspecto, é importante ressaltar que determinado ato pode ser tipificado, por exemplo, em diploma do estado da Paraíba e não o ser no Município de Camaçari, Bahia, razão pela qual a Administração Pública paraibana não conta com resguardo constitucional para limitar a atuação da Administração Pública no município baiano. Tampouco poderá fazê-lo aos milhares de municípios brasileiro, aos 26 estados, ao Distrito Federal e à União.

Por fim, a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública constitui verdadeira limitação da capacidade contratual da Administração. Isso porque o poder público não dispõe de liberdade para contratar com quem bem entender, como ocorre com os particulares, ao revés, ele está adstrito aos imperativos legais impostos pelo regime jurídico-administrativo.<sup>444</sup> É dizer, no momento, que a Administração Pública declara determinado contratado inidôneo ela está, em última análise, limitando a própria autonomia contratual.<sup>445</sup>

Nesse aspecto, os demais entes federados podem excluir de seu sistema de contratações o particular que foi declarado inidôneo, mas essa decisão deveria ser tomada por cada ente no exercício de sua autonomia constitucional. Por fim, não há como negar que a limitação de direitos deve ser interpretada de maneira restritiva. Dessa forma, pretender ampliar o âmbito de abrangência da sanção com base na interpretação literal do art. 6º da Lei nº 8.666/1993 é uma opção um tanto quanto artificial escolhida pela doutrina para resolver o problema acarretado pela questionável redação legal.

Nada obstante os vários argumentos aqui defendidos, não é essa a doutrina majoritária, nem o entendimento dos tribunais. Assim, atualmente o efeito da declaração de inidoneidade no Brasil é impedir que o particular contrate com a Administração Pública de todos os entes federados.

A declaração de inidoneidade é sanção severa e as consequências são gravíssimas, e sua aplicação demanda cautela, até porque, conforme será trabalho nos próximos capítulos, sua imposição pode levar à extinção da pessoa jurídica apenada.

---

<sup>444</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 1028.

<sup>445</sup> ARÊDES, 2010.

## **7 DEBARMENT: A EXCLUSÃO PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL NO ÂMBITO DO FAR**

O *Federal Acquisition Regulation – FAR* determina que as agências<sup>446</sup> só poderão solicitar propostas, celebrar contratos e permitir a subcontratação com agentes responsáveis.<sup>447</sup> A medida é tida como necessária para assegurar a competitividade do processo de contratação pública. Desse modo, o que importa não é o número de competidores participantes no processo de compras, mas a qualidade deles.

Assim, nos termos da legislação sob análise, as agências devem promover o afastamento dos *contractor*<sup>448</sup> (entidade ou pessoa) irresponsável, impedindo-o de contratar com a Administração Pública federal, o que é feito por meio da aplicação das medidas de exclusão: *suspension* e *debarment*. Nesse sentido, a *suspension* constitui afastamento temporário, enquanto pendentes os procedimentos investigativos, e o *debarment* é a medida final, que exclui o particular por período determinado.<sup>449</sup>

Os efeitos dessas medidas poderiam ser considerados análogos aos efeitos das sanções contratuais brasileiras analisadas no capítulo anterior: suspensão temporária e declaração de inidoneidade, previstas na Lei nº 8.666/1993. No entanto, o estudo do tema revela que há significativas diferenças entre os institutos brasileiros e norte-americanos. A partir da análise da aplicação das medidas de exclusão, é possível compreender, juntamente com os elementos

---

<sup>446</sup> A legislação norte-americana utiliza os termos ‘*government*’ ou ‘*federal government*’ ao se referir aos Estados Unidos no âmbito das relações contratuais. No entanto, ao utilizar esses termos, o *FAR* se refere às agências que são propriamente a estrutura da administração pública federal norte-americana, pois é por meio delas que o ‘governo dos Estados Unidos’ realiza suas contratações. (CIBINIC, John Jr; NASH, Ralph C. Jr; YUKINS, Christopher R. **Formation of government contracts**. 4. ed. Washington, DC: *Wolters Kluwer*, 2011, p. 25-30.).

<sup>447</sup> *FAR 9.402 (a)* “*Agencies shall solicit offers from, award contracts to, and consent to subcontracts with responsible contractors only. Debarment and suspension are discretionary actions that, taken in accordance with this subpart, are appropriate means to effectuate this policy.*” As agências devem solicitar ofertas, adjudicar contratos e consentir em subcontratar somente os contratantes responsáveis. *Debarment* e *suspension* são ações discricionárias que, tomadas de acordo com esta subparte, são meios apropriados para efetivar essa política. (ESTADOS UNIDOS, 1983, tradução nossa.).

<sup>448</sup> O *FAR* define como *contractor* o indivíduo ou entidade consideradas: licitante, contratado, subcontratado, ou que (i) direta ou indiretamente (por meio de afiliada) detém contratos públicos (ii) detém, ou poderia deter, negócios com o governo. Nesse sentido é a definição apresentada pelo *FAR* Subparte 9.403 “*Contractor*” means any individual or other legal entity that (1) Directly or indirectly (e.g., through an affiliate), submits offers for or is awarded, or reasonably may be expected to submit offers for or be awarded, a Government contract, including a contract for carriage under Government or commercial bills of lading, or a subcontract under a Government contract; or (2) Conducts business, or reasonably may be expected to conduct business, with the Government as an agent or representative of another contractor. (ESTADOS UNIDOS, 1983, tradução nossa.).

<sup>449</sup> FELDMAN, Steven W. **Government Contracts in a nutshell**. 6 ed. Huntsville, Alabama: *West Academic Publishing*, 2016, p. 172.

históricos analisados neste trabalho, quais as razões para o tratamento distinto conferido aos institutos em cada sistema jurídico.

### 7.1 A natureza jurídica do *debarment*

O *debarment* e a *suspension* consistem em atos discricionários aplicados por uma agência para excluir do sistema de contratação pública federal o *contractor* considerado não responsável. O objetivo dessas medidas é impedir que, durante a sua vigência, o *contractor* estabeleça nova relação negocial com o governo federal.

Assim, conforme será demonstrado, constituem ferramentas à disposição das agências para resguardar o interesse público<sup>450</sup> (interesse do governo). Nesse esteio, é importante destacar que embora o texto legal utilize o termo *sanction* (sanção), o *FAR* é categórico ao estabelecer que o *debarment* e a *suspension* não possuem finalidade punitiva.<sup>451</sup>

A *suspension*<sup>452</sup> é procedimento cautelar para impedir que o *contractor* celebre contrato público ou participe de transações com o governo enquanto pendente a investigação criminal ou procedimento legal voltado à apuração de responsabilidade.<sup>453</sup> O *debarment*, a seu turno, é ação tomada para desqualificar entidades ou pessoas por um período determinado de tempo,<sup>454</sup> que deverá variar de acordo com as causas e circunstâncias de cada caso. Embora a *suspension* possua natureza cautelar, ela não é condição para que o *debarment* seja aplicado, pois ele pode ou não dela ser precedido.

<sup>450</sup> O termo interesse público é menos frequente no *FAR*, utiliza-se precipuamente o termo interesse do governo. Assim, ao ler o termo interesse público o leitor deve se ater ao contexto norte-americano trabalhado nos capítulos anteriores.

<sup>451</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.402 (b) “*The serious nature of debarment and suspension requires that these sanctions be imposed only in the public interest for the Government’s protection and not for purposes of punishment. Agencies shall impose debarment or suspension to protect the Government’s interest and only for the causes and in accordance with the procedures set forth in this subpart.*” A gravidade das medidas de *debarment* e *suspension* exige que elas sejam impostas apenas no interesse público para a proteção do Governo e não para fins de punição. As Agências deverão impor o *debarment* e *suspension* para proteger o interesse do Governo e somente em razão das causas e de acordo com os procedimentos estabelecidos nesta subparte. (ESTADOS UNIDOS, 1983, tradução nossa.)

<sup>452</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.407-1(b)(1) “*imposed on the basis of adequate evidence, pending the completion of investigation or legal proceedings, when it has been determined that immediate action is necessary to protect the Government’s interest.*” [É medida] imposta com base em provas adequadas, enquanto se aguarda a conclusão de investigações ou processos judiciais, quando se determinar que uma ação imediata é necessária para proteger o interesse do Governo. (ESTADOS UNIDOS, 1983, tradução nossa.)

<sup>453</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.407.

<sup>454</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.406.

Ao analisar os institutos norte-americanos, percebe-se que eles não apresentam os mesmos requisitos do regime sancionatório brasileiro. O propósito da aplicação das medidas ora comentadas é profilático, isto é, evitar que entidades ou pessoas consideradas desonestas, antiéticas, ou irresponsáveis participem novas de relações negociais com Administração Pública federal. Ou seja, o objetivo da exclusão não é punir o *contractor* em razão de uma conduta pretérita.<sup>455</sup>

Nada obstante, o estudo do sistema de aplicação do *debarment*, precedido ou não da *suspension*, revela que a medida é drástica e possui cunho intimidante. Além do que, as causas de aplicação são diversas, quiçá infinitas, e as consequências, que a seguir serão mais bem especificadas, são severas.

De modo geral, o *debarment* e a *suspension* possuem requisitos semelhantes, do ponto de vista das causa, extensão e efeitos. Há alguma variação no procedimento, o que será oportunamente apontado. Contudo, é importante ressaltar que o foco dá análise recai essencialmente sobre o *debarment*, uma vez que essa é a medida final, que exclui o *contractor* por tempo determinado.<sup>456</sup>

## 7.2 Aspecto evolutivo

Conforme já demonstrado, a Constituição norte-americana não trata da matéria referente a contratos. Ainda assim, o poder de celebrar contratos está implícito porque é “considerado inerente ao Governo dos Estados Unidos exercício de seus funções e competências”.<sup>457</sup> Nesse sistema, compete ao poder legislativo editar leis (*statutes*) que destinam recursos e autorizam a execução de programas ou ações públicas.

Dessa forma, por meio das leis, o Congresso delega poder às agências (poder executivo) a quem compete executar as políticas e regulamentar a legislação.<sup>458</sup> Sendo assim, no sistema norte-americano as agências recebem poder delegado do Congresso. Nada obstante, elas

---

<sup>455</sup> GORDON, Steven D. *Suspension and Debarment from federal programs*. *Public Contract Law Journal*, [s. l.], ano. 23, n. 4, p. 573-606, 1993. p. 582. *HeinOnline*. Acesso em: 10 maio 2019.

<sup>456</sup> Será utilizado ao longo desse capítulo o termo *debarment* como sinônimo das medidas de exclusão, deixando a menção à *suspension* para as especificidades.

<sup>457</sup> CIBINIC; NASH; YUKINS, 2011, p. 38.

<sup>458</sup> CIBINIC; NASH; YUKINS, 2011, p 38.

também possuem discricionariedade para atuar no âmbito das contratações públicas, por serem considerados atos ‘inerentes’ à função do poder executivo.

Ao longo da história, o Congresso editou diversas leis destinadas às agências sobre contratação pública. A legislação sobre o tema era variada e esparsa, mas demonstra que desde o século XIX já se promovia a ideia de que o governo deveria estabelecer relações negociais<sup>459</sup> com parceiros responsáveis. Desse modo, é interessante analisar a evolução normativa do instituto até culminar com o modelo atual do *debarment*.

Conforme já demonstrado, o desenvolvimento do sistema de contratações públicas norte-americano está ligado à necessidade de suprimento do exército. Nesse contexto foi que, por meio do *Act of July 5*, de 1884<sup>460</sup>, passou-se a determinar que o exército deveria celebrar contratos somente com pessoas consideradas responsáveis, norma que conferiu ao agente de contratação a faculdade de excluir quem não fosse considerado detentor dessa qualidade.<sup>461</sup>

O *Act of July 5*, de 1884, contudo, não estabeleceu nenhum procedimento específico nem quais causas deveriam implicar a exclusão do contratante, assim, sua aplicação era feita informalmente. Ainda assim, o diploma legal pode ser considerado muito importante sob o ponto de vista histórico, pois revela que desde o século XIX havia a preocupação de se celebrarem relações negociais com parceiros responsáveis, a fim de assegurar a integridade das contratações do governo<sup>462</sup>.

Mais adiante, no início do século XX, proliferaram estatutos legislados pelo Congresso que previam causas de exclusão de contratantes que descumprissem determinados regramentos<sup>463</sup>.

O *Buy American Act*, de 1933, determinava que fossem utilizados insumos, produzidos ou extraídos do solo norte-americanos, nas obras públicas. Por sua vez essa foi a primeira lei a estabelecer as causas para a exclusão de contratantes.<sup>464</sup> Em seguida, surgiram o *Davis-Bacon*

---

<sup>459</sup> No ordenamento norte-americano, utiliza-se o termo genérico *do business*.

<sup>460</sup> CANNI, Todd J. *Shoot first, ask questions later: an examination and critique of suspension and debarment practice under FAR, including a discussion of the mandatory disclosure rule, the IBM Suspension, and other noteworthy developments*. **Public Contract Law Journal**, [s. l.], ano 38, p. 547-609. 2009. p. 555. *HeinOnline*. Acesso em: 13 maio 2019.

<sup>461</sup> LEVY, Frederic M; WAGNER, Michael T. *The Practitioner's Guide to Suspension and Debarment*. 4. ed. Chicago: *ABA Publishing*, 2018, p. 15.

<sup>462</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 16.

<sup>463</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 16-18.

<sup>464</sup> O regulamento de compras previa que os contratantes com o governo no âmbito da construção civil apenas poderiam utilizar insumos que fossem produzidos no ou extraídos de solo americano. Nesse caso as causas eram limitadas ao descumprimento da regra e por isso o contratando seria excluído das contratações. (CANNI, 2009. p. 556.).

*Act*, em 1936,<sup>465</sup> *Service Contract Act*, de 1965 e o *Walsh-Healey Act*, de 1936,<sup>466</sup> que previam a exclusão daqueles que descumprissem o disposto no regramento trabalhista, especialmente em relação ao pagamento de salários.<sup>467</sup>

Posteriormente, outros estatutos começaram a estabelecer causas para as exclusões, incluindo regramentos relacionados a políticas de proteção ambiental como o *Clean Air Act* e o *Clean Water Act*, mas ainda sem o cuidado de se prever o procedimento a ser adotado.<sup>468</sup> Nesse aspecto, é interessante mencionar que os diplomas legislativos ora destacados foram incorporados ao *U.S. Code* e, atualmente, compõem as hipóteses de *debarment* estatutário (objeto dos tópicos seguintes).

A partir de 1950, o poder executivo editou os dois principais regulamentos com o objetivo de conferir uniformidade ao sistema de contratações. As contratações militares foram disciplinadas pelo *Armed Services Procurement Regulation*<sup>469</sup>, enquanto as civis regiam-se pelo *Federal Procurement Regulation*.<sup>470</sup> Ambos estabeleceram como causas para o *debarment* (i) a condenação civil ou criminal por ilícitos relacionados à obtenção e execução dos contratos; (ii) a violação da lei antitruste; e (iii) a violação dos termos contratuais.<sup>471</sup>

Todavia, o *Armed Services Procurement Regulation*, era o mais agressivo, uma vez que não determinava a notificação dos contratados acerca da imposição do *debarment*. Assim, permitia que os particulares excluídos participassem do procedimento licitatório, inclusive despendendo recursos na expectativa de celebrar contratos, sem saber que jamais seriam vencedores do certame. A exclusão ocorria sem o particular ter a possibilidade do exercício do direito de defesa.<sup>472</sup>

A falta de transparência nos procedimentos, da seara civil e militar, deu margem a severas críticas sobre o sistema. Doutrinadores e *contractors* acusavam o governo dos Estados Unidos de adotar processos antidemocráticos para restringir direitos por meio da atuação das agências.<sup>473</sup>

---

<sup>465</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 16.

<sup>466</sup> MANUEL, M. Kate. *Debarment and Suspension of Government Contractors: An Overview of the Law Including Recently Enacted and Proposed Amendments Congressional Research Service*. [s. l. s. n.], 2008. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/RL34753.pdf>> Acesso em: 15 maio 2019.

<sup>467</sup> CANNI, 2009, p. 556.

<sup>468</sup> LEVY; WAGNER, 2018, 17-18.

<sup>469</sup> CANNI, 2009, p. 557.

<sup>470</sup> CANNI, 2009, p. 557.

<sup>471</sup> CANNI, 2009, p. 557.

<sup>472</sup> CANNI, 2009, p. 558.

<sup>473</sup> CANNI, 2009, p. 558.

Diante disso, em 1963, o sistema de contratações foi revisto pela *Conference Committee on Adjudication of Claims*,<sup>474</sup> comissão estabelecida pelo Presidente Kennedy para estudar os procedimentos administrativos das agências federais e recomendar mudanças com o escopo de aprimorar o sistema de contratações. Dentre os problemas detectados na convenção, destacou-se a falta de requisitos e procedimentos necessários à imposição das medidas, somada à limitação do direito de defesa, pois os particulares declarados inelegíveis tinham somente um limitado acesso à motivação da decisão.<sup>475</sup>

### 7.3 Decisões judiciais e revisão do procedimento

Conforme demonstrado, no início do século XX inexistia procedimento disciplinando a exclusão do sistema de contratação com o governo e as primeiras normas sobre o tema somente se ocuparam de estabelecer as causas, mas não o rito a ser adotado. Nesse contexto, o poder judiciário exerceu certa influência para estipular o procedimento de exclusão.

No julgamento paradigmático do caso *Perkins v. Lukens Co.*, por exemplo, o *contractor* foi excluído do processo de compras por violar as regras de salário mínimo. No entanto, quando ele se insurgiu contra a decisão da agência, a Suprema Corte entendeu que não havia um direito de contratar com o governo, pois a contratação era um privilégio. Sendo assim, a Administração Pública poderia livremente excluir aquele contratante que considerasse indesejado.<sup>476</sup>

No entanto, em 1964, e após as críticas formuladas pela *Conference Committee on Adjudication of Claims* de 1963, no julgamento do caso *Gonzalez v. Freeman*, o Tribunal de Apelações do Distrito de Columbia reconheceu que, embora o particular não detivesse o direito subjetivo de contratar com o poder público, essa premissa não conferia à Administração Pública a prerrogativa de agir arbitrariamente no processo de compras e aquisições.<sup>477</sup>

Sendo assim, o tribunal determinou que deveria ser dado ao particular o direito de confrontar os fatos que lhe fossem imputados e produzir provas, o que deveria ser feito por

---

<sup>474</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 21.

<sup>475</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 22.

<sup>476</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte norte-americana. *Perkins v. Lukens Steel Co.* 310 U.S. 113 (1940). *apud*: CANNI, 2009, p. 563.

<sup>477</sup> ESTADOS UNIDOS. Tribunal de Apelações da Corte de Columbia. *Gonzalez v. Freeman* 334 F.2d 570 (D.C. Cir. 1964) *apud*: GORDON, 1993, p. 575.

procedimento adequado antes que a pessoa, física ou jurídica, fosse oficialmente declarada inelegível para contratar com a Administração.<sup>478</sup>

A decisão em comento é de elevada importância porque, embora a exclusão não constituísse penalidade, a Corte reconheceu que sua imposição acarretaria grave consequência de ordem econômica à entidade. Diante disso, o Tribunal de Apelações do Distrito de Columbia considerou que a fixação de procedimentos administrativos constituía princípio básico de justiça. Isso incluía o dever de notificar o particular, dando-lhe ciência dos fatos a ele imputados, bem como o direito de apresentar provas para a formação do convencimento da decisão administrativa. Desse modo, pela primeira vez,<sup>479</sup> no caso *Gonzalez v. Freeman*<sup>480</sup> demonstrou-se alguma preocupação com o devido processo legal para se aplicar o *debarment*.<sup>481</sup>

Em outra ocasião, no julgamento do caso *Horne Bros. Inc. vs Laird*<sup>482</sup>, o Tribunal de Apelações do Distrito de Columbia considerou que, uma vez aplicada a *suspension*, deveria ser dado ao particular o direito de confrontar os fatos. Para tanto definiu que as agências teriam o prazo de trinta dias para notificá-lo, sem o qual a medida imposta caducaria.<sup>483</sup> Nesse caso, o particular se insurgiu contra a medida aplicada sem notificação prévia. Ademais, o Tribunal de Apelações estabeleceu limiar probatório, porquanto determinou que a *suspension* deve ser aplicada com base em “evidência adequada”.<sup>484</sup> Nesse sentido, apenas notificar o particular sobre a exclusão seria insuficiente, porque caberia à agência apresentar os indícios sob os quais a *suspension* se fundamentou.

No entanto, nesse julgado específico, o Tribunal entendeu que diante do caso concreto não houve violação, porque entre a aplicação da medida e o início do processo de compras não havia decorrido trinta dias.<sup>485</sup>

---

<sup>478</sup> ESTADOS UNIDOS. Tribunal de Apelações da Corte de Columbia. *Gonzalez v. Freeman* 334 F.2d 570 (D.C. Cir. 1964) *apud*: GORDON, 1993, p. 575.

<sup>479</sup> GORDON, 1993, p. 575.

<sup>480</sup> ESTADOS UNIDOS. Tribunal de Apelações da Corte de Columbia *Gonzalez v. Freeman* 334 F.2d 570 (D.C. Cir. 1964) *apud*: GORDON, 1993, p. 575.

<sup>481</sup> BLOCK, Samantha. *Defying Debarment: Judicial Review of Agency Suspension and Debarment Actions*. *George Washington Law Review*, Washington D.C, ano 86, n. 1316, 2018, p. 1328. *HeinOnline*. Acesso em: 10 dez. 2018.

<sup>482</sup> ESTADOS UNIDOS. Tribunal de Apelações da Corte de Columbia. *Horne Bros. Inc. vs Laird*. 463 F.2d 1268 (D.C. Cir. 1972) *apud*: LEVY; WAGNER, 2018, p. 24-25.

<sup>483</sup> BLOCK, 2018, p. 1329.

<sup>484</sup> ESTADOS UNIDOS. Tribunal de Apelações da Corte de Columbia. *Horne Bros. Inc. vs Laird*. 463 F.2d 1268 (D.C. Cir. 1972) *apud*: SHANNON, Brian D. *Debarment and suspension revisited: Fewer eggs in a basket?* *Catholic University Law Review*, [s. l.], n. 363, 1995. p. 388. *HeinOnline*. Acesso em: 10 de maio de 2019.

<sup>485</sup> BLOCK, 2018, p.1329.

Desse modo, vê-se que o envolvimento do poder judiciário foi importante para a consolidação de um procedimento mais transparente, uma vez que pouco a pouco os regulamentos foram revisados de forma a se adequarem aos resultados das decisões judiciais que o interpretavam.<sup>486</sup>

#### 7.4 Os tipos de *debarment* no sistema norte-americano

No sistema federal norte-americano, há três tipos de *debarment*: o estatutário,<sup>487</sup> disciplinado no *U.S Code*, o *non-procurement* e o *procurement*, que estão previstos no *Code of Federal Regulations (CFR)*.

O *debarment* estatutário é fruto de opção legislativa referente a temas específicos editados pelo Congresso norte-americano que, ao disciplinar determinados assuntos e políticas, inclui a declaração de inelegibilidade dos particulares para celebrar contratos com o governo.

O *debarment* estatutário é frequentemente referido como *mandatory*, porque ele não pode ser afastado por outra agência para que ela celebre contrato com o particular declarado inelegível (o que é possível no âmbito do *FAR*). Desse modo, essa é a principal diferença entre o *debarment* estatutário e os demais tipos, tendo em vista que caso alguma agência celebre contrato com esses particulares, a avença é nula.<sup>488</sup>

Embora o *debarment* estatutário não seja objeto deste estudo, é importante ressaltar que as exclusões trabalhadas no tópico 7.2 decorrem de *debarment* estatutário. Nesse sentido, o procedimento desenvolvido por intermédio de sua aplicação contribuiu para o aprimoramento do sistema de exclusões, tendo sido, inclusive, incorporado ao *FAR* na ocasião da sua edição.<sup>489</sup>

Ademais, o *debarment* pode se relacionar ou não com o processo de contratação pública. Nesse sentido, está segmentado entre *procurement debarment*, disciplinado no *FAR*, e o *non-procurement debarment*, cujo regramento é intitulado *Non-procurement Common Rule (NCR)*.<sup>490</sup>

---

<sup>486</sup> SHANNON, 1995, p. 386-389.

<sup>487</sup> CANNI, 2009, p. 544-555.

<sup>488</sup> CIBINIC; NASH; YUKINS, 2011, p. 458-459

<sup>489</sup> SHANNON, 1995, p.386-389.

<sup>490</sup> CIBINIC; NASH; YUKINS, 2011, p.461.

Embora as regras estejam disciplinadas em títulos distintos do regulamento federal<sup>491</sup>, o desenvolvimento de ambos os institutos foi simultâneo<sup>492</sup> e, de maneira geral, estão submetidos aos mesmos princípios.<sup>493</sup> O *non-procurement debarment* é aplicado pelas agências federais nos casos em que há transferência de recursos públicos, tais como transferência de verbas destinadas a subsídios, empréstimos, programas assistência social e, inclusive repasses financeiros para estados e municípios.<sup>494</sup>

Embora cada ‘tipo’ de *debarment* citado possua sua regulamentação própria, o *FAR* determina que as agências não devem celebrar contratos com aqueles contractors que tiverem sido declarados inelegíveis em virtude de lei ou outro regulamento, consolidando, assim, os efeitos da medida perante toda Administração Pública federal.<sup>495</sup>

### **7.5 O *Federal Acquisition Regulation***

Para entender a estrutura do regime de contratações públicas do sistema norte-americano é preciso elucidar as questões seguintes.

O *U.S. Code* é o compilado de normas publicadas pelo Congresso. Nele estão contidas as provisões oriundas de leis federais e, inclusive, as normas que delegam poder às agências. Por sua vez, o *CFR* é o regulamento federal. Nele estão abarcadas as normas estabelecidas pelo Poder Executivo, ou seja, os regulamentos referentes às normas de Direito Administrativo e regulatório.

Conforme demonstrado, o Congresso Norte-Americano não havia adotado uma lei específica que abarcasse todo o sistema de contratações públicas, sendo que a legislação, apesar de abundante, carecia de sistematicidade. Não obstante, há no Título 41 do *US Code*, § 1121<sup>496</sup>

---

<sup>491</sup> O *non-procurement debarment* está inserido no Título 2 do Código de Regulação Federal norte-americano e *procurement debarment* está inserido no Título 48.

<sup>492</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 32 *et seq.*

<sup>493</sup> CIBINIC; NASH; YUKINS, 2011, p. 461.

<sup>494</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 32 *et seq.*

<sup>495</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.5 (b)

<sup>496</sup> 41 *US Code*, *Public Contracts*, § 1121 (b) *Federal Acquisition Regulation*.—

“To the extent that the considers appropriate in carrying out the policies and functions set forth in this division, and with due regard for applicable laws and the program activities of the executive agencies, the Administrator may prescribe Government-wide procurement policies. The policies shall be implemented in a single Government-wide procurement regulation called the Federal Acquisition Regulation.”

Na medida em que o considere necessário para a execução das políticas e funções estabelecidas nesta divisão, e com a devida observância às leis aplicáveis e às atividades do programa das agências executivas, o Administrador pode prescrever políticas de aquisição de todo o Governo. As políticas devem ser implementadas em um único

uma autorização legislativa que confere ao poder executivo competência para promulgar regulamentação única e capaz de abarcar todo o procedimento de contratação pública federal.

Assim, em 1983, finalmente foi promulgado o *Federal Acquisition Regulation – FAR* – para unificar a matéria, sendo que os regulamentos previamente existentes que tratavam do *debarment* foram recodificados e inseridos na subparte 9.4 do *FAR*.<sup>497</sup>

### 7.5.1 O *debarment* no *FAR*

Na década de 1980 houve pressão social por maior controle sobre os gastos das agências e para se evitar fraudes e desperdícios do dinheiro público. Nesse contexto, o *debarment* foi percebido como importante ferramenta para combater os desvios e assegurar a integridade das contratações. Embora a legislação anterior tivesse disciplinado o tema, inexistia uma política sistêmica voltada ao incentivo de uma aplicação efetiva e capaz de vincular todo o governo, pois, de maneira geral, os impedimentos eram aplicados isoladamente.<sup>498</sup> Desse modo, mesmo os regulamentos federais existentes à época, (*Armed Services Procurement Regulation* e *Federal Procurement Regulation*) eram insuficientes, porque não abarcavam todas as agências. Sendo assim, as disposições sobre as medidas de exclusão (*debarment* e *suspension*) foram reunidas e inseridas na subparte 9.4 do *Federal Acquisition Regulation – FAR*<sup>499</sup>. Por sua vez, no âmbito do *FAR*, as medidas de exclusão são aplicadas pelo *Suspension and Debarment Official (SDO)*,<sup>500</sup> definido como o chefe da agência, ou pessoa por ele designada.<sup>501</sup>

O *FAR* autoriza a suplementação das normas por cada agência, especialmente no que concerne aos procedimentos internos. Por essa razão o Presidente dos Estados Unidos, em 1986, expediu a Ordem Executiva nº 12.549,<sup>502</sup> editada para assegurar a coerência entre os regulamentos das agências referente aos processos de exclusão de parceiros contratuais

---

regulamento de aquisições em todo o governo, chamado de *Federal Acquisition Regulation*. (ESTADOS UNIDOS, tradução nossa.).

<sup>497</sup> CIBINIC; NASH; YUKINS, 2011. p. 34.

<sup>498</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 30-31.

<sup>499</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.4.

<sup>500</sup> *Suspension and Debarment Official - SDO*, sigla em inglês.

<sup>501</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.403 Definições.

<sup>502</sup> ESTADOS UNIDOS, **Executive Order n 12549, de 18 de fevereiro de 1986. Debarment and suspension.** Washington D.C: Presidência da República. disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12549.html>. Acesso em: 22 maio 2019.

irresponsáveis com o escopo de inibir fraudes e abusos no processo licitatório. Para tanto, foi criada a *Interagency Suspension and Debarment Committee (ISDC)*.

Dentre as atribuições conferidas à *ISDC* estava o dever de promover o desenvolvimento de programas voltados ao aprimoramento das ações de exclusão. Foi atribuída ainda a competência para prestar suporte e coordenar as ações de *suspension* e *debarment* entre as agências, principalmente quando houvesse mais de uma interessada em promover a exclusão, sempre em atenção às políticas estabelecidas no regulamento federal.

Por fim, a Ordem Executiva nº 12.549 determinou que, uma vez aplicada, a medida deveria excluir o *contractor* de todo o sistema de contratação do governo federal norte-americano. Desse modo, embora aplicado no âmbito do *FAR*, o impedimento transcende a seara das contratações públicas, pois abarca tanto as contratações públicas (*government procurement*), quanto as relações não-licitatórias (*nonprocurement programs*). Isso exclui o *contractor* de participar de relações negociais que envolvam subsídios, subvenções, *leasing* e empréstimos. Ou seja, uma vez aplicado o *debarment* ou a *suspension*, o *contractor* está impedido de estabelecer relação negocial em sentido amplo com a Administração Pública federal.<sup>503</sup>

#### 7.5.1.1 A responsabilidade

Ao definir a política a ser adotada, o *FAR* destaca que o governo apenas pode celebrar contratos com parceiros responsáveis, motivo pelo qual os contratos, ao serem firmados, não são orientados como principal critério o menor preço – como, a princípio se poderia pensar.<sup>504</sup>

<sup>503</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR* Subparte 9.401.

<sup>504</sup> *FAR* Subparte 9.103 – Policy; “Responsibility plays an important role in protecting a number of core values of our public procurement system. Offers of low prices or attractive technologies prove a false economy if a firm cannot fulfil its contractual promises. Contracting with responsible firms should not expose the Government to risk of eventual default, late delivery, poor quality, cost overruns, etc. Thus, a nexus generally exists between the responsibility determination and the goods or services the Government seeks to procure. The general standards of responsibility, articulated in *FAR* 9.104-1, appear relevant to the Government’s ability to obtain needed goods, services, or construction.” A responsabilidade desempenha um papel importante na proteção dos valores fundamentais de nosso sistema de compras públicas. Ofertas de preços baixos ou tecnologias atraentes constituem uma falsa economia se o contratado não puder cumprir suas promessas contratuais. Contratações com empresas responsáveis não devem expor o governo ao risco de eventual inadimplência, atraso na entrega, má qualidade, excesso de custos, etc. Assim, existe um nexo entre a determinação da responsabilidade e os bens ou serviços que o governo procura obter. Os padrões gerais de responsabilidade, articulados no *FAR* 9.104-1, são relevantes para que o Governo possa obter bens, serviços ou construção necessários. (ESTADOS UNIDOS, 1983, tradução nossa.).

Diante disso, resta claro que no âmbito das contratações o elemento primordial a ser considerado no processo licitatório é a responsabilidade do *contractor*.

Para ser considerado responsável, o licitante deve demonstrar que detém recursos para executar o contrato, é capaz de cumprir o cronograma de entrega ou execução e demonstrar histórico de performance satisfatória no desempenho contratual, bem como de atuação íntegra e ética negocial. No âmbito das corporações, é importante que a entidade se demonstre organizada do ponto de vista institucional, o que inclui os aspectos contábil, operacional e técnico.<sup>505</sup> Nota-se, portanto, que há uma gama de requisitos bem determinados que deverá ser avaliada pela agência a fim de perquirir a credibilidade do *contractor*.<sup>506</sup>

#### 7.5.1.2 As causas de aplicação

As causas que atraem a aplicação do *debarment* baseiam-se na falta de integridade e honestidade ou baixa performance contratual, dividindo-se em: cometimento de atos ilícitos que ensejaram indiciamento ou condenação civil ou criminal; outras condutas que, mediante evidência preponderante, também coloquem em xeque a responsabilidade do contratante para atuar junto ao governo.<sup>507</sup>

O *debarment* pode ser aplicado quando, ocorrendo alguma das causas relacionadas na subparte 9.406-2 do *FAR*, o *SDO* entender que, ante a gravidade da conduta ou omissão, determinada pessoa ou entidade não pode ser considerada responsável para contratar com o governo dos Estados Unidos.<sup>508</sup>

A aplicação dessa medida se baseia em alguma condenação, seja ela cível ou criminal, desde que em razão de:<sup>509</sup>

(i) cometimento de fraude ou crime em conexão com a obtenção ou tentativa de obter ou executar contrato público, inclusive na condição de subcontratado;

(ii) violação de lei da concorrência. Nessa hipótese, o indiciamento ou a condenação podem ser fundados inclusive por violação de estatutos antitruste promulgados pelos estados norte-americanos;

---

<sup>505</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.104-1.

<sup>506</sup> CANNI, 2009, p. 578-579.

<sup>507</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 63.

<sup>508</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 63.

<sup>509</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte *FAR* 9.406-2 (a) (1 a 5).

(iii) corrupção, apropriação indébita de verbas, fundos, falsificação, destruição de arquivos e provas, falso testemunho, evasão de divisas, crime tributário federal e receptação;

(iv) violação das regras de produtos nacionais, falsamente afixando o termo ‘*Made in America*’;

(v) qualquer ato que aponte a falta de integridade ou honestidade no desempenho da atividade empresarial que afete séria e diretamente a responsabilidade do *contractor* para se negociar com o governo.

As hipóteses elencadas chamam atenção para o fato de que o *contractor* pode ser excluídos por condutas que nem sequer guardem conexão com a seara das contratações públicas. Por outro lado, o disposto no item ‘v’ se trata de verdadeira causa em branco<sup>510</sup> que confere ao *SDO* a prerrogativa de aplicar o *debarment* em razão de condenação não especificada no *FAR*, mas que, a seu juízo, afete a responsabilidade do *contractor* de forma a colocar em risco os interesses do governo.

Inobstante as causas mencionadas se relacionarem com condenações judiciais, é importante destacar que a punição se encerra no momento da condenação cível ou criminal, ou seja, não é esse o propósito das medidas administrativas comentadas neste capítulo.

Quer dizer, punir não é definitivamente o propósito do *FAR*. Sendo assim, o *SDO* não pode se basear apenas em condenação pretérita para aplicar a medida. Na verdade, precisa demonstrar que a conexão da conduta com a (ir)responsabilidade do *contractor*, no momento da decisão administrativa, é passível de afetar a integridade das contratações no presente e no futuro.<sup>511</sup>

Para além das hipóteses relacionadas à condenação cível ou criminal, o *debarment* pode ser aplicado em face do contratado, quando presente ‘evidência preponderante’<sup>512</sup> das causas relacionadas nos itens ‘i’ a ‘v’, e ainda quando haja<sup>513</sup>:

(vi) séria falha de conduta ao executar determinado contrato, histórico de falhas ou execução insatisfatória em vários contratos;

(vii) violação do disposto no Título 41 do *US Code*, relacionado à política de drogas no ambiente de trabalho;<sup>514</sup>

<sup>510</sup> Essas causas são chamadas de *catch-all basis*. (LEVY; WAGNER, 2018, p. 61.).

<sup>511</sup> GORDON, 1993, p. 581.

<sup>512</sup> *Preponderance of the evidence*” means proof by information that, compared with that opposing it, leads to the conclusion that the fact at issue is more probably true than not.” A ‘evidência preponderante’ é prova por informação mais robusta compreendida como aquela que, se confrontada com a outra a qual se opõe, prepondera, e provavelmente é a verdadeira. (ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 2.101 ‘Definições’. tradução nossa.).

<sup>513</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9406-2 (b).

<sup>514</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9406-2 (b.) (1) (ii).

(viii) práticas desleais de mercado relacionadas ao mercado interno, indústria e à exportação ou importação de determinados produtos;<sup>515</sup>

(ix) o não pagamento de impostos federais, após o trânsito em julgado dos recursos, desde que não haja parcelamento em vigor;

(x) descumprimento das regras de divulgação obrigatória;<sup>516</sup>

(xi) determinação do Departamento de Segurança Interna (*Department of Homeland Security*) em razão do descumprimento de leis sobre imigração e nacionalidade;

(xii) qualquer causa séria e suficiente que para afetar a responsabilidade do *contractor* ou de subcontratado.

O *FAR* confere ainda ao *SDO* o poder de excluir o *contractor* sob qualquer situação que considere ‘séria o suficiente’ para colocar em risco os interesses do governo. Desse modo, as causas previstas nos itens (v) e (xii), são chamadas de ‘causas em branco’. Ou seja, no sistema *FAR*, além de o *SDO* ter a discricionariedade para aplicar a medida, a seu juízo também poderá estabelecer, diante do caso concreto, qual a ‘conduta típica’.<sup>517</sup>

É importante destacar que, diante da multiplicidade de condutas, as causas são, na verdade, quase infinitas e nem sequer é necessário que conduta guarde relação com o desempenho da contratação contratual.<sup>518</sup>

Ademais, no que concerne às causas para aplicação da *suspension*, o *FAR* estabelece que o *SDO* pode aplicá-la caso seja constatada a omissão ou prática de conduta descrita como causa hábil a ensejar o *debarment*, baseado em ‘adequada evidência’ ou indiciamento criminal.<sup>519</sup> Ou seja, enquanto o *debarment* é precipuamente aplicado em razão de uma condenação, a *suspension* é imposta por suspeita de que o *contractor* tenha praticado alguma das ações ou omissões elencadas dentre as causas possíveis.

<sup>515</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.403.

<sup>516</sup> As regras de divulgação obrigatória estão disciplinadas *FAR Subparte*52.203-13 e serão trabalhadas adiante.

<sup>517</sup> SHAW, Steven A. *Access to information: the key challenge to a credible suspension and debarment program*. In: SCHOONER et al., ***Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy***. *Public Procurement Law Review*, v. 13, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=509004>> Acesso em: 12 mar. 2019.

<sup>518</sup> Nesse sentido é a crítica do professor Yukins Os funcionários do governo podem suspender ou aplicar o *debarment* aos contratados por qualquer ato grave. Como resultado, essas medidas podem ter pouco ou nada a ver com o trabalho da firma sancionada como um contratado do governo. De fato, como observado, algumas suspensões recentes foram discutíveis por razões - falhas de controles internos, por exemplo - que estavam apenas remotamente relacionadas ao trabalho das empresas afetadas na arena federal. “*government officials may suspend or debar contractors for almost any serious bad act. As a result, a suspension or debarment may have little, if anything, to do with the sanctioned firm’s work as a government contractor. Indeed, as noted, some recent suspensions were arguably for reasons – failures of internal controls, for example – that were only remotely related to the affected firms’ work in the federal arena.*” (YUKINS, Christopher R., *Suspension and debarment: reexamining the process*. In: SCHOONER et al., ***Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy***. *Public Procurement Law Review*, v. 13, 2004. p. 54. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=509004>> Acesso em: 12 mar. 2019.).

<sup>519</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.407-2.

No entanto, é interessante notar que a falha na execução contratual, ou histórico de falhas, não está especificada dentre as causas possíveis para ensejar a *suspension*.<sup>520</sup> Dessa forma, percebe-se que a *suspension* é medida que está muito mais relacionada com o risco decorrente da falta de postura responsável do *contractor*, do que com a execução contratual em si. Ademais, por essa razão, ao aplicá-la o *SDO* deve demonstrar que a suspensão imediata é necessária para proteger os interesses do governo diante dos indícios de falta de integridade ou da prática de conduta que coloque em xeque a responsabilidade do *contractor* para atuar junto ao governo.<sup>521</sup>

### 7.5.1.3 O procedimento de aplicação do *debarment*

O *FAR* estabelece que deve preponderar a informalidade do procedimento desde que observado patamar viável e consistente com os fundamentos da justiça.<sup>522</sup> Nesse sentido, o regulamento federal delimita os requisitos essenciais a serem observados e confere a cada agência a competência para decidir a forma de condução do procedimento interno de apuração dos fatos e providências a serem adotadas.<sup>523</sup>

Assim, após concluídos os trâmites internos e específicos de cada agência, cabe ao *SDO* decidir se as evidências constituem causa para *suspension* ou proposição de *debarment* em face do *contractor*.

O *debarment* é a exclusão do contratado por período de tempo determinado, que, no âmbito do *FAR*, geralmente não é superior a três anos.<sup>524</sup> A sua aplicação requer notificação prévia informando as razões e a causa relativas à “propositura do *debarment*”. A agência também deve esclarecer o procedimento a ser adotado em razão de especificidade de seu regulamento e, principalmente, os efeitos decorrentes da medida proposta,<sup>525</sup> uma vez que a

---

<sup>520</sup> FORTINI, Cristiana; YUKINS, Christopher; AVELAR, Mariana. *A comparative view of debarment and suspension of contractors in Brazil and in the USA*. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 61-83, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.370. p. 71

<sup>521</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.407 (b).

<sup>522</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.406-3 (b) (1).

<sup>523</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.402 (c) (e); Dentre as providências a serem tomadas está o avaliação das circunstâncias mitigadores que serão trabalhadas no tópico 7.5.1.6.

<sup>524</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR* 9406-4 (a) (1)

<sup>525</sup> BLOCK, p. 1328.

simples proposição já pode acarretar a exclusão do *contractor*.<sup>526</sup> O *contractor* também deve ser advertido de que possui prazo de 30 dias para apresentar resposta.<sup>527</sup>

Por seu turno, a *suspension* é aplicada quando verificado que, diante das circunstâncias, a exclusão imediata é necessária para proteger os interesses do governo. Sua aplicação é feita sem notificação que a anteceda e, do mesmo modo, exclui prontamente o *contractor*, impedindo-o de participar de licitações, celebrar novos contratos ou aditivos com a Administração Pública federal.<sup>528</sup>

Como se extrai dos procedimentos descritos, tanto a *suspension* quanto a proposição de *debarment* acarretam o mesmo efeito prático: a exclusão imediata do contratado. Há, porém, diferenças que merecem ser abordadas.

Conforme explicado, o *debarment* é proposto em razão de condenação civil ou criminal nas hipóteses anteriormente descritas, ou ainda se presente a “evidência preponderante” referente às causas elencadas no tópico anterior<sup>529</sup>.

Nos casos em que a proposição se baseia em condenação civil ou criminal, ou quando a defesa apresentada não recai sobre a materialidade dos fatos, o *SDO* deve decidir, no prazo de 30 dias, sobre a aplicação ou não do *debarment*.<sup>530</sup> É de se notar que o espectro de defesa material é limitado e, principalmente, pode ser bastante difícil desconstruir a acusação quando a causa decorre de condenação civil ou criminal.

Nesse ponto, é fundamental que o *contractor* demonstre que a sua reponsabilidade para atuar junto à Administração não foi afetada, o que será evidenciado pelas chamadas “circunstâncias mitigadoras”, também conhecidas como atenuantes e medidas de autossaneamento (a serem trabalhadas nos tópicos seguintes). No entanto, caso o ponto controvertido recaia sobre a materialidade dos fatos, não há prazo mínimo fixado para o *SDO* decidir; sendo assim, pode se prolongar até o tempo máximo previsto para o *debarment*, ou pior, por período indefinido.<sup>531</sup>

Exatamente em razão da gravidade dos efeitos que a proposição acarreta ao contratado, o procedimento deveria se desenvolver de maneira célere. No entanto, é possível que o *SDO* requeira a dilação do prazo por “razão de boa causa”,<sup>532</sup> o que atrai insegurança e indesejáveis

---

<sup>526</sup> CANNI. 2009, p 553.

<sup>527</sup> Conforme destacado a resposta é entendida em sentido amplo, nesse momento o contratado poderá se insurgir contra os fatos, ou demonstrar a medidas de autossaneamento que serão trabalhadas no tópico 7.5.1.6.

<sup>528</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.406-3 (d)(1).

<sup>529</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte *FAR* 9.406-2 do *FAR*.

<sup>530</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subpart 9.406-3(d).; CANNI, 2009, p 583.

<sup>531</sup> CANNI. 2009, p. 553.

<sup>532</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subpart 9.406-3 (d) (1).

consequências ao contratado, uma vez que a exclusão passa a vigorar sem prazo determinado, até que o *SDO* decida sobre o *debarment*.<sup>533</sup>

Já a *suspension* é medida aplicada em razão de indiciamento criminal, ou enquanto pendente procedimento de apuração instaurado pela agência em razão de “evidência adequada” das causas hábeis a ensejar o *debarment*.

O *FAR* define como “evidência adequada” a informação suficiente para embasar razoável convencimento de que ocorreu determinada ação ou omissão.<sup>534</sup> O procedimento de apuração deve ser iniciado em 12 meses, podendo ser estendido por mais seis, a requerimento do *SDO*. No entanto, é possível, diante do caso concreto, que o prazo total da medida cautelar exceda os 18 meses, enquanto pendente o procedimento investigativo, desde que seja iniciado dentro desse período.<sup>535 536</sup>

Assim como na proposição de *debarment*, a notificação da *suspension* deverá informar as razões e a causa que deram ensejo ao procedimento, e o prazo de 30 dias para apresentar resposta. Ainda, tendo em vista a natureza cautelar da medida, o *contractor* deve ser comunicado dos procedimentos complementares e necessários à apuração da materialidade dos fatos.<sup>537</sup> Nesse aspecto, é relevante destacar que, nas hipóteses de suspensão baseadas em indiciamento feito pelo Departamento de Justiça, a notificação deve informar a conduta investigada, sem, contudo, revelar as provas coletadas.<sup>538</sup>

Em tese, os procedimentos destacados (proposição de *debarment* e *suspension*) seriam distintos, mas, na prática, é possível que sejam utilizados para excluir o *contractor* por período indefinido de tempo.<sup>539</sup> No entanto, é de se notar que a *suspension* constitui medida mais agressiva, uma vez que não se trata de medida final e, além disso, baseada em acervo probatório

<sup>533</sup> CANNI, 2009, p. 585.

<sup>534</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subpart 2.101.

<sup>535</sup> “*Suspension may not substitute debarment. Nevertheless, once legal proceedings are initiated, a suspension may continue indefinitely until completion of the proceeding, including any appeal.*” Suspensão não é substituto legal para o *debarment*, ainda assim, quando o processo judicial é iniciado a suspensão pode perdurar por tempo da ação judicial, incluindo em caso de julgamento. (LEVY; WAGNER, 2018, p. 56, tradução nossa.)

<sup>536</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subpart 9.407-4 (b).

<sup>537</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subpart 9.407-3 (c) (6).

<sup>538</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subpart 9.407-3 (c) (2).

<sup>539</sup> “*Therefore, given that the regulations do not establish a maximum time limit, the Government can use a notice of proposed debarment to exclude a contractor indefinitely or at least as long as the period set forth for debarment. In fact, in practice, in an effort to avoid violating the timing requirements in the suspension context, it is not unheard of for agencies to follow up a suspension notice with a notice of proposed debarment in an effort to extend the period of exclusion while they continue to investigate the matter.*” Portanto, dado que os regulamentos não estabelecem um limite de tempo máximo, o poder público pode usar a propositura do *debarment* para excluir um contratante indefinidamente, ou pelo menos, por todo o período total de exclusão estabelecido para o *debarment*. De fato, na prática, para evitar violar o prazo máximo previsto para a suspensão, não é raro que a suspensão seja seguida da propositura do *debarment* como forma de estender o período de exclusão enquanto continue a investigar o assunto. (CANNI, 2009, p. 585, tradução nossa.)

mais frágil. Já a propositura do *debarment* deve ser fundada em “evidência preponderante”, o que requer atuação mais diligente do SDO,<sup>540</sup> uma vez que o acervo probatório é mais robusto. O *debarment* é, portanto, a medida definitiva, imposta após análise da defesa, que exclui o *contractor* do sistema de contratações por período de tempo determinado.

Apesar das diferenças apontadas para aplicação das medidas, os procedimentos, de maneira geral, podem ser considerados simples. Na prática, a defesa do *contractor* deve ser no sentido de demonstrar que a responsabilidade não foi afetada pela conduta. Após a fase de apuração, o SDO deverá determinar exclusão (por *suspension* ou proposição de *debarment*) ou aplicar efetivamente o *debarment*, enquanto medida final que é.

No entanto, releva notar, uma vez mais, que o ato é discricionário e que frequentemente resulta de acordo celebrado entre o *contractor* e o SDO, após análise das circunstâncias mitigadoras.

#### 7.5.1.4 O termo de duração

Conforme demonstrado, o prazo de duração é importante característica que possibilita diferenciar o *debarment* da *suspension*, uma vez que o *debarment* tem como predicado o termo de duração, enquanto a *suspension* se vincula aos procedimentos investigativos.

Nesse sentido, a *suspension* constitui exclusão precária que pode ser mantida pelo prazo de 12 meses, prorrogável por mais seis, a requerimento do Departamento de Justiça – (DOJ). É importante perceber que, apesar de o SDO ser o agente competente para aplicar a *suspension*, a prorrogação depende de solicitação do DOJ. É possível, no entanto, que o tempo de *suspension* supere o prazo total de dezoito meses, desde que dentro do prazo seja ajuizada ação civil ou criminal.<sup>541</sup>

É importante lembrar que a *suspension*, assim como a prorrogação, devem ser baseados em evidência adequada. Ou seja, a extensão não pode configurar prorrogação indefinida, nem arbitrária, pois deve servir ao propósito investigativo.<sup>542</sup> Ou seja, o tempo total deve ser

---

<sup>540</sup> CANNI, 2009, p. 584.

<sup>541</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, FAR, Subparte 9.407-4.

<sup>542</sup> CIBINIC, 2011, p. 485.

mensurado, até porque deverá ser descontado do prazo fixado no *debarment*, caso a medida final seja aplicada.<sup>543</sup>

Nesse sentido, o *FAR* estabelece que em regra, o *debarment* não deverá exceder três anos,<sup>544</sup> e evidentemente, as circunstâncias mitigadoras devem ser consideradas para fixação do período.<sup>545</sup> Há, contudo, exceções específicas que permitem prazo distinto em razão da causa.

Desse modo, o *debarment* imposto com base em violações da legislação antidrogas não deve exceder o prazo de cinco anos,<sup>546</sup> ao passo que se a causa for o descumprimento de legislação sobre imigração, deve ser aplicado o prazo de um ano, podendo ser estendido por mais um por determinação do Ministro de Segurança Interna (*Department Homeland Security*) ou do Advogado-Geral do Governo.<sup>547</sup>

No entanto, o período inicial pode ser reduzido ou prolongado por razões de (i) prova nova; (ii) condenação revertida; (iii) mudança no controle ou direção da entidade; (iv) eliminação das causas sob a qual a exclusão foi imposta; e por fim, a opção discricionária do *SDO*, (v) segundo razões relevantes e apropriadas.

No que se refere ao prazo total, é importante destacar que o *FAR* não admite o *debarment* por tempo indeterminado,<sup>548</sup> sendo que as decisões impostas por período superior ao estabelecido estão sujeitas a maior escrutínio judicial.<sup>549</sup> No entanto, o relatório da *ISDC*, referente aos anos de 2009 e 2010, reporta que, em alguns casos, com o objetivo de proteger os recursos públicos, o Departamento de Defesa aplicou, *debarment* pelo prazo superior ao previsto no *FAR*, variando entre 10 e 27 anos.<sup>550</sup>

<sup>543</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.406-4(a)(2).

<sup>544</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.406-4 (a)(1).

<sup>545</sup> CIBINIC, 2011, p. 481.

<sup>546</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9406-4 (a)(1)(i).

<sup>547</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9406-4 (a)(1)(ii).

<sup>548</sup> CIBINIC, 2011, p. 483.

<sup>549</sup> CIBINIC, 2011, o. 482.

<sup>550</sup> “While debarments generally do not exceed three years in duration, some agencies reported that they imposed debarments with longer periods where circumstances warranted in order to protect the public’s interest in safeguarding public funds. Each of the military services and DLA reported that they had issued at least one debarment in FY 2009 or FY 2010 with a period of anywhere from 10 to 27 years. DHS reported one debarment issued in FY 2010 for 16 years. EPA reported issuing a 15 year debarment in FY 2009 and a 20 year debarment in FY 2010.” Embora o *debarment* geralmente não exceda três anos de duração, algumas agências informaram que impuseram exclusões com períodos mais longos, quando as circunstâncias assim justificaram, a fim de proteger o interesse do público em salvaguardar os fundos públicos. Cada um dos serviços militares e a Agência de Logística do Departamento de Defesa relataram que haviam emitido pelo menos um *debarment* no ano fiscal de 2009 ou no ano fiscal de 2010, com período de 10 a 27 anos. O Departamento de segurança interna relatou uma exclusão emitida no ano fiscal de 2010 por 16 anos. A Agência de Proteção Ambiental divulgou um *debarment* de 15 anos no ano fiscal de 2009 e outro de 20 anos no ano fiscal de 2010. (*INTERAGENCY SUSPENSION AND DEBARMENT COMMITTEE - ISDC*. Relatório para o Congresso norte-americano sobre as ações de suspensão e *debarment* das agências federais. Ano fiscal 2009/2010. Washington D.C. Jun.2011. Disponível em <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/procurement/reports/isdc-report-to-congress-61411.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.).

### 7.5.1.5 A extensão

O âmbito do alcance do *debarment* é ponto sensível relativo à medida. Em regra, abarca toda a entidade. Quando, porém, se tratar de corporação que atua em diversos setores econômicos e cujas atividades sejam exercidas de maneira independente, é possível que o *SDO* restrinja a exclusão a um setor determinado.<sup>551</sup>

Lado outro, o *FAR* estabelece que a exclusão não se estende automaticamente às entidades “afiliadas”. O termo é amplo e abrange pessoas jurídicas e indivíduos filiados uns aos outros, seja por controle direto, indireto, ou de fato.<sup>552</sup> Nesse sentido, o requisito para se definir a afiliação é o controle, o que deve ser aferido pelo *SDO*.<sup>553</sup>

Para estender a medida a outras entidades, cabe ao *SDO* demonstrar a relação das afiliadas com a causa do *debarment*, o que poderá ser feito ou após ser constatada a participação no ilícito; ou após ser percebido que a irresponsabilidade do *contractor* atinge determinado setor (como por exemplo uma subsidiária operacional), ou mesmo se macula toda a corporação.<sup>554</sup>

Outrossim, pode ser que haja fundado receio de que a entidade se valha de interposta pessoa para continuar contratando com a Administração federal, no caso do controle de fato. Desse modo, a medida seria inócua caso o *contractor* excluído transferisse sua operação para outra entidade que detivesse o controle de fato.<sup>555</sup> Por fim, é possível estender sua aplicação a grupos econômicos de fato ou de direito quando ficar evidente que a conduta ilícita se reverteu em proveito do grupo, ou mediante conhecimento ou aquiescência das entidades coligadas.<sup>556</sup>

<sup>551</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.406-1 (b).

<sup>552</sup> *FAR*, Subparte 9403 (1) *Business concerns, organizations, or individuals are affiliates of each other if, directly or indirectly (i) Either one controls or has the power to control the other; or (ii) A third party controls or has the power to control both. (2) Indicia of control include, but are not limited to, interlocking management or ownership, identity of interests among family members, shared facilities and equipment, common use of employees, or a business entity organized following the debarment, suspension, or proposed debarment of a contractor which has the same or similar management, ownership, or principal employees as the contractor that was debarred, suspended, or proposed for debarment.*” Negócios, organizações ou indivíduos são afiliados uns dos outros se, direta ou indiretamente (i) qualquer um controla ou tem o poder de controlar o outro; ou (ii) um terceiro controla ou tem o poder de controlar ambos. (2) Os indicadores de controle incluem, mas não se limitam, a gerenciamento ou posse interligados, identidade de interesses entre membros da família, instalações e equipamentos compartilhados, uso comum de empregados ou uma entidade de negócio organizada após o *debarment*, a suspensão ou proposta de *debarment* de um contratado que tenha a mesma administração ou gerência, propriedade ou empregados principais que o contratado que foi excluído, suspenso ou proposto para exclusão. (ESTADOS UNIDOS, 1983, tradução nossa.).

<sup>553</sup> CIBINIC; NASH; YUKINS; 2011. p. 476.

<sup>554</sup> GORDON, 1993, p. 586.

<sup>555</sup> CIBINIC; NASH; YUKINS, 2011, p. 474.

<sup>556</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.406-5 (c).

Para além das pessoas jurídicas, é possível que o *debarment* seja estendido para os indivíduos quando a relação entre eles e a causa for apurada e vice-versa. Sendo assim, a exclusão de determinada corporação poderá alcançar os seus empregados, diretores ou acionistas, bem como é possível que a conduta (ou omissão) dos indivíduos se estenda às entidades.<sup>557</sup>

Nesse sentido, na esfera das corporações, a conduta de um empregado, acionista, diretor ou sócio poderá acarretar a exclusão da entidade se praticada em conexão com as funções desempenhadas, ou mediante conhecimento, aprovação ou aquiescência da pessoa jurídica. Para tanto, deve ficar caracterizado que o proveito obtido se reverteu, ao menos em parte,<sup>558</sup> em favor da entidade. De outro lado, também é possível que a conduta da entidade acarrete a exclusão dos indivíduos por terem participado de determinada conduta, ou que, sem participação direta, tiveram conhecimento ou razões para saber sobre o ilícito.<sup>559</sup>

Entretanto, a conexão das responsabilidades deve ser vista com cautela. Apesar de mencionar os indivíduos (na definição de *contractor* e âmbito de exclusão), o *FAR* não disciplina satisfatoriamente a sistemática do *debarment* quando direcionado às pessoas naturais.<sup>560</sup> Nesse sentido, nota-se que a linha de defesa possível para as pessoas naturais é bastante restrita (conforme será discutido no tópico 7.5.1.6 que trata das medidas de autossaneamento), nada obstante haja um grande número de exclusões direcionadas às pessoas físicas.<sup>561</sup>

---

<sup>557</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte *FAR* 9.406-5 (a).

<sup>558</sup> BEDNAR, Richard J; *Emerging issues in suspension & debarment: some observations from an experienced head*. In: SCHOONER, et al. ***Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy***. *Public Procurement Law Review*, v. 13, 2004. p. 16. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=509004>. Acesso em: 12 mar. 2019.

<sup>559</sup> Não há no *FAR* definição do significado do termo ‘razões para saber’ o que torna problemática a extensão da responsabilidade da entidade para os indivíduos. Nesse sentido, o Tribunal de Apelações de Washington D.C. decidiu não estender o *debarment* ao presidente de uma entidade contratada ao argumento de que não havia prova de que o *CEO* tinha ‘razões para saber’, na oportunidade definiu o termo quando: “uma pessoa de inteligência ordinária, ou da inteligência superior, ao dispor de informações poderia inferir que o fato em questão existe ou que significativa há chance de existir. Sendo assim, ao se exercer um juízo cuidadoso e razoável com referência ao assunto em questão, a conduta seria baseada na suposição de sua possível existência.” “has information from which a person of ordinary intelligence, or of the superior intelligence which such person may have, would infer that the fact in question exists or that there is such a substantial chance of its existence that, if exercising reasonable care with reference to the matter in question, his action would be predicated upon the assumption of its possible existence.” (ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação do Distrito de Columbia. Ação Civil 90-0285 *Novicki v. Cook* 1991. Tradução nossa. Disponível em <https://openjurist.org/946/f2d/938/novicki-v-c-cook>. Acesso em: 14 mar. 2019.).

<sup>560</sup> “*The FAR does not directly discuss the debarment for individual (...)*” (CIBINIC; NASH; YUKINS, 2011. p. 478.)

<sup>561</sup> Steven L. Schooner ao analisar o Excluded Party Listing System (EPLS) destacou que a maior parte das exclusões recai sobre indivíduos. (SCHOONER, Steven L., *The paper tiger stirs: rethinking suspension and debarment*. In: SCHOONER, et al., ***Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy***. *Public Procurement Law Review*, v. 13, 2004. p. 5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=509004>. Acesso em: 12 mar. 2019.).

As corporações são formadas por pessoas e, por essa razão, poderia se supor mais razoável imputar a má-conduta a uma pessoa natural do que à jurídica. Como é sabido, empresa não tem “alma”, e sem a atuação das pessoas, tampouco poderia ter vontade própria. A pessoa jurídica é, na verdade, uma ficção jurídica, criada para satisfazer um conjunto de vontades em busca do lucro.

Ainda assim, é importante notar que não só as pessoas naturais influenciam o ambiente empresarial, mas também exercem influência sobre as pessoas. Nesse sentido, é interessante a análise da culpabilidade das pessoas jurídicas feita por Jennifer Moore:<sup>562</sup>

Embora as corporações não possam ser culpadas da mesma forma que os indivíduos podem, [...] elas podem ser "justamente responsabilizadas" pelos atos de seus agentes. O crime corporativo nem sempre é o resultado da escolha individual. Muitas vezes, é o produto de metas, regras, políticas e procedimentos que são características da organização como uma entidade. Ao substituir o processo decisório institucional pela autonomia individual de seus agentes, a corporação molda e controla seu comportamento. Quando esse processo resulta em violações em nome da corporação por parte de seus agentes, pode-se dizer que a entidade corporativa cometeu ato ilícito.

Nesse cenário, é importante se estabelecer a diferença entre a conduta isolada de um indivíduo (ou grupo) da política institucional. Desse modo, “[o] ‘tom’ de conduta ética dentro das organizações responsáveis é definido a partir do topo e é espalhado por toda a estrutura por meio de uma mensagem clara e por ações inequívocas e consistentes”.<sup>563</sup>

Daí a necessidade de se estabelecer programa de integridade, com código de conduta ética e mecanismos de controle interno, sendo que esses mecanismos devem ter aplicação efetiva de forma a demonstrar que um possível ato ilícito não decorre de política institucional, mas de uma conduta isolada.

Na verdade, a adoção desses mecanismos pode revelar importante linha de defesa para as corporações, e às vezes será a única saída para evitar a exclusão. Assim, vê-se que a sistemática do *FAR* estimula a adoção dos programas de integridade, conforme se passa a demonstrar no próximo tópico.

---

<sup>562</sup> MOORE, Jennifer. *Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines*, *Arizona Law Review*, Tucson, ano 34, n. 743, p. 743-797. 1992, p. 796. Disponível em: [https://digitalrepository.unm.edu/law\\_facultyscholarship/377](https://digitalrepository.unm.edu/law_facultyscholarship/377). Acesso em: 17 maio 2019.

<sup>563</sup> The tone of ethical conduct within these responsible organizations is set from the top and is spread through the entire structure by a clear and consistent message and by unambiguous and consistent actions. (BEDNAR, 2004, p. 16, tradução nossa.).

### 7.5.1.6 Das medidas de autossaneamento

O fato de haver causa para o *debarment* não significa que a exclusão será aplicada. Com efeito, o escopo primordial das medidas de exclusão é eliminar os contratantes irresponsáveis para assegurar a integridade das contratações futuras. Por essa razão, cabe ao *SDO* avaliar as circunstâncias mitigadoras antes de excluir o *contractor*.

Dessa forma, ao ser notificado da *suspension* ou da proposta de *debarment*, o *contractor* deve demonstrar que a sua responsabilidade presente (bem como a futura) não foi afetada pela omissão ou conduta praticada. Nesse contexto, a controvérsia acerca da materialidade dos fatos deve estar superada, sendo mais importante que o *contractor* atue para implementar ou demonstrar as medidas corretivas ou atenuantes. Isso porque constituem mecanismos para demonstrar que determinada ação ou omissão não condiz com a política da entidade. Nesse sentido, enquanto houver disputa sobre os fatos (seja em procedimento judicial ou administrativo), revela-se incompatível que o *contractor* possa se valer das medidas de autossaneamento para afastar a aplicação do *debarment*.<sup>564</sup>

Dito isso, caberá ao *contractor* demonstrar ao *SDO* que as medidas adotadas são suficientes para atestar sua integridade e responsabilidade. Assim, as circunstâncias mitigadoras podem ser agrupadas em duas categorias principais: (i) aquelas voltadas ao reconhecimento da transgressão e imediata apuração interna de reponsabilidade e contenção de danos; (ii) medidas de autossaneamento, que abarcam a revisão sistemática das normas de integridade e códigos de

---

<sup>564</sup> “If the material facts are disputed, the contractor cannot logically meet its burden of demonstrating its present responsibility. How can a contractor both deny the misconduct, and at the same time demonstrate that it has implemented measures to insure that the misconduct won't recur? Similarly, how can current management under these circumstances demonstrate that it recognizes the seriousness of its misconduct?. (...) Because of the contractor's inability under these circumstances to meet its burden of demonstrating its present responsibility, it is rare that a suspension can be terminated until the completion of the legal proceeding. Second, in order to determine that a contractor is presently responsible, most debarring officials will require strong proof that the contractor's current management recognizes and understands the seriousness of its misconduct. Management's attitude and seriousness of purpose override every other mitigating factor. Without that, ethics programs and administrative agreement terms are meaningless.”

Se os fatos relevantes são contestados, o contratado não pode, logicamente, cumprir seu ônus de demonstrar sua responsabilidade atual. Como um contratante pode negar a conduta inadequada e, ao mesmo tempo, demonstrar que implementou medidas para garantir que a má conduta não se repita? Da mesma forma, como pode a gestão atual sob estas circunstâncias demonstrar que reconhece a gravidade da sua má conduta ?. (...) Por causa da incapacidade do contratante nessas circunstâncias de cumprir com seu ônus de demonstrar sua responsabilidade atual, é raro que uma suspensão possa ser rescindida até a conclusão do procedimento legal. Em segundo lugar, a fim de determinar se um contratado é atualmente responsável, a maioria dos *SDOs* exigentes exigirá uma prova forte de que o atual corpo diretivo do contratado reconhece e compreende a gravidade de sua má conduta. A atitude da gerência e a seriedade do propósito se sobrepõem a qualquer outro fator atenuante. Sem isso, os programas de ética e os termos do acordo administrativo não têm sentido. (SHAW, 2004, p. 26-27, tradução nossa.).

conduta, voltadas para a redução dos riscos das contratações públicas e proteção aos interesses do governo, cujo viés é nitidamente prospectivo.<sup>565</sup>

Compete, portanto, ao *SDO* aferir se tais circunstâncias constituem razão suficiente para evitar a exclusão. O *FAR* elenca, de maneira não taxativa, os fatores que devem ser ponderados cuja análise é relevante para se compreender o sistema em estudo. Nesse sentido, o *SDO* deve verificar se:<sup>566</sup>

(i) no momento em que ocorreu a conduta que deu causa ao procedimento de exclusão, havia política de controle interno e código de conduta. Caso contrário, o respondente poderá demonstrar que adotou medidas de integridade, antes que fosse notificado a respeito de investigação conduzida;

(ii) houve comunicação tempestiva e espontânea à agência competente sobre a conduta ilícita ocorrida;

(iii) foi promovida investigação interna para apurar as circunstâncias que permearam a conduta ilícita, bem como se a conclusão obtida foi reportada à agência;

(iv) houve cooperação com o procedimento administrativo ou judicial de apuração de responsabilidade;

(v) houve pagamento referente à condenação pecuniária em âmbito civil e criminal sem prejuízo das multas aplicadas, o reembolso de custas dos procedimentos investigativo e administrativo, bem como se o *contractor* se comprometeu a reparar integralmente o dano;

(vi) o *contractor* promoveu investigação interna e adotou medidas disciplinares contra os envolvidos;

(vii) diante da falha interna dos mecanismos de controle, o respondente promoveu o aprimoramento do programa de integridade, adotando inclusive medidas corretivas sugeridas pelo governo, quando for o caso;

(viii) o respondente se comprometeu a instituir ou revisar programas de controle interno, código de ética e treinamento de pessoal;

Simultaneamente, ao avaliar as circunstâncias mitigadoras, o *SDO* deve considerá-las em razão do tempo que o *contractor* teve para promover as adequações internas mencionadas. É também necessário que ele reconheça a gravidade da ação ou da omissão que deu causa ao procedimento investigativo ou à condenação, para, assim, adequar seu programa de integridade com o objetivo de prevenir a reincidência.<sup>567</sup>

---

<sup>565</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 124.

<sup>566</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR* Subparte 9406-1(a) (1) a (8).

<sup>567</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9406-1 (9) e (10).

Para além das circunstâncias mencionadas, o *SDO* detém liberdade para verificar a presente responsabilidade do *contractor*. Segundo o *FAR*, podem ser considerados fatores que não estão expressos, desde que, na análise do caso, influenciem na formação do convencimento do *SDO* na decisão de aplicar ou não o *debarment*.<sup>568</sup>

É possível, por exemplo, que o *SDO* considere o afastamento de acionistas com direito a voto como fator atenuante, uma vez que o envolvimento na conduta sob apuração pode levantar dúvida sobre a integridade de toda corporação. Desse modo, o afastamento de acionistas pode ser indício de que o ocorrido não se coaduna com a política institucional da entidade e, portanto, considera-se que a medida é adequada para demonstrar a responsabilidade presente e futura para se atuar em contratos com o governo.

Nesse sentido, a valorização das condutas inseridas como circunstâncias mitigadoras evidencia que o intento do governo norte-americano é estimular o “bom comportamento das corporações”.<sup>569</sup> É, portanto, possível verificar que há real preocupação com a efetividade dos programas de integridade, uma vez que o *contractor* deve, mediante o aprimoramento de seus mecanismos de controle interno, demonstrar ter compreendido o risco ao qual se expôs pela prática de determinada conduta ou omissão. Desse modo, o *contractor* deve demonstrar capacidade de promover o autossaneamento e que, assim, é merecedor de confiança.

Nesse contexto, não se pode deixar de notar que a elaboração e a implementação dos programas de integridade requer mais do que o comprometimento do corpo diretivo. Requer dispêndio de recursos para estabelecer mecanismos de controle interno, treinamento de pessoal e auditorias (que custam muito caro, por sinal).<sup>570</sup>

Dessa sorte, tais mecanismos podem não estar ao alcance das entidades de pequeno e médio porte. Dificilmente, também, os indivíduos poderão se valer dos fatores mitigadores em sua defesa.<sup>571</sup> É de se notar a dificuldade, ou até mesmo a impossibilidade, de uma pessoa natural demonstrar a existência de mecanismo de integridade, ou a implementação de estruturas que possam, futuramente, evidenciar mudança de comportamento, uma vez que se tratam de circunstâncias que dizem respeito à sua própria conduta.<sup>572</sup>

---

<sup>568</sup> GORDON, 1993, p. 583.

<sup>569</sup> TILLIPMAN, Jessica, *A House of Cards Falls: Why 'Too Big to Debar' is All Slogan and Little Substance*. *Fordham Law Review Res Gestae*. [s. l.], v. 80, n. 49, 2012. p.55. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1984949>. Acesso em: 12 abr. 2018.

<sup>570</sup> SCHOONER, 2004, p. 5.

<sup>571</sup> BEDNAR, 2004, p. 17.

<sup>572</sup> “An individual is simply unable, for example, to demonstrate the initiation of remedial measures or ethics programs designed to stop his or her own misconduct, or that s/he has disciplined the wrongdoer when s/he is the wrongdoer.” Um indivíduo é simplesmente incapaz, por exemplo, de demonstrar que adotou medidas de autossaneamento ou que instituiu programas de ética destinados a impedir sua própria má conduta, ou de disciplinar o transgressor quando ele é o transgressor. (SHAW, 2004, p. 27, tradução nossa.)

Por essa razão, ao analisar a política de *debarment*, Steven Schooner relata que a aplicação costuma ser mais agressiva em face dos indivíduos e das pequenas entidades, enquanto as grandes corporações aparentam ser imunes às medidas de exclusão, justamente porque dispõem de recursos para adequar seus programas<sup>573</sup>.

### 7.5.2 *Mandatory Disclosure Rule* - aspecto crítico

A regra de divulgação obrigatória, ou *Mandatory Disclosure Rule (MDR)*,<sup>574</sup> foi inserida no *FAR* em 2008 e impõe ao *contractor* o dever de revelar atos potencialmente ilícitos referentes a: crimes (fraudes, conflito de interesse, corrupção)<sup>575</sup>; ilícitos referentes ao *False Claim Act*,<sup>576,577</sup> e superfaturamento dos contratos.<sup>578</sup>

Inicialmente concebida com o objetivo de fomentar os mecanismos de integridade por parte dos particulares que mantêm negócios com o governo, a violação ao MDR foi também inserida como uma das causas para o *debarment*.<sup>579</sup> Ao *contractor*, restam, portanto, as seguintes opções: divulgar as informações, ainda que revelem potenciais ilícitos, ou não as divulgar.

Caso o particular opte pela não divulgação, apostando que a informação não chegará por outro meio às autoridades competentes, poderá não sofrer o *debarment*, nem qualquer consequência decorrente do ato cometido. Contudo, se for descoberto, além da exclusão, poderá sofrer consequência mais grave, caso a medida possa ser punida em âmbito civil ou penal.

A decisão não é simples e os riscos envolvidos são inúmeros especialmente porque o sistema norte-americano possui mecanismos de estímulo à denúncia por terceiros. O *False Claims Act*, por exemplo, autoriza que aquele que possua provas de fraudes contra o governo

---

<sup>573</sup> SCHOONER, 2004, p. 5.

<sup>574</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR* Subparte 52.203-13.

<sup>575</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.407-2 (8) (1); ESTADOS UNIDO, 18 *US Code, Crimes and Criminal Procedure*.

<sup>576</sup> ESTADOS UNIDOS, 31 *US Code, Money and Finance*, §3729-3733.

<sup>577</sup> Segundo o *False Claims Act* os indivíduos podem litigar reivindicações fraudulentas em nome do governo, baseado em evidência de fraude contra programas federais ou estaduais podem, então, ajuizar ação, em nome do governo, para reaver o dinheiro pago indevidamente. (DEPOORTER, Bem; DE MOT, Jef. *Whistle Blowing. Supreme Court Economic Review*, [s. l.], v. 13, 2005, p. 3. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=622723>. Acesso em: 12 abr. 2018.).

<sup>578</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 39.

<sup>579</sup> CANNI, 2009, p. 581.

ajuíze ação de ressarcimento (de natureza privada)<sup>580</sup> contra o *contractor*. Como recompensa, o governo americano paga ao denunciante entre 15% e 30% do montante recuperado.<sup>581</sup>

O termo *false claim* significa “reinvindicação infundada”, que pode abarcar condutas variadas; por exemplo, a simples cobrança de custos indiretos não autorizados no contrato, erro nas medições ou faturamento incorreto dos preços.<sup>582</sup> Para o denunciante, basta comprovar o dano, não sendo necessário demonstrar o liame subjetivo, isto é, a intenção de fraudar contratos da Administração Pública. Assim, nesse contexto, as circunstâncias mitigadoras não são valorizadas para defesa.<sup>583</sup>

Também é verdade que se o *contractor* optar pela revelação, ainda assim corre o risco de ser excluído do sistema de contratação e, por fim, ser punido civil e criminalmente.<sup>584</sup> Nesse aspecto, o sistema norte-americano não oferece garantia, tampouco estigmatiza o *contractor* se assim ele proceder. Por essa razão, é importante que a revelação venha acompanhada de circunstâncias mitigadoras, como medidas de apuração interna, responsabilização dos indivíduos, aprimoramento do sistema de controle e outras que puderem evidenciar o autossaneamento.<sup>585</sup>

---

<sup>580</sup> David Freeman Engstrom publicou interessante estudo sobre os aspectos jurídicos e práticos da atuação dos particulares no âmbito do *False Claims Act*. No entanto, o aprofundamento do tema foge ao propósito desse trabalho. Para aprofundamento, ver: ENGSTROM, David Freeman, *Private Enforcement's Pathways: Lessons from Qui Tam Litigation*. *Columbia Law Review*, v. 114, n. 8, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2539345>. Acesso em: 19 maio 2019.

<sup>581</sup> ESTADOS UNIDOS, 31 *US Code, Money and Finance*, § 3730 (d) (1) (2).

<sup>582</sup> PACHTER, John S, *The new era of corporate governance and ethics: the extreme sport of government contracting* In: SCHOONER, et al., *Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy*. *Public Procurement Law Review*, v. 13, 2004. p. 45. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=509004>. Acesso em: 12 mar. 2019.

<sup>583</sup> ESTADOS UNIDOS, 31 *US Code, Money and Finance* § 3729 (b).

<sup>584</sup> Diante do panorama apresentado, o *contractor* deverá sopesar tanto risco de ser denunciado, quando as consequências de sua decisão (revela, não revela), enquanto a agência tem a discricionariedade da decisão (punir, não punir). Trata-se de clássico exemplo da Teoria dos Jogos aplicada ao direito, referente ao dilema do prisioneiro em que a maior recompensa está na revelação do ilícito às autoridades que deixam de aplicar a penalidade. Ganha o contratante por não ser punido em função das circunstâncias mitigadoras. O governo também ganha porque teve o ato ilícito espontaneamente revelado sem precisar despender recursos na investigação, e conduziu o comportamento do particular fomentando a adoção aos mecanismos de integridade. (FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 4. ed. São Paulo: Elsevier, 2015.)

<sup>585</sup> “Nor is there a stigma attached to voluntary disclosures. To the contrary, government agencies, including the Department of Justice, look upon voluntary disclosures as a sign of good corporate citizenship and responsible behaviour. Once the company has completed its preliminary review, and has begun its investigation, it should make a timely voluntary disclosure to its primary customers.” Também não existe um estigma associado a divulgações voluntárias. Pelo contrário, as agências governamentais, incluindo o Departamento de Justiça, consideram as divulgações voluntárias como um sinal de boa cidadania corporativa e comportamento responsável. Uma vez que a empresa tenha concluído sua revisão preliminar, e tenha iniciado sua investigação, ela deve fazer uma revelação voluntária oportuna aos seus principais clientes [o que inclui o Estado] (PACHTER, 2004, p. 45, tradução nossa.).

Aliás, é importante considerar que o sistema de controle interno é substancial para que o *contractor* não incorra nos aludidos erros (fraudes), uma vez que também<sup>586</sup> diminuirá o risco de ser acionado pelo *False Claim Act*. Assim, descoberto o erro, o *contractor* tem o dever de reportá-lo, e não deve tentar simplesmente corrigi-lo sem revelar à agência - mesmo porque a regra do *MDR* é sobre divulgação de informações. Assim, ocultar informações que deveriam ser reveladas já configuraria falta de integridade empresarial (*business integrity*).<sup>587</sup>

Por fim, cumpre consignar que a inclusão da *MDR* no sistema de *debarment* contribuiu para o aumento do número de declarações de inelegibilidade. O crescimento pode ser especialmente constatado contra indivíduos, uma vez que, ao revelarem potenciais ilícitos, as entidades não simplesmente se declaram culpadas, mas atribuem condutas aos agentes específicos, direcionando, portanto, a aplicação da medida.<sup>588</sup>

## 7.6 Os efeitos da aplicação do *debarment*

Diversos são os efeitos decorrentes da aplicação do *debarment*. O efeito direto é a imediata exclusão do sistema de contratação das agências federais, mas nada impede que governos estaduais e locais também excluam do seu sistema de contratação aqueles que forem impedidos de celebrar contratos com o governo federal.<sup>589</sup> Ainda em âmbito federal, o *contractor* excluído fica impedido de estabelecer relações com a Administração Pública norte-americana de forma ampla, ou seja, fica proibido de receber subvenções ou doações e de participar de transações financeiras que envolvam recursos do governo federal, podendo ocasionar até mesmo perda de licença concedida.<sup>590</sup> Em regra, o *debarment* não atinge os contratos vigentes, mas é possível que eles sejam rescindidos se o *SDO* entender que a medida é necessária para proteger os interesses do governo.<sup>591</sup>

Assim, após aplicada a *suspension* ou o *debarment*, o *contractor* é considerado “listado”, uma vez que é inserido no *System for Award Management (SAM)* cadastro que

---

<sup>586</sup> PACHTER, 2004, p. 45.

<sup>587</sup> PACHTER, 2004, p. 46.

<sup>588</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 9.

<sup>589</sup> TILLIPMAN, 2012, p 9-10.

<sup>590</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 178.

<sup>591</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.405-1(a).

contém todas as exclusões feitas pela Administração Pública federal. Assim, independentemente do fundamento normativo, o *contractor* será inserido no *SAM*.<sup>592</sup>

A exclusão se estende à subcontratação, com algumas exceções. Nessas hipóteses, o contratante principal pode subcontratar com o *contractor* declarado inelegível até o valor de \$ 35.000,00.<sup>593</sup> No entanto, esse limite monetário não se aplica aos casos de aquisições de produto considerado “de prateleira”, caracterizado como aquele passível de pronta entrega e de fácil acesso no mercado.<sup>594</sup>

Para além do efeito direto da exclusão, há efeitos colaterais que impactam tanto o *contractor* quanto o governo e, portanto, devem ser considerados para aplicação do *debarment*. O mais frequente é compará-los à “morte” da corporação.<sup>595</sup> Segundo esse entendimento, ainda que os contratos em vigor com as agências não sejam afetados, o *contractor* fica impedido de estabelecer novos contratos com a Administração Pública federal, o que o impossibilita auferir uma boa fonte de receitas no futuro.<sup>596</sup> Nesse esteio, independentemente do porte da entidade, pode ser que ela tenha as agências norte-americanas como seu principal parceiro econômico.

É preciso, outrossim, considerar que as corporações proporcionam emprego, são pagadoras de tributos, além de desempenhar importante papel no desenvolvimento tecnológico. A morte de uma entidade pode afetar, ao menos temporariamente, todo esse sistema e seus efeitos podem perturbar até mesmo interesses da própria Administração Pública.

A situação é ainda mais sensível quando se trata de execução de grandes obras de infraestrutura ou contratações com o Departamento de Defesa, pois nesse nicho o objeto fornecido por essas entidades não é de interesse do mercado privado (salvo raríssimas exceções). Para esse *contractor*, a aplicação do *debarment* levaria à sua extinção.

Nesse contexto, o *debarment* também geraria sérias consequências para o governo, porque não só as grandes corporações dependem da Administração (clientes), mas a Administração também depende das empresas, especialmente quando se trata atividade econômica cujo número de fornecedores é limitado. Nesse sentido, excluí-los do sistema de contratação equivaleria a “enxugar o mercado” que já é restrito. Desse modo, a conduta da

---

<sup>592</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.404.

<sup>593</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.405-2 (b).

<sup>594</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 52.209-6.

<sup>595</sup> STEVENSON, Drury D.; WAGONER, Nicholas J., *FCPA Sanctions: Too Big to Debar?* *Fordham Law Review*, [s. l.], v. 80, p. 775-820, 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1811126>> Acessado em 5 abr. 2018.; TILLIPMAN, Jessica, *The Foreign Corrupt Practices Act & Government Contractors: Compliance Trends & Collateral Consequences*. [s. l.], *GWU Legal Studies Research Paper*, n. 586, 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1924333>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>596</sup> TILLIPMAN, 2012, p.55.

própria Administração Pública poderia produzir o monopólio no mercado em que ela é o principal cliente.<sup>597</sup>

O caso da Boeing Company ilustra bem a situação narrada acima. Em 2003, a referida corporação foi suspensa pela Força Aérea Americana sob a suspeita de que os empregados da companhia teriam roubado informações da concorrente, a Lockheed Martin. Tais informações teriam sido indevidamente utilizadas durante um procedimento licitatório. Diante dos indícios, a Força Aérea entendeu que a companhia teria colocado em risco os projetos desenvolvidos e considerados estratégicos para defesa nacional.<sup>598</sup> Nada obstante, poucos dias após a medida ter sido aplicada, a Boeing celebrou contratos com outras agências.<sup>599</sup>

Conforme já trabalhado, a regra é que o *debarment* se estenda a todo o governo, mas cabe ao *SDO* de cada agência avaliar, diante do caso concreto, se se deve ou não contratar com a entidade excluída. No caso Boeing, a *suspension* abarcou apenas divisão de lançamento espacial, seguimento da companhia supostamente envolvido na fraude, e não impediu que a Boeing continuasse a celebrar contratos com outras agências, incluindo as Forças Armadas. Meses depois, a Força Aérea extinguiu a *suspension* imposta à divisão de lançamento espacial, sob a justificativa de que a missão em questão era crítica para a segurança nacional. Argumentou, portanto, que a Boeing seria a única provedora de lançamento que atenderia aos requisitos em questão, motivo pelo qual conceder o contrato à companhia seria medida necessária para atender ao interesse do governo.<sup>600</sup>

O caso Boeing não foi isolado.<sup>601</sup> Pelo contrário, levantou dúvidas sobre os limites práticos do sistema de aplicação do *debarment*, especialmente quando há contratos do Departamento de Defesa envolvido. Deixar de aplicar o *debarment* em alguns casos poderia ser uma boa estratégia do ponto de vista pragmático, mas levanta a polêmica sobre o sistema, se seria ele realmente justo.

## 7.7 A atuação da ISDC e o aumento da aplicação do *debarment*

---

<sup>597</sup> TILLIPMAN, 2012, p 55-56.

<sup>598</sup> YUKINS, 2004, p. 50.

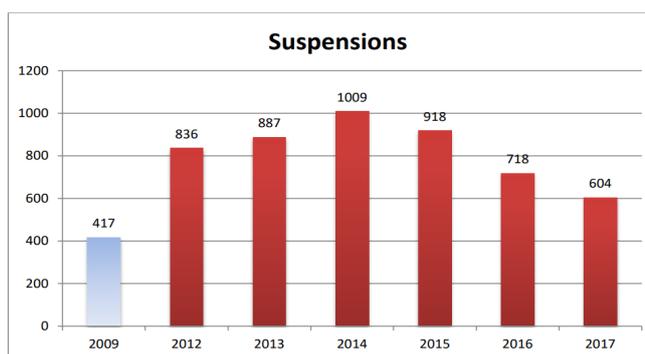
<sup>599</sup> BRIAN, Danielle. *Contractor debarment and suspension: a broken system*. In: SCHOONER, et al., ***Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy***. *Public Procurement Law Review*, [s. l.], v. 13, 2004. p. 31. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=509004>. Acesso em: 12 mar. 2019.

<sup>600</sup> ZUCKER, Jennifer S. In: SCHOONER, et al., ***Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy***. *Public Procurement Law Review*, v. 13, 2004. p. 70. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=509004>. Acesso em: 12 mar. 2019.

<sup>601</sup> A suspensão da IBM em 2008 durou oito dias e foi extinta em razão dos transtornos causados ao próprio governo dos EUA, uma vez que diversas agências mantinham contratos com a companhia. (CANNI, 2009, p. 593-4 e ZUCKER, 2004.).

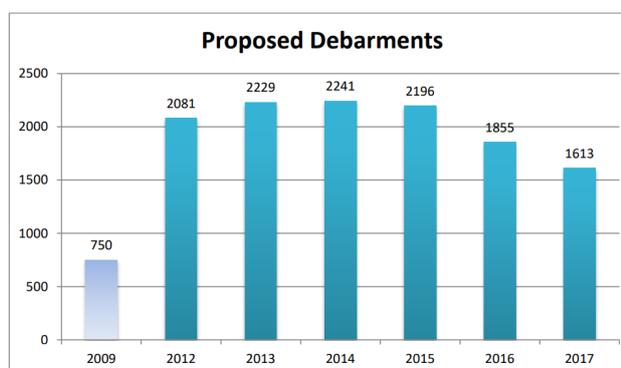
Estudos mostram que na última década o número de aplicações do *debarment* aumentou significativamente. A *ISDC* reportou 3.640 exclusões em 2017, contra 1.836 ações em 2009. O aumento deve-se a uma série de medidas adotadas pelas agências, coordenadas pela *ISDC* e sob incentivo do governo federal.<sup>602</sup> Nesse sentido, é interessante verificar o desempenho das ações tomadas:<sup>603</sup>

Gráfico 1 – *ISDC suspensions* quadro comparativo



Fonte: <https://acquisition.gov/>

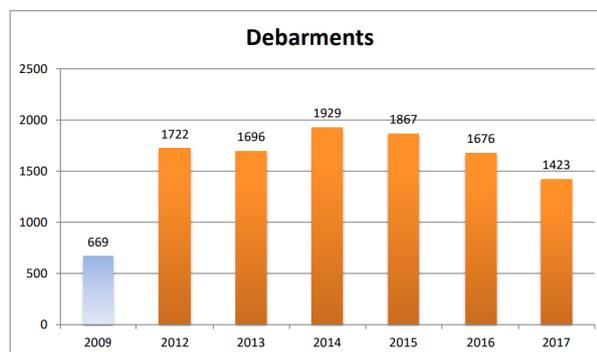
Gráfico 2 – *ISDC proposta de debarment* quadro comparativo



Fonte: <https://acquisition.gov/>

<sup>602</sup>A partir de 2009 a *ISDC* começou a elaborar relatórios anuais com consolidação de dados sobre as ações exclusões (*debarment*, propositura de *debarment* e *suspension*). A partir de então, os relatórios apresentados contam com análise gráfica que inclui, além do ano relatado, os últimos cinco anos e ainda o ano de 2009 como referencia inicial. (*INTERAGENCY SUSPENSION AND DEBARMENT COMMITTEE - ISDC*. Relatório para o Congresso norte-americano sobre as ações de suspensão e *debarment* das agências federais. Ano fiscal 2017. Washington D.C. Jul.2018. Disponível em [https://acquisition.gov/sites/default/files/page\\_file\\_uploads/Control%20ISDC%20FY%202017%20Report\\_Final\\_07\\_31\\_2018%20-2.pdf](https://acquisition.gov/sites/default/files/page_file_uploads/Control%20ISDC%20FY%202017%20Report_Final_07_31_2018%20-2.pdf). Acesso em: 15 maio 2019.).

<sup>603</sup> Os gráficos apresentados englobam as exclusões baseados no *CFR*, desse modo, abarcam o *FAR* e o *NCR*.

Gráfico 3 – *ISDC debarment* quadro comparativo

Fonte: <https://acquisition.gov/>

A partir da análise dos gráficos, nota-se que, não obstante o leve declínio em relação ao ano de 2016, é possível constatar que as ações dobraram desde 2019. Dentre os fatores que contribuíram para o aumento em questão, nota-se que a *ISDC* desempenhou papel fundamental na coordenação das ações aplicadas, incluindo programas de treinamento de pessoal e incentivo ao aperfeiçoamento dos regulamentos internos.<sup>604</sup>

O governo federal norte-americano, por sua vez, incentiva a aplicação do *debarment* e promove a ideia de que as agências responsáveis por aplicar as medidas são mais diligentes com o dinheiro do contribuinte. Isso porque o *debarment* é medida necessária para excluir os *contractors* considerados irresponsáveis e, segundo esse raciocínio, as agências que não o aplicam estão sujeitas a maior risco, uma vez que seus *contractors* não se sentem intimidados pelas medidas de exclusão.<sup>605</sup>

Também merece destaque o estímulo à política de auditoria e transparência, a regra de divulgação obrigatória (*MDR*) e o intercâmbio de informações entre os *SDOs* e o Departamento de Justiça (intermediado pela *ISDC*), para atuar conjuntamente nas ações que envolvam responsabilidade civil, criminal e administrativa ou regulatória.<sup>606</sup>

Entretanto, não se pode deixar de anotar que o crescimento das ações ocorre precipuamente em face dos indivíduos e das empresas menores.<sup>607</sup> Diante dessa questão, erigem alguns questionamentos sobre o sistema de *debarment*.

Ora, não se nega que a ideia central do sistema em análise é proteger os interesses do governo norte-americano (Administração Pública federal), a fim de evitar que ele se engaje em

<sup>604</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 5.

<sup>605</sup> ESTADOS UNIDOS, 1986.

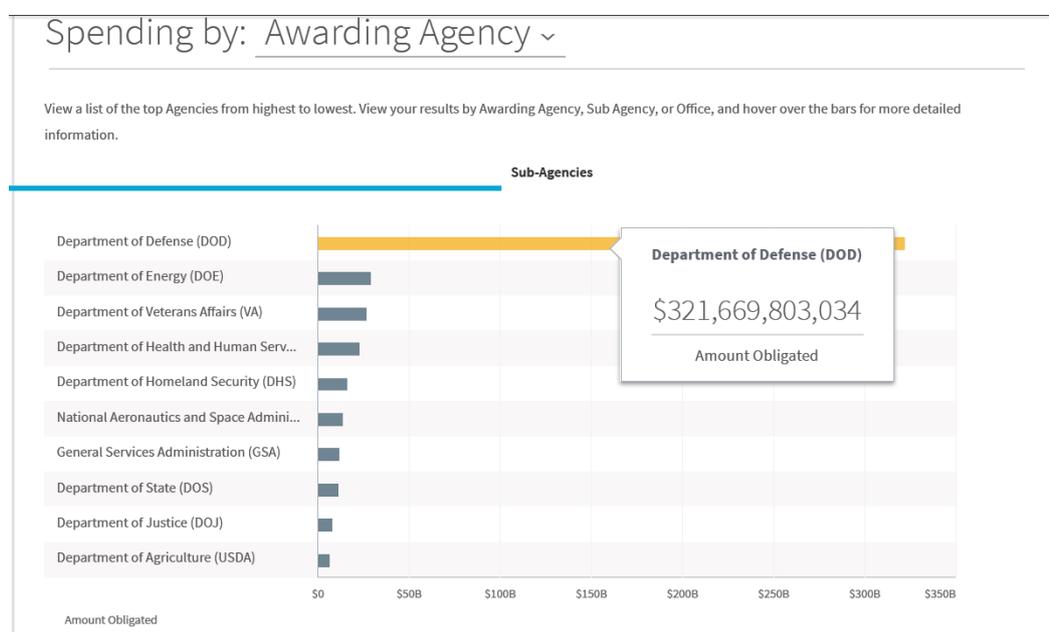
<sup>606</sup> LEVY; WAGNER, 2018, p. 7-11.

<sup>607</sup> LEVY; WAGNER, 2018, 11.

relações negociais com parceiros irresponsáveis para, então, conferir melhor destinação aos recursos do contribuinte.

Ocorre que as grandes contratações são outorgadas às grandes corporações, principalmente àquelas que envolvem o Departamento de Defesa.<sup>608</sup> É importante considerar que, só em 2017, o Departamento de Defesa abarcou mais de 60% dos recursos destinados aos contratos públicos. Nesse sentido, do total de \$500 bilhões destinados aos contratos públicos em 2017, conforme fonte oficial do governo,<sup>609</sup> mais de \$321 bilhões foram alocados no Departamento de Defesa, nos termos do gráfico abaixo:

Gráfico 4 – Destinação de recursos em 2017



Fonte: <https://www.usaspending.gov/#/search>; FY2017; Award type: contracts

Ou seja, as grandes corporações são as entidades contempladas com a maior parte dos contratos do Departamento de Defesa e, conseqüentemente, a elas destina-se parcela expressiva dos recursos do contribuinte. Entretanto, esses *contractors* parecem estar imunes ao *debarment*.<sup>610</sup> Nesse sentido, a discricionariedade conferida ao *SDO* na decisão de aplicar ou não o *debarment* levanta questionamento acerca da discrepância entre teoria e prática. Isso

<sup>608</sup> O *usaspending* é *website* que disponibiliza dados das contratações celebradas pelas agências federais norte-americanas a partir de dados fornecidos pelo Departamento do Tesouro Nacional e Receita. Dados disponíveis em <https://www.usaspending.gov/#/search>. Search: FY 2017. Acesso: 15 maio 2019.

<sup>609</sup> USASPENDING.GOV. Disponível em <https://www.usaspending.gov/#/search>. Search: FY 2017. Acesso: 15 maio 2019.

<sup>610</sup> ZUCKER, 2004, p. 77.

porque embora não se trate propriamente de uma sanção, o *debarment*, em tese, teria cunho intimidante. Entretanto, na prática, parece não ser suficiente para intimidar todos os *contractors*.

## 7.8 Considerações sobre o *debarment*

A partir das explanações feitas neste capítulo, nota-se que a doutrina norte-americana aborda o tema sob um viés bastante pragmático, pois muito se preocupa com as consequências advindas da exclusão, sejam elas diretas ou colaterais.

Portanto, em última análise, é de se indagar se o *debarment* seria, de fato, a medida adequada a proteger o interesse do governo. Nesse aspecto, é importante ressaltar, de que interesse se estaria tratando?

Acerca dessa questão, é preciso esclarecer que, quando o *FAR* menciona interesse do governo, não se refere tão somente ao interesse público. Com efeito, conforme estudado ao longo deste trabalho, no sistema norte-americano, o interesse público não protagoniza as discussões relativas ao Direito Administrativo, como ocorre no sistema jurídico brasileiro.

A doutrina não se propõe a discutir ou formular teoria sobre o tema e, quando surgem conflitos, a análise frequentemente se descamba para o viés pragmático. Isso porque, quando o tema interesse público é tangenciado, é comum que seu exame se circunscreva ao “bom uso” dos recursos públicos. Nesse sentido, a Administração Pública atende ao interesse público quando adota, diante das circunstâncias, as medidas que considera necessárias em dado momento.

Assim, no sistema norte-americano, não se fala em proteção ao interesse público de *per se*. A ótica é mais abrangente e analisada inclusive sobre o interesse do governo. Nesse sentido, é interessante a passagem do livro *Estado e Contrato*, de José Guilherme Giacomuzzi ao comentar a extinção dos contratos públicos pelo governo<sup>611</sup>:

A linguagem aberta utilizada pelo *FAR* é reveladora. Não há no texto da norma o apelo a um ideal abstrato de ‘interesse público’, mas sim ao interesse do Estado – ou, aqui mais apropriado, do governo. O governo, um ente *concreto*, é visto como um ente que tem interesses concretos, que abertamente podem ser modificados. Esses interesses podem ditar a necessidade de, quando vinculados a contratos públicos, serem extintos, se assim entender o governo. Não é o mundo ideal do ‘interesse público’ que está por trás do instituto. É o mundo concreto do interesse do governo.

---

<sup>611</sup> GIACOMUZZI; 2011, p. 329.

Sendo assim, ao dizer que o *debarment* deve proteger os interesses do governo, de que interesse o *FAR* estaria falando? O *FAR* não traz essa resposta, ao contrário, deixa livre à apreciação do *SDO*.

Diante desse panorama, percebe-se que, na prática, enquanto indivíduos e pequenas entidades são alvo do *debarment*,<sup>612</sup> as grandes corporações são poupadas da exclusão mediante a celebração de acordos que estipulam medidas de autossaneamento.

Além disso, nas hipóteses em que a conduta é alvo de ação coordenada entre determinada agência e o Departamento de Justiça, a punição é feita por meio do encarceramento dos indivíduos e pagamento de multas pelas entidades.

Diante disso, o texto *FCPA SANCTIONS: Too big to debar?*, de autoria de Drury Stevenson e Nicholas Wagoner, propõe a reflexão sobre a aplicação do *debarment*. O artigo sugere que o *debarment* previsto no *FAR* seja utilizado como sanção no combate à corrupção internacional promovido pelos *EUA* com base no *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, e critica a discricionariedade que o *SDO* possui para aplicar a medida.

Os autores relatam que as agências federais e o Departamento de Justiça atuam de maneira conjunta para apurar e sancionar as grandes corporações pela prática de atos ilícitos que envolvem grandes esquemas de corrupção. Stevenson e Wagoner argumentam que nesses casos o *SDO* usa de sua competência discricionária para deixar de aplicar o *debarment* em troca de expressivas multas impostas pelo Departamento de Justiça. Outrossim, os autores apontam que, embora seja possível aplicar o *debarment* em face dos grandes *contractors*, a medida não é de fato estabelecida para evitar as consequências colaterais (morte das corporações e redução do mercado). Por essa razão, o texto defende que o *debarment* discricionário seria inócuo, uma vez que não intimidaria os grandes *contractors*.

Ocorre que, segundo a perspectiva apresentada no texto, ao deixar de excluir esses *contractors* se consolida o oligopólio perante o qual o Estado norte-americano se encontra. Isso porque os grandes contratantes estão cientes de que não serão excluídos, apesar de suas práticas ilícitas. Isso contribui, portanto, para sua permanência no mercado e para o fortalecimento do seu poder econômico.

---

<sup>612</sup> “The Government’s use of the *debarment* system historically has focused more on individuals than on corporations, and more on smaller, discrete units within a corporation than larger units or the corporation as a whole.” O uso do sistema de exclusão pelo governo tem, historicamente, se concentrado mais em indivíduos do que em corporações, e mais em unidades menores e discretas dentro de uma corporação do que unidades maiores ou na corporação como um todo. (MADSEN, Marcia G. *The government’s debarment process: out-of-step with current ethical standards*. In: SCHOONER, et al., *Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy*. *Public Procurement Law Review*, v. 13, 2004. p. 47, tradução nossa. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=509004>. Acesso em: 12 mar. 2019.).

Nessa linha, os autores defendem que o sistema atual não se mostra capaz de intimidar os grandes *contractors* para que eles se abstenham de cometer atos ilícitos. Diante desse panorama, o texto sugere que o receio de sofrer a exclusão do sistema de contratação pública norte-americano perpassa pela aplicação vinculada do *debarment*, feita com propósito punitivo. Ademais, na visão apresentada por Stevenson e Wagoner, essa constituiria medida mais efetiva para combater a corrupção do que a fixação de multas pelo Departamento de Justiça. Isso porque as multas, ainda que expressivas, entrariam no custo do negócio já que a entidade seguiria celebrando contratos com o governo. Em outras palavras, a solução estaria em suprimir a competência discricionária, uma vez que somente assim os grandes *contractors* seriam verdadeiramente intimidados pelo receio de sofrer o *debarment*.

Diante das reflexões propostas, é também de se questionar: seria possível falar em proteção aos interesses do governo quando, mesmo diante de fraudes, a Administração Pública continua a estabelecer relações negociais com o *contractor*?

Jessica Tillipman responde ao artigo comentado acima com o texto *House of cars falls: why 'Too big to debar' is all slogan with little substance*.<sup>613</sup>

Primeiramente, a autora destaca que o *FAR* não possui propósito punitivo. Não se poderia, portanto, conferir propósito punitivo à medida que não o possui. Nesse sentido, reitera que multas e prisões seriam as sanções disponíveis aos promotores de justiça, instância em que se encerraria o escopo punitivo.<sup>614</sup> No caso do *debarment*, o *SDO* deveria deixar de aplicá-lo em razão dos efeitos colaterais, e, em troca, o *contractor* deveria arcar com a reestruturação de seus mecanismos de controle interno.<sup>615</sup>

Nesse sentido, a autora reforça a ideia de que a exclusão de um *contractor* poderia resultar na redução do número de contratantes e limitaria, assim, o mercado do próprio governo.

---

<sup>613</sup> TILLIPMAN, 2012.

<sup>614</sup> “Notably, because the system is not designed to punish contractors, debarment only applies to future contracts, task orders, and options to extend current contracts—it does not impact existing contract work with the government. (...) Fines and incarceration are prosecutors’ tools. Debarment is not a tool of punishment and, therefore, remains wholly independent of the criminal justice system. It is an administrative remedy that permits agencies to exclude contractors from the federal procurement system only to protect the government from imminent harm” Notavelmente, como o sistema não foi projetado para punir contratados, o impedimento se aplica apenas a contratos futuros, ordens de tarefa e opções para estender os contratos atuais - isso não afeta a execução do contrato em curso. (...) Multas e encarceramento são ferramentas dos promotores. O *debarment* não é um instrumento de punição e, portanto, permanece totalmente independente do sistema de justiça criminal. Trata-se de um recurso administrativo que permite que as agências excluam contratados do sistema federal de aquisições apenas para proteger o governo contra danos iminentes. (TILLIPMAN, 2012, p. 50-51, tradução nossa.)

<sup>615</sup> TILLIPMAN, 2012, p. 51.

Diante desses aspectos, adverte que “matar” uma corporação deveria ser a última medida, porque sua extinção implicaria no aumento do custo dos serviços para o contribuinte.<sup>616</sup>

O debate em questão pode soar muito estranho para os juristas brasileiros em razão de sua abordagem eminentemente pragmática, isto é, pautada pela ponderação das possíveis consequências advindas da exclusão.

Sem dúvidas o sistema de *debarment* acarreta restrição de direitos, mas também estabelece expressa e reiteradamente que seu propósito não é punitivo. Soma-se a isso o fato de que, nos Estados Unidos, admite-se que o interesse do governo é multifacetado. Desse modo, a exclusão do *contractor*, por si só, não é considerada mecanismo para atender ao interesse público. Do contrário, mantê-lo no sistema de contratações pode servir aos interesses do governo, razão pela qual o *SDO* deve considerar outras formas de atingi-lo. Sendo assim, caberá ao *SDO* avaliar no caso concreto se impedir que o *contractor* celebre novos contratos prejudica ou fomenta os interesses em questão, pois é importante ressaltar que “o governo, um ente *concreto*, é visto como um ente que tem interesses concretos, que abertamente podem ser modificados”.<sup>617</sup>

Desse modo, contra as grandes corporações, parece que a saída é exigir o aprimoramento de mecanismos de integridade, auditoria externa por meio de monitores independentes e com foco nos indivíduos.

Nesse aspecto, o pragmatismo norte-americano parece sobressair, ofuscando o debate em torno do que seria “justo”, porque, antes de tudo, o Estado norte-americano também é um agente econômico. É por esse motivo que se confere discricionariedade ao *SDO*, para que ele possa avaliar se os interesses do governo estão protegidos diante do caso concreto.

Ao estudar o *debarment* e a diversidade das causas em associação com a extensão das limitações impostas e seus desdobramentos, vê-se que o governo norte-americano tem uma poderosa ferramenta, mas que ao mesmo tempo está ciente de suas limitações.

Conforme analisado no capítulo dois, destinado a traçar o desenvolvimento histórico do Direito Administrativo nos Estados Unidos, percebe-se que ele caminhou lado a lado com a cultura liberal, voltada a promover a competição no mercado e a valorização da livre iniciativa.

Diante do panorama histórico-cultural no qual o sistema norte-americano está inserido, ao se cogitar a aplicação do *debarment*, o *SDO* pode entender que restringir o mercado talvez não constitua a melhor solução. Nesse contexto, as medidas de autossaneamento configuram importante estratégia de defesa para as entidades, enquanto o incentivo aos mecanismos de

---

<sup>616</sup> TILLIPMAN, 2012, p. 55.

<sup>617</sup> GIACOMUZZI, 2011, p. 329.

integridade e auditoria são ferramentas utilizadas pela Administração Pública para moldar a atuação dos seus parceiros comerciais.

É também importante considerar a diversidade de temas tratados como causa para aplicação do *debarment*. Desde a política antidrogas, passando por política migratória, regulação de mercado, pagamento de impostos, combate à corrupção, e qualquer outra causa que possa afetar os interesses políticos do governo, revela que o interesse em questão é tão dúctil quanto extenso.

Desse modo, o “interesse do governo” a ser protegido pelo *debarment* não se limita à seara das contratações públicas. É, sim, importante que o governo estabeleça relações com agentes responsáveis, mas a responsabilidade do *contractor* não se limita à integridade do procedimento licitatório ou execução contratual. Diante disso, seu propósito vai muito além.

A análise do sistema revela que o *debarment* é importante ferramenta utilizada pelo governo norte-americano para moldar o comportamento dos particulares e estimular o cumprimento da lei em diversos setores. Nesse sentido:

Diante de sua capacidade econômica, enquanto ‘maior comprador do mundo’ de bens e serviços, o governo federal (dos Estados Unidos) tem ampla autoridade para ditar os termos de suas contratações. Diante disso, tem um acervo igualmente poderoso de ferramentas disponíveis para lidar com seus fornecedores, que em razão de determinada conduta pode fazer surgir questionamento quanto à sua pertinência na participação em processo licitatório.<sup>618</sup>

Ou seja, é de se notar que o governo norte-americano está perfeitamente ciente de sua força econômica e a utiliza para modelar o comportamento de seus parceiros comerciais. Em outras palavras, usa de sua força econômica para fomentar o cumprimento da lei.

Assim, ante tal panorama, resta compreensível o quanto o *debarment* é ferramenta útil para fomentar a integridade do *contractor*. Nesse aspecto, a discricionariedade é conferida, porque as agências são reconhecidas em função de sua expertise operacional. Dito de outro modo, são as entidades legítimas para escolher seus contratados e avaliar caso a caso se os interesses do governo estão satisfeitos.<sup>619</sup>

---

<sup>618</sup> In its capacity as the world’s largest buyer of good and services, the federal government has broad authority to dictate the terms on which it will do business. It has a correspondingly powerful package of remedies available to deal with suppliers whose actual or alleged conduct may raise questions about their suitability for government procurement. (NORTON, Gerald P. *The questionable constitutionality of the Suspension and Debarment Provision of the Federal Acquisition Regulations: What does due process require?* **Public Contract Law Journal**, ano 18. p. 633-655. 1988. p. 633, tradução nossa. Disponível em: *HeinOnline*. Acesso em: 10 de maio de 2019.).

<sup>619</sup> BLOCK, 2018, p. 1327.

## 8 A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O *DEBARMENT* – NOVOS RUMOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A cultura administrativa pública brasileira herdou da matriz francesa de organização o gosto pelos organogramas e procedimentos — e do sistema romano germânico de disciplina jurídica a crença de que a lei, a regra jurídica (acompanhada de sanção pelo descumprimento) é capaz de mudar, de estalo, comportamentos societários indesejados.<sup>620</sup>

Conforme referido ao longo desta dissertação, os dois sistemas jurídicos estudados possuem mecanismos que permitem a Administração Pública excluir determinadas pessoas, físicas ou jurídicas, do seu sistema de contratação.

No entanto, a declaração de inidoneidade e o *debarment* estão assentados sob bases muito distintas. Ademais, a formação sócio-política exerce influência no Direito Administrativo de cada país e deve ser considerada ao se analisar os sistemas de contratações públicas e, por consequência, ao se analisar a aplicação dos referidos institutos. Assim, os pressupostos de aplicação, os mecanismos e o escopo das medidas trazem consigo as peculiaridades inerentes a cada sistema jurídico em estudo.

De início, chama atenção a diferença entre a normatização dos institutos. Nos Estados Unidos, o *debarment* relacionado ao processo de contratação pública está codificado no regulamento federal (*FAR*). Ficou demonstrado que, ao mesmo tempo que o *FAR* é minucioso ao estabelecer os requisitos para o *debarment*, deixa grande margem de liberdade para o *SDO*, uma vez que, ao decidir sobre sua aplicação, o agente pode considerar circunstâncias não previstas, mas que se mostrem relevantes diante da realidade fática.

No Brasil, a situação é oposta. Embora as sanções administrativas estejam submetidas aos preceitos do regime constitucional sancionador, a Lei nº 8.666/1993 não estabeleceu

---

<sup>620</sup> FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014. p. 33.

pressupostos básicos para a aplicação da declaração de inidoneidade, mas isso não quer dizer que tenha sido atribuída liberdade ao agente público. Ao contrário, indica que a norma está incompleta.

Por essa razão, aqui ainda se enfrentam diversos problemas de cunho hermenêutico para a declaração de inidoneidade que vão desde a ausência de tipicidade e incerteza quanto ao prazo máximo estipulado para duração da medida. Além disso, questiona-se, até mesmo, a constitucionalidade de seu alcance que impõe restrição contratual a outros entes federados. Muitas dessas questões levantadas poderiam ter sido dirimidas por meio de decreto federal o que, todavia, algumas décadas depois da edição da Lei nº 8.666/1993, ainda não foi feito.

### **8.1 As naturezas jurídicas do *debarment* e da declaração de inidoneidade**

Não obstante as dificuldades impostas pelo diploma legal brasileiro, a natureza jurídica da declaração de inidoneidade está clara, trata-se de sanção e, portanto, seu propósito é punir o particular em razão de condutas praticadas.

Por sua vez, o *FAR* estabelece que o *debarment* não possui propósito punitivo, pois a medida deve ser aplicada com o intuito de proteger os interesses do governo. Nesse sentido, o *debarment* é ação discricionária tomada a juízo do *SDO* diante da realidade fática a ele apresentada.<sup>621</sup>

Assim, da natureza jurídica anunciada pelos institutos comparados, extrai-se a mais notória diferença: o caráter sancionatório da declaração de inidoneidade, e, portanto, seu aspecto vinculado, segundo o entendimento clássico, situação distinta no *debarment*, pois sua aplicação é ato discricionário.

### **8.2 As causas e os requisitos de aplicação das medidas**

O espectro de condutas que constituem causas passíveis de ensejar o *debarment* é bem mais amplo que a declaração de inidoneidade, e essa diferença está associada ao propósito de cada instituto.

---

<sup>621</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.402 (a) (b).

A declaração de inidoneidade é sanção aplicada ao contratado por inexecução total ou parcial do contrato. Também poderá ser imposta “às empresas ou aos profissionais” que, em razão dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993, forem condenados por fraude fiscal, praticarem atos ilícitos com objetivo de frustrar a licitação ou que não possuam idoneidade para contratar com a Administração.<sup>622</sup> Está claro que a conduta deverá guardar relação com a referida lei, mas a descrição legal não é suficiente para se obter a previsibilidade da conduta, o que é requisito do regime jurídico sancionador.

Diante disso, no Brasil, a lei trouxe uma primeira delimitação, mas é preciso que os tipos ilícitos sejam definidos de forma a indicar a conduta passível de atrair a aplicação da declaração de inidoneidade. O tipo serve ainda para limitar a atuação do agente público ao aplicar a sanção. Isso quer dizer que, embora o tipo não conste na lei, no Brasil, as causas devem ser previamente estabelecidas, ainda que em regulamento, edital de licitação ou contrato.

Entretanto, esse requisito (tipo) não é necessário para aplicação do *debarment*. Apesar das inúmeras causas descritas no *FAR*, o *SDO* pode ir além e aplicar a medida em razão de outra conduta que, mesmo não estando previamente descrita, de alguma forma afete os interesses do governo.

O propósito do *FAR* é bem mais amplo e, conseqüentemente, as causas que podem dar ensejo à aplicação do *debarment* também o são. Dentre as diversas circunstâncias trabalhadas no capítulo sete verificou-se que as violações contratuais são apenas uma delas, é possível que a medida seja aplicada por falta contratual, grave e intencional, por histórico de falhas ou por desempenho insatisfatório.<sup>623</sup> Sabe-se também que o particular pode ser excluído em virtude de condenação civil ou criminal por fraude ou crime praticados para obter, tentar obter ou executar contratos públicos.<sup>624</sup> Entretanto, outras condutas tais como, violação de legislação antitruste, corrupção, falsificação de produtos, violação de políticas antidrogas ou migratória, também estão entre as causas mencionadas no *FAR*.

Vê-se, portanto, que, no Brasil, as causas devem estar previamente disciplinadas no tipo e guardar relação com o contrato regido pela Lei nº 8.666/1993. Já nos Estados Unidos, o *FAR* estabelece diversas causas e ainda confere discricionariedade ao *SDO* para que o agente avalie outras condutas que poderão atrair a aplicação do *debarment*.

---

<sup>622</sup> Art. 88. (BRASIL, 1993).

<sup>623</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.406-2 (b) (1).

<sup>624</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.406-2 (a) (1).

### 8.3 Os prazos de duração das medidas

No âmbito do *FAR*, em regra, o *debarment* será aplicado pelo prazo máximo de três anos. Por sua vez, a Lei nº 8.666/1993 não estipula prazo máximo, mas, sim o mínimo de dois anos, sendo que a declaração de inidoneidade persistirá “enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade”.<sup>625</sup> Por fim, o dispositivo condiciona a reabilitação ao ressarcimento dos prejuízos.

É, no mínimo curioso, pensar que, no sistema norte-americano, onde não se anuncia propósito punitivo, o particular tenha ciência do termo final do *debarment*, enquanto no Brasil, onde a declaração de inidoneidade é penalidade, sua duração seja inicialmente indefinida. Contudo, as críticas relativas à ausência de prazo final já foram formuladas no capítulo seis, e, neste tópico, serão trabalhadas as hipóteses de redução do prazo.

O *debarment* é medida de exclusão imposta por período de tempo determinado, o que possibilita que o *contractor* tenha ciência do lapso temporal que ficará excluído. Todavia, é possível que o período inicialmente fixado seja reduzido em razão de fato novo.

A esse respeito, a extinção prematura do *debarment* deve ser provocada pelo particular, desde que demonstrado algum dos seguintes requisitos: prova nova; eliminação de outras causas sobre as quais a exclusão se fundou; mudança no corpo diretivo ou controle da entidade; reversão da decisão (se baseada em condenação judicial); alguma outra circunstância avaliada pelo *SDO* que se mostre relevante.<sup>626</sup> As medidas apontadas pelo *FAR* evidenciam que o particular deve demonstrar a alteração das circunstâncias que ensejaram a aplicação inicial da medida.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado no Brasil ao se admitir a figura do autossaneamento, uma vez que ele possibilita que o particular demonstre ter havido mudança substancial das circunstâncias que deram azo a imposição da inidoneidade. É defensável, portanto, que a declaração de inidoneidade termine em prazo inferior a dois anos, desde que os motivos que ocasionaram a sua imposição revelem-se superados.

Por fim, decorridos os dois anos iniciais, o particular pode requerer sua reabilitação que, segundo o disposto na lei, deverá se dar mediante o ressarcimento dos prejuízos. Assim,

---

<sup>625</sup> Art. 87, IV. (BRASIL, 1993).

<sup>626</sup> ESTADOS UNIDOS, 1983, *FAR*, Subparte 9.406-4 (c).

caso o particular queira regressar ao sistema de contratação pública nacional, restam-lhe duas opções: adotar as medidas de autossaneamento ou requerer a reabilitação.

#### 8.4 Dos limites de responsabilização

Conforme reiterado ao longo deste trabalho, o *debarment* é aplicado com escopo prospectivo, uma vez que seu objetivo é afastar os particulares considerados não responsáveis para contratar com as agências federais norte-americanas em curto e médio prazo. Por essa razão, a medida tem o condão de abarcar não apenas aqueles que participaram das condutas sob análise, mas também outras pessoas (física ou jurídica) que possam, de alguma forma, oferecer risco ao interesse do governo, o qual se visa proteger. Por isso é possível que o *debarment* seja aplicado em face de corporações distintas que nem sequer tenham participado da conduta apurada, sendo que essa extensão pode ocorrer se verificado, por exemplo, o controle comum das entidades.

Assim, percebe-se que o *FAR* preocupa-se com a influência exercida pelo controle de fato e também procura excluir os indivíduos que possam ser razoavelmente apontados como participantes ou beneficiários do ato. Novamente, o *SDO* tem liberdade para definir o sujeito passivo da medida.

Nesse aspecto, a extensão da declaração de inidoneidade é bem mais limitada, pois circunscreve-se ao contratado e, nas hipóteses do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, pode ser declarada em face de pessoas físicas quando tenham participado da conduta na condição de profissional.<sup>627</sup> Não se pode olvidar, porém, que a medida é aplicada nos limites da culpabilidade de cada agente, pois o princípio da pessoalidade da pena, previsto na Constituição

---

<sup>627</sup> Lei nº 13.303/2016 ampliou o impedimento de contratação para as empresas estatais com base nas pessoas físicas. Trata-se de opção questionável sob o ponto de vista do regime sancionador, pois indiretamente impõe penalidade às pessoas naturais. Nesse sentido: “Art. 38. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa:

[...]

IV - constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII - cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VIII - que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea. (BRASIL, 2016.).

da República, impede que a sanção seja estendida àqueles que não guardam relação direta com a conduta punida, ou seja, esses critérios do *FAR* não são compatíveis com o sistema brasileiro.<sup>628</sup>

Reafirma-se, então, a ideia de que o *debarment* confere ampla liberdade para o *SDO* excluir aquele que considere oferecer risco aos interesses do governo, já o propósito da inidoneidade é punitivo e está circunscrito à culpabilidade do agente.

### 8.5 Os efeitos decorrentes da aplicação do *debarment* e da declaração de inidoneidade

Conforme visto no capítulo anterior, aplicação do *debarment* transcende a seara das contratações públicas, uma vez que a Administração Pública federal fica proibida de estabelecer relação negocial com o particular em sentido amplo, pois a exclusão atinge operações de outras naturezas, como, por exemplo, a concessão de subsídios e financiamentos. No entanto, em regra, sua aplicação não acarretará extinção dos contratos vigentes, embora medida desse cunho possa ser determinada pelas agências federais.

No âmbito da Lei nº 8.666/1993, deve-se notar que o texto legal não determina a extinção dos contratos vigentes. Entretanto, é possível que eles sejam afetados.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho pondera que o art. 55 da Lei nº 8.666/1993<sup>629</sup> determina, no inciso XIII, que o contratante deve manter, durante toda a vigência contratual, os requisitos iniciais de habilitação e qualificação. Nesse esteio, o autor adverte que “essa disciplina é compatível com o entendimento de que o preenchimento dos requisitos de habilitação envolvem não propriamente uma formalidade a ser cumprida somente por ocasião da licitação, mas evidenciam a capacitação do sujeito para executar a contratação”.<sup>630</sup>

De fato, a não manutenção dos requisitos de habilitação importa descumprimento da lei. Entretanto, essa hipótese não está colocada dentre as causas previstas para a declaração de inidoneidade.<sup>631</sup> Assim, para que a declaração de inidoneidade constitua causa de rescisão

---

<sup>628</sup> Art. 5º, XLVI. (BRASIL, 1988.).

<sup>629</sup> Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. (BRASIL, 1993.).

<sup>630</sup> JUSTEN FILHO, 2012, p. 1023.

<sup>631</sup> Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos. (BRASIL, 1993.).

contratual é imprescindível que esteja estabelecida, por meio de regulamento, no edital de licitação ou no contrato, de forma a advertir o contratado.<sup>632</sup>

No entanto, o efeito direto decorrente da declaração de inidoneidade é a exclusão do particular do sistema de contratação pública em âmbito nacional. Isso significa, segundo a doutrina majoritária,<sup>633</sup> que, uma vez aplicada a penalidade, o sancionado fica impedido de licitar ou contratar com os entes federados e suas entidades descentralizadas.

Sobre essa questão, é válido lembrar que o *debarment* aplicado segundo a *FAR* não tem o poder de restringir os demais entes federativos. É possível, contudo, que os demais entes também deixem de contratar com os particulares excluídos pelo governo federal, mas isso ocorrerá por força de legislação própria.<sup>634</sup>

Ademais, o *debarment* nem sequer limita, de maneira definitiva, a capacidade contratual das demais agências federais, pois é possível que a medida seja afastada por decisão motivada de determinada agência que deseje se engajar em relação comercial com o *contractor* excluído. De outro lado, não há prerrogativa dessa natureza no Brasil e, inclusive, configura crime contratar com pessoa que está declarada inidônea.<sup>635</sup>

Também já foi apontado que a doutrina norte-americana estuda os efeitos do *debarment* sob viés bastante pragmático. Sobre esse ponto, a discussão é interessante e, de certa forma, pode ser aproveitada para o cenário brasileiro.

A declaração de inidoneidade, assim como o *debarment*, pode provocar a “morte” das entidades e, nesse aspecto, os efeitos colaterais são similares àqueles suscitados pela doutrina norte-americana. Na verdade, a perspectiva da entidade declarada inidônea no Brasil é ainda pior, já que ela ficará excluída do sistema de contratação pública nacional. A sua morte, portanto, é ainda mais provável.

---

<sup>632</sup> A esse respeito convém mencionar o Estado de Minas Gerais determina que a inscrição no cadastro de fornecedores impedidos de licitar ou contratar com a Administração Pública Estadual é causa de rescisão dos contratos vigentes e ainda, proíbe o aditamento do contrato que gerou a aplicação da penalidade. Caso o fornecedor possua outros contratos em vigor com a Administração Estadual é possível que esses sejam prorrogados por até 90 dias. (MINAS GERAIS. **Decreto nº 45.902, de 27 de janeiro de 2012**. Regulamenta a Lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual – Cafimp. Belo Horizonte: Estado de Minas Gerais, 2012. Art. 51. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=45902&ano=2012&tipo=DEC>. Acesso em: 07 ago. 2019.).

<sup>633</sup> Conforme já explicado em tópico 6.4, a autora discorda dessa visão por considerar inconstitucional que a decisão administrativa tomada por um ente federado possa limitar os demais.

<sup>634</sup> O tratamento norte-americano é mais adequado ao sistema federativo. Conforme trabalhado no capítulo seis a limitação da sanção aos entes federados aplicadores da sanção administrativa, essa parece ser a solução que se amolda melhor aos preceitos constitucionais brasileiros.

<sup>635</sup> Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 1993.).

No que tange aos parceiros contratuais, assim como ocorre nos Estados Unidos, a Administração Pública brasileira poderá perdê-los, ou seja, aqui também se verificará a redução de segmento do mercado em que o poder público é o principal cliente. Nesse cenário, o custo final pode acabar repassado para o contribuinte, que é o verdadeiro provedor dos recursos do Estado, porque a menor oferta de contratantes pode levar ao aumento dos preços. Ademais, não se pode olvidar que as pessoas jurídicas também são pagadoras de tributos e provedoras de postos de trabalho, além do que, a declaração de inidoneidade pode acarretar a extinção de entidades que são excelentes do ponto de vista técnico. Há, portanto, toda uma cadeia econômica que também precisa ser considerada. Isso significa que é preciso pensar em alternativas que visem a proteger o interesse público.

### **8.6 Novos rumos para a aplicação da declaração de inidoneidade**

Conforme trabalhado no capítulo seis, a declaração de inidoneidade é sanção drástica e, infelizmente, a Lei nº 8.666/1993 não oferece mecanismos satisfatórios para a sua aplicação. Nesse sentido, foi destacado que a insegurança jurídica que permeia o instituto é alarmante.

Sobre esse aspecto é necessário lembrar que a importante característica da sanção é o seu caráter intimidante, ou seja, o propósito de desestimular a prática do ato ilícito pelo receio de se sofrer a penalidade. A Administração Pública, por sua vez, deve estar ciente de que a declaração de inidoneidade traz consigo carga muito severa e que pode acarretar a extinção da entidade punida.

Os escândalos de corrupção que assolaram o Brasil na última década levantaram a polêmica sobre essa questão. Isso porque o envolvimento das grandes corporações brasileiras nos esquemas de corrupção noticiados descortinou o debate sobre os efeitos da declaração de inidoneidade, uma vez que sua exclusão do sistema de contratação pública nacional pode acarretar a “morte” de entidades. Em um primeiro momento, poderia se pensar que a medida atenderia ao interesse público, pois as empresas corruptas seriam retiradas do mercado. Entretanto, não há garantia de que as entidades remanescentes, ou aquelas que venham a ocupar o espaço deixado pela excluída, atuarão de maneira idônea.<sup>636</sup>

---

<sup>636</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Pena de morte e a responsabilidade das empresas. **Valor Econômico**, São Paulo, ano. 11, 30 jul. 2015, Legislação. Disponível em:

É preciso considerar que a aplicação de sanções drásticas não conduz necessariamente à melhoria do sistema de contratação pública e, no caso da declaração de inidoneidade, pode produzir impactos negativos em cadeia. Nesse contexto, a “morte” da pessoa jurídica, especialmente quando se trata de grandes corporações, acarreta efeitos negativos no mercado, razão pela qual os efeitos colaterais estudados na aplicação do *debarment* também podem ser verificados na declaração de inidoneidade. Essa é importante questão a ser debatida, pois é preciso considerar que há segmento de mercado voltado para a satisfação das necessidades da Administração Pública e a declaração de inidoneidade implicaria reduzir o número de possíveis contratantes, ou seja, diminuir a oferta.

Sobre esse aspecto é importante esclarecer que este estudo não tem como propósito defender que as grandes corporações não possam ser declaradas inidôneas, mas, antes disso, é urgente discutir as consequências decorrentes da aplicação dessa sanção.

Dito isso, precisa-se pensar em uma solução que vá além do propósito repressivo. Pois é cediço que o enfoque voltado tão somente para a aplicação de penalidade circunscreve-se ao passado, o que pode não trazer benefícios para as contratações públicas futuras. Diante disso, indaga-se: de que maneira a legislação poderia incentivar comportamento adequado por parte dos contratados?

#### 8.6.1 Os acordos substitutivos e o ato sancionador

Conforme destacado no capítulo três, o regime jurídico administrativo clássico assenta-se em dois princípios jurídicos basilares: a indisponibilidade do interesse público e a sua supremacia em relação ao interesse privado. Nesse aspecto, o sancionamento implica a limitação dos direitos do particular cujo fundamento está na superioridade apontada. Ademais, é justamente em razão de sua supremacia que descaberia falar em harmonização do interesse público com outros interesses supostamente envolvidos.<sup>637</sup> Esse pressuposto decorre da interpretação clássica de que, sendo a sanção medida de interesse público, ela não poderia ser

---

<https://www.valor.com.br/legislacao/4155264/pena-de-morte-e-responsabilidade-das-empresas#>. Acesso em: 30 maio 2019.

<sup>637</sup> MARQUES NETO. Floriano de Azevedo; CYMBALISTA. Tatiana Matiello, Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago./set./out., 2011, p. 14. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=597>. Acesso em: 20 maio 2019.

afastada, porque o Estado não teria legitimidade para dispor do interesse de punir a pessoa (física ou jurídica) transgressora.<sup>638</sup>

Na última década, formas consensuais de atuação da Administração Pública ganharam espaço, superando paulatinamente a visão tradicional, segundo a qual o poder público estaria circunscrito à satisfação de um único interesse público que, no caso das infrações administrativas, materializar-se-ia com a pretensão punitiva. Na realidade, os atos administrativos têm como finalidade promover os interesses públicos e, nesse aspecto, o regime jurídico administrativo deve acomodar a multiplicidade desses interesses envolvidos. Isso porque não é possível estabelecer, *a priori*, uma decisão melhor, mais acertada, que possibilite essa composição. Em outras palavras, nem sempre a satisfação do interesse público estará na punição. Sobre a questão, é interessante a ponderação de Floriano Marques Neto e Tatiana Cymbalista:<sup>639</sup>

Deve-se ademais reconhecer que o repositório do interesse público não é de fácil identificação. Como já se teve a oportunidade de observar, acompanhado de vários autores, cada vez se torna mais difícil identificar um único interesse público, quanto mais afirmar onde ele se encontra, *a priori*, e aplicá-lo abstratamente a uma generalidade de ocasiões. Cada vez mais a noção de interesse público apresenta-se plural, fluida, fragmentária, parcial e determinada concretamente em cada situação verificada. São vários os interesses legitimamente merecedores de tutela jurídica, e bem por isso o interesse público tenderá cada vez mais a residir na harmonização e na composição entre esses interesses.

Enfim, reconhecer que não existe apenas um interesse público é importante passo para se buscar ferramentas que possibilitem a harmonização dos diversos interesses.

Nesse aspecto, à medida que a sociedade vai se tornando mais complexa, outros interesses também são alçados à categoria de interesses públicos e, por isso, também demandam proteção. Mais do que isso, há outro olhar sobre os mecanismos adotados para satisfazê-los. Dessa forma, é importante considerar que a complexidade das relações estabelecidas nas últimas décadas, fomentada pelas mudanças tecnológicas, levou a um “novo estilo de administração, participativo, concertado e flexível, marcado fundamentalmente pela noção de consensualidade – e pelo paradigma da Administração Pública consensual e concertada.”<sup>640</sup>

Esse novo paradigma também alcançou a seara das penalidades administrativas. Evidentemente, se o propósito da sanção fosse unicamente repressivo, nos moldes tradicionalmente defendidos, descaberia falar em acordo no âmbito da atividade sancionatória.

---

<sup>638</sup> FORTINI; YUKINS; AVELAR, 2016. p. 70.

<sup>639</sup> MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 15.

<sup>640</sup> FERRAZ, 2019, p. 77.

Todavia, a consensualização<sup>641</sup> na esfera da atividade sancionatória aponta para novos rumos no desempenho da função administrativa. Isso porque esse novo modelo sinaliza para a horizontalidade entre Administração e particular no campo de relações que eram classicamente concebidas como verticais.<sup>642</sup>

Diante desse contraste, especialmente no que se refere à quebra da tradicional verticalidade sobre a qual o poder repressivo estava assentado, os acordos substitutivos se apresentam como forma de harmonizar os diversos interesses públicos e ainda viabilizar a maneira mais hábil de satisfazê-los.

Admite-se, pois, que nem sempre a aplicação da penalidade será a melhor medida para atender o interesse público. A bem da verdade, existem tantos interesses públicos quanto mecanismos para satisfazê-los, e as técnicas consensuais sinalizam para essa composição.

Esse giro vem acompanhado da participação do administrado na formação do ato por meio tanto do emprego de técnicas consensuais, quanto de uma superação da visão estritamente imperativa e unilateral da atuação da Administração na seara das contratações administrativas.<sup>643</sup>

Assim, no que concerne à vinculação do ato sancionador, segundo a concepção clássica, que enxerga a punição como a única hipótese legal, o que está sendo superado é a visão de retribuir e reprimir da sanção como único mecanismo de proteção do interesse público. Dessa forma, a possibilidade de se celebrar acordo substitutivo das sanções administrativas alterou o conteúdo do dever-ser, porque a sanção não mais se afigura como única consequência lógico-jurídica decorrente da infração. A contratualização é alternativa que se abre ao administrador público, que, no lugar do ato sancionador, poderá celebrar acordo substitutivo desde que a medida se revele viável para proteger o interesse público em questão.

Logo, nas hipóteses em que a celebração de acordo for legalmente prevista, cabe ao agente público avaliar qual medida, se acordo ou sanção, melhor atenderá ao interesse público, sendo que tal opção deve vir motivada, o que é requisito indispensável para poder se aferir a submissão do ato decisório à juridicidade.

---

<sup>641</sup> “Diante desse breve panorama, não há como se confundir consensualidade, como resultado, com consensualização, aqui correspondente a um fenômeno de intensificação e da criação do uso de mecanismos de gestão que valorizam o consentimento da sociedade ou do cidadão no processo de elaboração das decisões administrativas.” (MARRARA, 2014, p. 40.).

<sup>642</sup> MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015, p. 510. DOI: [http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195/pdf\\_Marrara](http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195/pdf_Marrara). Acessado em: 14 ago. 2017.

<sup>643</sup> Atente-se, entretanto, que essa consensualização não revela o abandono das técnicas tradicionais, elas podem conviver até porque é justamente pelo receio de sofrer a penalidade imposta que maneira unilateral que o particular busca celebrar acordos com a Administração. (MARRARA, 2014, p. 42.).

## 8.6.2 O acordo de leniência e seu alcance na Lei nº 8.666/1993

A Lei nº 12.846/2013,<sup>644</sup> conhecida como Lei Anticorrupção, prevê a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à Administração Pública. De acordo com o disposto na norma, uma vez verificada a prática dos atos descritos em seu art. 5º, surge a pretensão punitiva que se materializará pela aplicação das penalidades (multa e publicação vexatória da condenação), disciplinadas no art. 6º.

Essa norma trouxe dois dispositivos que possibilitam a celebração de acordo de leniência em processo administrativo sancionatório. Um deles foi o art. 16,<sup>645</sup> que se destina à celebração de ajuste referente às sanções estabelecidas no art. 5º da Lei Anticorrupção. Por seu

---

<sup>644</sup> BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm). Acesso em: 14 mar. 2017.

<sup>645</sup> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. (BRASIL, 2013.).

turno, o art. 17<sup>646</sup> prevê a possibilidade de negociar as penalidades disciplinadas no âmbito da Lei nº 8.666/1993.

Thiago Marrara esclarece que o acordo de leniência “trata-se de um instrumento negocial com obrigações recíprocas entre uma entidade pública e um particular, o qual assume os riscos e as contas de confessar uma infração e colaborar com o Estado no exercício de suas funções repressivas.”<sup>647</sup>

Sobre o propósito desse acordo é interessante a explicação apresentada por Marrara<sup>648</sup>:

Diga-se bem: negociar não para beneficiar gratuitamente, não para dispor dos interesses públicos que lhe cabe zelar, não para se omitir na execução das funções públicas. Negociar sim, mas com o intuito de obter suporte à execução bem sucedida de processos acusatórios e atingir um grau satisfatório de repressão de práticas ilícitas altamente nocivas que sequer se descobririam pelos meios persecutórios e fiscalizatórios clássicos.

Assim, o instrumento negocial tem como objetivo facilitar a instrução, pois o particular se compromete a colaborar e apresentar provas que, sem a cooperação, seriam de difícil acesso para a Administração. Em troca, o poder público se compromete a abrandar a pena que seria imposta segundo um processo estritamente punitivo.

Retomando o art. 16, da Lei nº 12.846/2013, nele foram colocados alguns requisitos para a celebração do ajuste. Para tanto, a pessoa jurídica deve ser a primeira a manifestar o interesse em cooperar com a apuração do ilícito e deve assumir o compromisso de colaborar com a fase instrutória, inclusive com a indicação de demais envolvidos.

Em contrapartida, a Administração pode isentar da publicação vexatória a entidade e atenuar a multa, reduzindo-a em até  $\frac{2}{3}$ . Verifica-se, portanto, que o art. 16 se amolda ao objetivo do acordo de leniência, que significa a colaboração em troca do abrandamento da sanção.

O mesmo, entretanto, não ocorreu com o art. 17 a norma apenas autorizou a celebração de acordo de leniência, mas não trouxe os requisitos necessários para tanto. Causou estranheza o fato de o artigo da Lei Anticorrupção se referir exclusivamente às penalidades elencadas nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993, deixando de abarcar penalidades previstas em outras leis de contratação pública e inclusive de estabelecer conexão com a prática de atos lesivos à Administração descritas no art. 5º da Lei Anticorrupção.<sup>649</sup> Ademais, o benefício é maior do

---

<sup>646</sup> Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88. (BRASIL, 2013.).

<sup>647</sup> MARRARA, 2015, p. 512.

<sup>648</sup> MARRARA, 2015, p. 511.

<sup>649</sup> FORTINI, Cristiana. Comentários ao art. 17. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (coord.) **Lei Anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 237.

que aquele conferido pelo art. 16, pois possibilita o ajuste com vistas a atenuar ou até mesmo isentar a entidade infratora das referidas sanções, dentre as quais está a declaração de inidoneidade.<sup>650</sup>

Diante da problematização colocada, é preciso, então, analisar quais são os pressupostos de aplicação do art. 17.

Duas hipóteses trabalhadas pela doutrina devem ser analisadas: (i) a leniência do art. 17 só se aplica quando o ato infracional guardar conexão com os atos lesivos estabelecidos na Lei nº 12.846/2013; (ii) o art. 17 está fora do âmbito de aplicação da Lei nº 12.846/2013, pois volta-se exclusivamente para as sanções disciplinadas na Lei Geral de Licitações e Contratos.

A primeira hipótese visa circunscrever o acordo de leniência à própria lei. Assim, entende-se que o ato infracional deve necessariamente guardar relação com os atos ilícitos descritos no inciso IV do art. 5º,<sup>651</sup> que dispõe sobre os atos lesivos à Administração Pública no âmbito das licitações e contratos, assim definidos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

As condutas descritas acima podem ser facilmente inseridas nas hipóteses previstas nos incisos do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, uma vez que sua prática pode constituir ato ilícito visando frustrar o objetivo da licitação, ou revelar atuação inidônea em si. Desse modo, se os atos ilícitos forem praticados em razão dos contratos regidos pela Lei Geral de Licitações e Contratos, atrairá a declaração de inidoneidade, o que, por sua vez, poderá ser objeto do acordo de leniência.<sup>652</sup>

No entanto, seria mais difícil estabelecer conexão entre a inexecução contratual prevista no art. 87 da Lei nº 8.666/1993 e as condutas descritas na Lei nº 12.846/2013. A esse

---

<sup>650</sup> MARRARA, 2015, p. 523.

<sup>651</sup> BRASIL, 2013.

<sup>652</sup> FORTINI, 2017, p. 239.

respeito, é importante, ainda, destacar que o acordo de leniência é instituto comum quando se trata de combate à corrupção e às práticas anticoncorrenciais,<sup>653</sup> porque a coleta de provas costuma ser mais difícil em ilícitos de tais naturezas. Assim, o referido acordo visa a facilitar a instrução probatória.<sup>654</sup> Nesses casos, o particular, então, se obriga a cooperar com a Administração e em troca tem sua sanção atenuada ou excluída.<sup>655</sup> Por essa razão, Cristiana Fortini<sup>656</sup> destaca que “se não há dados a fornecer, envolvidos a delatar, inexistente atmosfera para o acordo de leniência”.

Percebe-se, portanto, que a conjuntura acima explicada, em que o acordo de leniência costumeiramente é celebrado, é bastante distinta das circunstâncias que levam à aplicação de sanção por inexecução contratual. Afinal, qual seria o benefício à Administração Pública advindo da colaboração que justificaria a redução da sanção?

Sobre o tema, apresenta-se a outra posição da doutrina. Luciano Ferraz esclarece que o acordo de leniência previsto no art. 17 da Lei nº 12.846/2013 está fora do seu âmbito de aplicação, uma vez que o dispositivo se encontra direcionado às sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/1993.<sup>657</sup>

Nesse esteio, tem-se que o referido ajuste deve ser descolado da concepção clássica ligada à cooperação com a instrução probatória. Enfim, deve-se interpretar a leniência como

---

<sup>653</sup> No Brasil, o acordo de leniência foi introduzido pela Lei nº 10.149, de 2000, que alterou a estrutura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e permitiu a celebração do ajuste para excluir ou isentar penalidades administrativas impostas por infrações à ordem econômica. (BRASIL, **Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000**, Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10149.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10149.htm). Acesso em: 2 maio 2019.).

<sup>654</sup> MARRARA, 2015, p. 513.

<sup>655</sup> MARRARA, 2015, p. 513-514.

<sup>656</sup> FORTINI, 2017, p. 240.

<sup>657</sup> "De outra parte, o art. 17 da Lei nº 12.846/13 é importantíssimo instrumento de controle consensual para o âmbito das contratações públicas no Brasil. A nomenclatura mais correta a designá-lo seria “acordo substitutivo”, a exemplo daqueles com previsão em normas próprias de algumas agências reguladoras no Brasil.

O acordo substitutivo do art. 17 da Lei nº 12.846/13, diferentemente do acordo disposto no art. 16 da lei, pertence um âmbito de aplicação completamente diverso. Por seu turno é possível que a Administração Pública celebre acordo com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus artigos 86 a 88 (multa, advertência, suspensão temporária e declaração de inidoneidade).

Tais ilícitos são faltas contratuais cometidas durante a execução de contratos administrativos e cujo pronunciamento pela Administração Pública não raro levaria à solução rescisória do contrato. A natureza consensual desse segundo acordo de leniência e a potencialidade de colocar fim a celeumas instaladas entre Administração Pública e particulares são importantes instrumentos a serem utilizados como mecanismos de corrigir rumos na execução contratual, superando as drásticas soluções rescisórias tendo aplicabilidade, entre outros, aos ajustes regidos pela Lei nº 8.666/93, pela Lei nº 13.303/16 (Estatuto das Empresas Estatais), pela Lei nº 8.987/95 (Concessão e Permissão de Serviços e Bens Públicos), pela Lei nº 11.079 (parcerias Público-Privadas). Este acordo pode até mesmo ser provocado pelas controladorias internas e pelos tribunais de contas como meio de determinar à Administração Pública que proceda a correções na execução dos contratos administrativos, pela via do mútuo consenso com o particular, substituindo a ruptura pela continuidade, a rigidez pela flexibilidade, em prestígio à efetividade do exercício da atividade sancionadora.” (FERRAZ, 2019, p. 180-181.).

acordo substitutivo, enquanto mecanismo voltado para a consensualização das penalidades elencadas nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993, e especialmente em relação à sanção objeto deste trabalho: a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública.

É verdade que a redação do art. 17 da Lei nº 12.846/2013 não é satisfatória, mas, diante da remissão ao art. 87 da Lei Geral de Licitações e Contratos, não se pode ignorar a possibilidade que a norma traz de ajuste por inexecução contratual. Ademais, permitir a celebração de acordo por falha na execução do contrato administrativo revela-se viável, até porque se a Administração pode celebrar acordos em matéria de corrupção, cuja infração constitui natureza mais grave, é razoável admitir sua aplicação para a inexecução contratual, que é menos ofensiva ao interesse público.

Desse modo, é importante pensar na aplicação do instituto de maneira que possa estimular a atuação de boas práticas por parte do contratado. Ou seja, propõe-se a adoção de um olhar prospectivo em detrimento da concepção sancionatória clássica ou da cooperação instrutória.

Em outras palavras, o fato de a contrapartida do particular, no acordo de leniência, voltar-se costumeiramente à colaboração probatória não tem o condão de impedir que a Administração celebre ajuste com termos distintos. Assim, se a inexecução contratual não demanda colaboração instrutória, cabe pensar em outras contrapartidas que possam ser conferidas pelo particular para a obtenção de leniência.

Nesse contexto, as medidas de autossaneamento ou medidas mitigadoras constituem importante mecanismo à disposição da Administração Pública para estimular boas práticas por parte de seus contratantes. Significa dizer que um dos benefícios advindos do acordo substitutivo firmado com fulcro no art. 17 da Lei Anticorrupção, pode estar no comprometimento do particular com a melhoria do seu ambiente institucional.

Nesse quesito, os mecanismos de integridade e a ideia do autossaneamento se coadunam com o disposto na Lei nº 12.846/2013 à medida que:

O objetivo central da nova legislação é tutelar a lisura comportamental dos agentes de mercado que se relacionam com o Poder Público no Brasil, impregnando os estratégias comerciais com a noção corporativa de *compliance* - o conjunto de práticas e disciplinas adotadas pelas empresas para alinhar o comportamento corporativo ao cumprimento das normas legais e das políticas governamentais aplicáveis ao setor de atuação, inclusive mediante mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a

aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no respectivo âmbito (ver, a propósito, o art. 7º, VIII, da Lei nº 12.846/2013).<sup>658</sup>

Vê-se que a Lei Anticorrupção, portanto, se preocupa em estimular a melhoria das práticas institucionais adotadas por seus parceiros contratuais. Ante a solução proposta, importa analisar a possível contrapartida do particular nos acordos substitutivos.

### 8.6.3 As medidas autossaneadoras nos acordos substitutivos

Conforme destacado no capítulo sete, as medidas de autossaneamento revestem-se de notório caráter prospectivo. Evidentemente, não se pode ignorar que o contexto e o instituto norte-americano são substancialmente distintos dos brasileiros, o que fica claro em razão da natureza jurídica das medidas analisadas por este estudo comparado. No entanto, isso não significa dizer que o sistema estrangeiro não tem como contribuir com o aprimoramento do sistema brasileiro.

Ao se comparar o espectro de abrangência dos dois sistemas jurídicos, conclui-se que o propósito do *FAR* é maior. Com efeito, o *debarment* visa proteger os interesses do governo mediante exclusão temporária daqueles contratados que, em virtude dos atos praticados, não sejam capazes de adotar medidas prospectivas para evitar a recorrência de certas condutas indesejáveis. Em outras palavras, não demonstram capacidade de se “autossanear”.

No Brasil, o propósito da declaração de inidoneidade afigura-se mais restrito. Isso porque, embora possa se conceber que a referida sanção vise resguardar a integridade das contratações, a sanção prevista no âmbito da Lei nº 8.666/1993 pode ser aplicada em razão de falhas contratuais ou dos motivos descritos no art. 88. Neste último caso, embora não esteja diretamente vinculada à inexecução contratual, a conduta refere-se aos contratos celebrados pelo regime previsto na Lei Geral de Licitações e Contratos.

Não se pode deixar de notar, entretanto, que a exclusão do particular de todo o sistema de contratação pública em virtude de inexecução contratual é medida assaz drástica, uma vez que a exclusão se dá em âmbito nacional. Desse modo, para evitar os inúmeros inconvenientes que possam decorrer da penalidade, tem-se que a Administração Pública deve, primeiro, buscar outros meios menos gravosos para solucionar tais problemas.

---

<sup>658</sup> FERRAZ, 2019, p. 153.

Por essa razão, nada obstante todas as dificuldades que a Lei nº 8.666/1993 coloca, é urgente pensar em mecanismos que possam tanto fomentar a adoção de posturas idôneas daqueles que contratam com o poder público, quanto evitar a aplicação da declaração de inidoneidade e seus efeitos colaterais.

Para tanto, o acordo substitutivo previsto no art. 17 da Lei nº 12.846/2013 pode se revelar importante veículo para que a Administração Pública estimule a adoção de mecanismos de integridade no âmbito corporativo, em troca de não aplicar a declaração de inidoneidade.

Entretanto, a Lei nº 12.846/2013 não estabelece quais são os parâmetros para celebrar o acordo disposto no art. 17, mas se afigura recomendável se utilizar aqueles descritos no Decreto Federal nº 8.420, de 18 de março de 2015.

O art. 7º da lei nº 12.846/2013 trata das balizas empregadas para a aplicação da multa. Nesse sentido, o inciso VIII estabelece que devem ser considerados “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”<sup>659</sup> Por sua vez, o dispositivo encontra-se disciplinado no Decreto Federal nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei nº 12.846/2013, bem como os requisitos do programa de integridade.<sup>660</sup> Nesse aspecto, é possível perceber que muitas das circunstâncias elencadas no art. 42<sup>661</sup> do regulamento citado também estão disciplinadas no *FAR* como medidas de autossaneamento explicadas no capítulo anterior.

---

<sup>659</sup> Art. 7, XIII. (BRASIL, 2013.).

<sup>660</sup> Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. (BRASIL, 2013.).

<sup>661</sup> Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

Diversos são os mecanismos de controle interno e o estímulo a boas práticas empresariais<sup>662</sup> estabelecidos no mencionado regulamento, dentre os quais: códigos de conduta ética e integridade (com ênfase no comprometimento da alta administração); treinamento de pessoal; mecanismos de incentivo à denúncia; procedimento de investigação interna e apuração de responsabilidade (incluindo medidas disciplinares); promoção de transparência; e instituição de mecanismo de prevenção de fraudes, especialmente quando as atividades empresariais envolverem o contato com o poder público. Assim, a adoção dos mecanismos descritos pode ser obrigação assumida pelo contratado no âmbito do acordo de leniência disposto no art. 17 da Lei nº 12.846/2013, visando isentar a declaração de inidoneidade prevista na Lei nº 8.666/1993. É importante destacar que as medidas de autossaneamento estimulam a melhora do ambiente corporativo sob perspectiva macro. Servem inclusive para evitar falhas ou inexecução contratual no futuro, uma vez que o aprimoramento do controle interno se refletirá diretamente na atividade fim da corporação.

Por fim, é necessário apontar que o estímulo a boas práticas não implica o completo abandono da sanção, porque a multa é cumulável com a declaração de inidoneidade. Desse modo, a Administração poderá, no mesmo acordo, estimular a adoção dos mecanismos de integridade e de autossaneamento, sem abrir mão de aplicar a multa e, ainda, determinar a reparação integral do dano, se houver. Ademais, os acordos substitutivos podem ser rescindidos pelo descumprimento dos seus termos.

As medidas autossaneadoras constituem, enfim, importante mecanismo para que o particular evite sua exclusão do sistema de contratação pública e, de outro lado, são ferramentas para que a Administração Pública possa estimular a adoção de medidas de integridade e a adequação das condutas do contratado ao ordenamento jurídico.

---

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. (BRASIL, 2013.).

<sup>662</sup> O incentivo às boas práticas não é exclusivo da Lei nº 12.846/2013, pois as regras sobre governança previstas em outros diplomas legais também incentivam boas práticas empresariais. (FORTINI, Cristiana; SHERMAN, Ariane; Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. Belo Horizonte: **Interesse público –IP**, Fórum, ano 19, n.102. mar/abr. 2017.

O capítulo sete demonstrou que o sistema norte-americano é assim estruturado, porque, ao invés de excluir o particular, o poder público prefere estimular as boas práticas empresarias. Desse modo, ao melhorar a qualidade dos seus parceiros, também serão melhores os serviços obtidos por meio dos contratos.

Diante da possibilidade inaugurada pela Lei nº 12.846/2013, o mesmo raciocínio pode ser aplicado no Brasil. No atual estágio da legislação, a Administração já dispõe dos acordos substitutivos, que, por vezes, podem se revelar ferramentas mais adequadas à persecução do interesse público do que a medida estritamente punitiva.

### **8.7 A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): novos rumos**

Conforme desenvolvido ao longo deste trabalho, nada obstante a matriz francesa, o Direito Administrativo brasileiro vem se aproximando das práticas norte-americanas. Em meados da década de 90, tal influência foi percebida, por exemplo, na esfera da organização administrativa pela instituição das agências reguladoras. Atualmente, o Direito Administrativo caminha para adoção de formas consensuais de desempenho da função administrativa, o que embora não seja técnica exclusiva do Direito norte-americano, é característica notória no sistema de contratações públicas.

Diante desse cenário, em 25 de abril de abril de 2018, foi publicada a Lei nº 13.655 que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Dentre as mudanças introduzidas, chamam bastante atenção algumas alterações, em especial o disposto nos art. 20, 22 e 26.

No art. 20, a redação determina que, na decisão administrativa, não se decidirá “com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”<sup>663</sup> Por sua vez, o art. 22 determina que, ao avaliar o ato, contrato ou ajuste

---

<sup>663</sup> Art. 20 – Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único – A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 22. – Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º – Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

administrativo, o julgador deverá considerar as circunstâncias de sua aplicação, bem como as dificuldades práticas enfrentadas pelo agente público.

A inclusão de tais comandos na LINDB é sintomática e aponta para incorporação do pragmatismo<sup>664</sup> ao ordenamento jurídico pátrio, e em especial, ao Direito Administrativo sancionador.<sup>665</sup> O giro é importantíssimo, porque retira a discussão assentada exclusivamente no mundo do *dever-ser* para se conformar ao mundo do *ser*.

Conforme já analisado ao longo deste trabalho, os norte-americanos agem e interpretam suas normas jurídicas de maneira muito pragmática, o que, por vezes, causa espanto e perplexidade aos juristas brasileiros. Isso porque, exatamente pela influência do pragmatismo, o sistema norte-americano tende a rejeitar os conceitos abstratos e descolados da realidade social.

Assim, as questões jurídicas, conforme esse sistema, devem ser analisadas mediante a ponderação das consequências possíveis diante do caso concreto, sendo que é a partir dessa realidade que as decisões devem ser tomadas.<sup>666</sup> Diante disso, não se pode negar que o pragmatismo norte-americano tem exercido significativa influência ao tratar das medidas alternativas na aplicação da sanção administrativa no Brasil.

Ademais, verificou-se que o Direito norte-americano vem de orientação bastante distinta da brasileira. De início, constatou-se que Constituição dos EUA não trata sobre a promoção do interesse público, nem sequer houve grande preocupação com a teorização do tema. O Direito Administrativo dos Estados Unidos desenvolveu-se predominantemente em contextos específicos, notadamente em tempos de crise, pois diante do caso concreto o Estado procurou, não sem resistência da iniciativa privada, promover a satisfação das necessidades do

---

§ 2º – Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º – As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm) Acesso em: 18 abr. 2019.).

<sup>664</sup> A interpretação jurídica tradicional é centralizada em debates demasiadamente abstratos, com pretensão de universalidade e pautados em princípios morais complexos sobre a vida, a justiça, a equidade, dentre outros temas, que desconsideram as questões práticas e a realidade institucional. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, out./dez. 2012. Disponível em: <http://www.bidFórum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=83818> Acesso em: 29 maio 2019.).

<sup>665</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. O art. 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo. 25 jul. 2018. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opinio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 10 maio 2019.

<sup>666</sup> OLIVEIRA, 2014, p. 11.

cidadão. O caminho para se conciliar os interesses múltiplos foi mais “curto”, porquanto buscou maneira pragmática para satisfazê-los, principalmente se comparada à formulação francesa incorporada no Brasil.

No Brasil, o interesse público encontra-se positivado na Constituição, enquanto o regime sancionador foi inicialmente apontado como importante mecanismo de controle e conformação de condutas, razão pela qual se elegeram comportamentos reprováveis e cujo desvio implica sanção. Apenas em um segundo momento, que é o estágio atual, diante da insuficiência da atividade sancionadora tradicional, foram buscadas alternativas para o desempenho da função administrativa.

Por fim, não se pode deixar de mencionar o disposto no art. 26 da LINDB cuja redação estabelece:

Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

A redação do *caput* é complementada pelo disposto no § 1º segundo o qual o compromisso do estabelecido: (i) deverá buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (ii) não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (iii) deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Diante da redação legal, há linha interpretativa que considera que o dispositivo inseriu cláusula geral para a contratualização da sanção administrativa, uma vez que é possível celebrar acordos para eliminar irregularidade, situação contenciosa ou incerteza, abarcando-se, inclusive, a prerrogativa sancionatória. Nessa linha:

Alinhando-se a outros sistemas jurídicos que dispõem de leis autorizativas genéricas à celebração de acordos pela Administração Públicas, a Lei nº 13.655/18 expressamente confere competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro. Isso significa que qualquer órgão ou ente administrativo encontra-se imediatamente autorizado a celebrar compromisso, nos termos do art. 26 da Lei, não fazendo necessária a edição de qualquer outra lei específica, decreto ou regulamentação interna.<sup>667</sup>

---

<sup>667</sup> GUERRA; PALMA, 2018, p. 146.

Assim, os acordos substitutivos têm por objeto o Direito Público desde que seja verificada alguma das hipóteses destacadas no *caput*. Todavia, mesmo a suposta regra geral no que se refere à contratualização da atividade sancionatória pode ser alvo de questionamentos. Isso porque o inciso II do § 1º do art. 26 foi vetado. O dispositivo estava assim redigido: "poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição".

Nesse esteio, o veto dá margem a questionamentos sobre a incidência da cláusula geral nas prerrogativas sancionatórias. Indaga-se, portanto: o veto presidencial significaria que o acordo sobre as penalidades administrativas fora suprimido da LINDB?

Para responder à questão colocada, cabe analisar a redação originária e as razões do veto.

A redação legal possibilitava a "transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado" que deveria ser firmada mediante regime de transição. Primeiro, importa destacar que a sanção mencionada no inciso II referia-se a ato sancionador localizado no passado. Isto é, vetou-se a possibilidade de transacionar acerca de sanção que já foi imposta e a mesma limitação estava para os créditos. Não se pode afirmar que a limitação temporal referia-se exclusivamente ao termo "créditos", porque, se assim o fosse, a redação deveria ser mais clara, conforme exemplo a seguir: "transação quanto a créditos relativos ao passado e sanções", de forma a evitar dubiedade.

Por fim, as razões do veto presidencial<sup>668</sup> foram:

A celebração de compromisso com os interessados, instrumento de natureza administrativa previsto no *caput* do artigo, não pode, em respeito ao princípio da reserva legal, transacionar a respeito de sanções e créditos relativos ao tempo pretérito e imputados em decorrência de lei. Ademais, poderia representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação.

As razões do veto evidenciam a preocupação de que o referido dispositivo pudesse desestimular o cumprimento de sanções visando à celebração de transação futura para delas se livrar. Assim, ao que parece, pretendeu-se impedir que o objeto dos acordos substitutivos se voltasse a modificar penalidade que já fora imposta. Por suposto, o inciso II não tratava das sanções que estão em vias de serem aplicadas.

---

<sup>668</sup> BRASIL. Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm). Acesso em: 15 junho 2019.

Enfim, negar que a cláusula geral possa abarcar os acordos substitutivos em matéria de penalidade administrativa, tomando como fundamento o veto presidencial implica deixar o ordenamento sem coerência. Isso porque, na forma como se encontra, há situações graves que comportam contratualização, como nos casos de corrupção, e situações não tão graves que ficam descobertas, o que ocorre, por exemplo, com as diversas leis sobre contratação pública que não foram contempladas pelo art. 17 da Lei Anticorrupção. Ademais, o veto pode ter seu valor no ordenamento jurídico, mas as razões não são suficientes para se ignorar a cláusula geral inserida por meio da LINDB.

Certamente a questão ainda demanda amadurecimento e o escopo deste trabalho não comporta, entretanto, a análise detida nessa polêmica. Até porque no que concerne à declaração de inidoneidade, adota-se a posição segundo a qual o art. 17 inseriu permissivo para a contratualização das sanções administrativas previstas nos art. 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993.

Ainda assim, as alterações mencionadas da LINDB parecem consagrar o início de uma nova era para o Direito Administrativo sancionador que veio marcado por uma boa dose de pragmatismo.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há, no Brasil, uma tendência de consensualização no desempenho da função administrativa que rompe com a concepção tradicional pautada exclusivamente na relação vertical e autoritária havida entre o poder público e o administrado. Busca-se, nas formas consensuais, promover a atuação mais eficiente e aproximada do cidadão por parte do Estado.

As ideias para esse fenômeno sofrem influência de diversos sistemas jurídicos, inclusive do norte-americano, mas, deve-se advertir, que qualquer inspiração em institutos estrangeiros demanda cautela. Antes, pois, é imprescindível estudar as bases sobre as quais cada ordenamento jurídico se assenta, por meio do estudo do Direito comparado, sob pena de se tentar inserir soluções que não se adequam ao Direito brasileiro.

Assim, a partir do estudo comparado formulado por este trabalho, faz-se as seguintes afirmações:

1. A formação sócio-política de cada país influencia no modelo de Estado adotado e, via de consequência, no Direito Administrativo.
2. O legado deixado pela organização administrativa implantada por Portugal no Brasil e as construções do Conselho de Estado francês incorporadas ao ordenamento brasileiro revelam que o Brasil é uma sociedade de Estado, *state society*, e tais aspectos têm relação direta com o regime jurídico administrativo brasileiro.
3. Nos Estados Unidos, a colonização britânica e a organização político-administrativa das colônias do norte resultaram na concepção liberal, cujos expoentes são o liberalismo e o individualismo, o que resultou no modelo de Estado subsidiário, *stateless society*.
4. O regime jurídico administrativo brasileiro tem como fundamento a promoção do interesse público previsto na Constituição, o que é aferível pelas competências colocadas sob a tutela do Estado. Por sua vez, a contratação pública é mecanismo para satisfazer o bem comum, enquanto o regime sancionador, segundo a concepção clássica, visa sua proteção.
5. O conceito de interesse público não se desenvolveu nos EUA. A atuação do Estado para a efetivação do bem comum é subsidiária, sendo que esse protagonismo é deixado à iniciativa privada.
6. O contrato administrativo é reflexo do modelo de Estado adotado em cada país. Por esse motivo foi absorvido no Brasil e rejeitado nos EUA, uma vez que incorporou a ideia de supremacia do interesse público nas relações contratuais.

7. A teoria francesa desdobrou os contratos celebrados pelo poder público em contratos administrativos, submetidos ao regime de prerrogativas (exorbitante), e contratos privados da Administração. O regime norte-americano, por sua vez, pautou-se, inicialmente, pela congruência e refutou a ideia de se diferenciar os contratos celebrados pelo Estado dos contratos entre particulares.

8. No Brasil, a Lei nº 8.666/1993 não refletiu a dualidade contratual francesa, pois os contratos administrativos são submetidos ao regime jurídico administrativo.

9. A prerrogativa sancionatória da Administração Pública está submetida ao regime principiológico do Direito Administrativo sancionador, que tem dentre os requisitos essenciais a previsibilidade e a tipicidade, ao qual a declaração de inidoneidade deve estar conformada.

10. A visão tradicional de sanção como forma de proteger o interesse público enquanto medida repressiva decorrente do ato infracional vem sendo superada pelo emprego de técnicas consensuais.

11. Nos Estados Unidos, a superação da congruência deu-se a partir da edição de diplomas legais e da atuação do judiciário na produção do Direito que, justificada pela ideia de soberania, incorporaram o exercício de poderes de autoridade nas relações contratuais: o *excepcionalismo*.

12. O *excepcionalismo* diz respeito ao poder do Estado sancionar, alterar ou rescindir contratos, inclusive isentando-o de responsabilidade, situação que, se verificada nas relações privadas, seria interpretada como quebra de contrato.

13. O *debarment* é medida discricionária tomada para proteger os interesses do governo e, embora não seja tratado pela doutrina norte-americana como *excepcionalismo*, também traduz o exercício de poderes soberanos do Estado na relação contratual.

14. O *debarment* não possui propósito punitivo e dentre os seus objetivos está o estímulo à adoção de mecanismos de integridade por parte dos parceiros contratuais do Estado.

15. A declaração de inidoneidade deve ser restrita ao ente federado aplicador da sanção, pois admitir o alcance da medida a todas as entidades federativas implicaria violação da autonomia administrativa conferida pela Constituição.

16. O caráter vinculado do ato sancionador decorre do regime principiológico no qual a atividade sancionadora deve se conformar e indica que seus pressupostos e atributos devem estar preestabelecidos, sob o risco de se incorrer em arbitrariedade e violar a ordem constitucional.

17. É possível afastar a aplicação da declaração de inidoneidade por meio da celebração de acordos substitutivos previstos em lei.

18. O art. 17 da Lei nº 12.846/2013 é modalidade de acordo substitutivo e incide sobre as sanções descritas nos art. 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993, ainda que o ato infracional não guarde conexão com os atos lesivos descritos na Lei Anticorrupção.

19. Para afastar a declaração de inidoneidade, a contrapartida do particular ao acordo celebrado pode se dar pela adoção de medidas autossaneadoras e mitigadoras, com o escopo de promover a melhora no ambiente institucional daqueles que contratam com o Estado.

20. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – sinaliza para a tendência de contratualização da função administrativa e influência do pragmatismo no processo decisório, inclusive acerca da atividade sancionatória.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. O atual estágio da regulação estatal no Brasil. *In*: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ARÊDES, Sirlene Nunes. As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos privados da administração em contratos administrativos e contratos de direito privado. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, ano 2010, n. 253, jan./abr. 2010. Disponível em: [http://www.bidFórum.com.br/bidBiblioteca\\_periodico\\_pdf.aspx?i=77628&p=21](http://www.bidFórum.com.br/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx?i=77628&p=21). Acesso em 22 jul. 2018.
- ARÊDES, Sirlene Nunes. Tipicidade e discricionariedade na aplicação de penalidades contratuais. *In*: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves, ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS Frederico Nunes de (coord.) **Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, outubro, 2001. Disponível em: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em: 16 nov. 2018.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, 1967. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v89.1967.30088>. Acesso em: 02 mar. 2019.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BEDNAR, Richard J; *Emerging issues in suspension & debarment: some observations from an experienced head*. *In*: SCHOONER, et al. **Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy**. [s. l.], *Public Procurement Law Review*, v. 13, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=509004>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- BINENBOMJ, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo constitucional: artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BLOCK, Samantha. *Defying Debarment: Judicial Review of Agency Suspension and Debarment Actions*. **George Washington Law Review**, Washington D.C, ano 86, n. 1316, 2018, p. 1328. *HeinOnline*. Acesso em: 10 dez. 2018.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm) Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 14 mar. 2017.

BRASIL, **Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000**, Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10149.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10149.htm). Acesso em: 2 maio 2019

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 14 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 14 mar. 2017.

BRASIL. **Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm). Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 151.567/RJ**. ADMINISTRATIVO MANDADO DE SEGURANÇA LICITAÇÃO SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA LEGALIDADE LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. - A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. - A limitação dos efeitos da suspensão de participação de licitação? não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. Recurso especial não conhecido. Recorrente: Santhe Indústria e Comércio de Móveis Ltda. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. 14 de março de 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Representação nº 3243/2012**; Relator: Min. Ubiratan Aguiar. 28 de novembro de 2012. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A3243%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=f6814fe0-b223-11e9-ad54-351becf2f299](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3243%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=f6814fe0-b223-11e9-ad54-351becf2f299). Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Relatório de Auditoria nº 2958/2012**; Relator: Min. José Jorge. 31 de outubro de 2012. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2958%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2958%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20). Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Representação nº 033.867/2011-9**. Relator: Min. Valmir Campelo, 10 de dezembro de 2012. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A3439%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=babf75c0-bd6f-11e9-b90b-e1171438a967](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3439%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=babf75c0-bd6f-11e9-b90b-e1171438a967). Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 19.657/DF**. (...) 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional. Impetrante: Cozil Equipamentos Industriais Ltda. Impetrado: Controladoria Geral da União. Relatora: Min. Eliana Calmon. Primeira Seção. 23 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Representação nº 1457/2014**. Relator: Min. Augusto Sherman. 04 de junho de 2014. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1457%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=8dc0e1e0-aff4-11e9-8ab1-159bf01069fe](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1457%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=8dc0e1e0-aff4-11e9-8ab1-159bf01069fe). Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1382362/PR**. Recorrente: Daltre Construções e Empreendimentos Ltda. Recorrido: Estado do Paraná. Rel. Min. Gurgel de Faria. Primeira Turma. 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

BRIAN, Danielle. *Contractor debarment and suspension: a broken system*. In: SCHOONER, et al., **Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy**. *Public Procurement Law Review*, [s. l.], v. 13, 2004. p. 31. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=509004>. Acesso em: 12 mar. 2019.

CANNI, Todd J. *Shoot first, ask questions later: an examination and critique of suspension and debarment practice under FAR, including a discussion of the mandatory disclosure rule, the IBM Suspension, and other noteworthy developments*. **Public Contract Law Journal**, [s. l.], ano 38, p. 547-609, 2009. *HeinOnline*. Acesso em: 13 maio 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CIBINIC, John Jr.; NASH, Ralph C. Jr.; YUKINS, Christopher R. **Formation of government contracts**. 4. ed. Washington, DC: *Wolters Kluwer*, 2011.

COLOMBAROLLI, Bruna Rodrigues. O microsistema das contratações públicas. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de (coord.). **Contratos administrativos**: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE LIBRARY OF CONGRESS. **The Constitution of United States of America: analyses and interpretation**. 100. ed. GARCIA, Michael J.; LEWIS, Caitlain Devereaux; NOLAN Andrew; TOTTEN, Megahn; TYSON, Ashley. (ed.). Washington D.C.: *U.S. Government Publishing Office*, 2017. Disponível em: <https://congress.gov/content/conan/pdf/GPO-CONAN-2017.pdf>. Acesso em: 8 maio 2019.

CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 153-176, jul/set., 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46435/45175>. Acesso em: 10 out. 2018.

DAVIDSON, James West. **Uma breve história dos Estados Unidos**. Tradução Janaína Marcoantonio. 3. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.

DELVOLVÉ, P. *et al.* **Les grand arrêts de la jurisprudence administrative**. 19. ed. Paris: Dalloz, 2013.

DEPOORTER, Bem; DE MOT, Jef. *Whistle Blowing*. **Supreme Court Economic Review**, [s. l.], v. 13, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=622723>. Acesso em: 12 abr. de 2018.

DIMOCK, Marshall E. *The development of american administrative law*. **Journal of Comparative Legislation & International Law**. **Cambridge University Press**, v. 15, n. 1, p.35-46, 1933. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/753483](http://www.jstor.org/stable/753483)> Acesso em: 17 ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, jan./fev./mar., 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=82>. Acesso em: 08 nov 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DONNELLT, James Francis. **A Treatise on the Law of Public Contract**. Boston: *Little, Brown & Co*, 1992. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=nMjUwwEACAAJ&dq=A+Treatise+on+the+Law+of>

+Public+Contract&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjYwvqA-drjAhX-K7kGHXV8BioQ6AEIKDAA. Acesso em: 18 out. 2018.

DUGUIT, Leon. *Le transformation du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913.

EDWARD, Harriman. *The development of administrative law in the United States*. *Yale Law Journal*. [S. l.], v. 25, 1916. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol25/iss8/3>. Acesso em: 18 out. 2018.

ENGSTROM, David Freeman, *Private Enforcement's Pathways: Lessons from Qui Tam Litigation*. *Columbia Law Review*, [s. l.], v. 114, n. 8, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2539345>> Acesso em: 19 maio 2019.

ESTADOS UNIDOS. **Constituição**. 1798. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso: 08 abr. 2019.

ESTADOS UNIDOS. [48 C.F.R], *Federal Acquisition Regulation – FAR, 1983*. Disponível em: <http://farsite.hill.af.mil/vmfara.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

ESTADOS UNIDOS, *Executive Order n 12549, de 18 de fevereiro de 1986. Debarment and suspension*. Washington D.C: Presidência da República. disponível em: <https://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12549.html>. Acesso em: 22 maio 2019.

ESTADOS UNIDOS. *United States Code – US Code*. Washington, D.C. Presidência da República. Disponível em: <https://uscode.house.gov>. Acesso: 08 abr. 2019.

ESTADOS UNIDOS. **Senado**. *Washington D.C. Reference*. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 08 abr. 2019.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação do Distrito de Columbia. Ação Civil 90-0285 *Novicki v. Cook* 1991. Disponível em <https://openjurist.org/946/f2d/938/novicki-v-c-cook>. Acesso em: 14 mar. 2019

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

FELDMAN. Steven W, *Government Contracts in a nutshell*. 6 ed. Huntsville, Alabama: West Academic Publishing, 2016.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins), Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 4. ed. São Paulo: Elsevier, 2015.

FORTINI, Cristiana; YUKINS, Christopher; AVELAR, Mariana. *A comparative view of debarment and suspension of contractors in Brazil and in the USA*. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 61-83, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.370.

FORTINI, Cristiana. Comentários ao art. 17. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (coord.) **Lei Anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FORTINI, Cristiana; SHERMAN, Ariane; Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse público –IP**. Fórum: Belo Horizonte, ano 19, n.102. mar/abr. 2017.

FREEMAN, Jody. *Private Parties, Public Function and the new administrative Law*. [s. l.: s. n.], *Harvard Law School*, 1999. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=165988> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.165988> Acesso em: 2 abr. 2019.

FREEMAN, Jody; MINOW, Martha. *Reframing the outsourcing debates*. In: FREEMAN, Jody; MINOW, Martha. (ed.) **Government by Contract: outsourcing and american democracy**. Cambridge, US: Harvard University Press, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitação e contratos administrativos**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437. Acesso em: 10 abr. 2019.

GABARDO, Emerson. REZENDE, Maurício Correa de Moura. O conceito de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318 jul./dez. 2017.

GARCIA, Flávio Amaral. A sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p.109-135, jul./set.2013.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**: supremacia do interesse público “versus” igualdade um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

GINSBURG, Tom. *Written Constitutions and the Administrative State: On the Constitutional Character of Administrative Law*. **Comparative Administrative Law**, LINDSETH, Peter;

ROSE-ACKERMAN, Susan. (ed.), *University of Chicago: Edward Elgar Publishing*, 2010, *Public Law Working Paper* n. 31. p.123. DOI: <https://ssrn.com/abstract=1697222>. Acesso em: 31 out. de 2018.

GORDON, Steven D. *Suspension and Debarment from federal programs. Public Contract Law Journal*, [s. l.], ano. 23, n. 4, p. 573-606, 1993. *HeinOnline*. Acesso em: 10 maio 2019.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. O art. 26 da LINDB novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77653>. Acesso em: 1º jul. 2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. 2011. Dissertação. (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011a. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126>. Acesso em: 20 mar. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011b.

HARLOW, Carol. “Public” and “Private” Law: definition without distinction. *The Modern Law Review*. [s. l.], v. 43, n. 3, p. 241-265, maio. 1980. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1094871>. Acesso em: 05 maio 2018.

*INTERAGENCY SUSPENSION AND DEBARMENT COMMITTEE - ISDC. Relatório para o Congresso norte-americano sobre as ações de suspensão e debarment das agências federais*. Ano fiscal 2009/2010. Washington D.C. Jun. 2011. Disponível em <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/procurement/reports/isdc-report-to-congress-61411.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

*INTERAGENCY SUSPENSION AND DEBARMENT COMMITTEE - ISDC. Relatório para o Congresso norte-americano sobre as ações de suspensão e debarment das agências federais*. Ano fiscal 2017. Washington D.C. Jul.2018. Disponível em [https://acquisition.gov/sites/default/files/page\\_file\\_uploads/Control%20ISDC%20FY%202017%20Report\\_Final\\_07\\_31\\_2018%20-2.pdf](https://acquisition.gov/sites/default/files/page_file_uploads/Control%20ISDC%20FY%202017%20Report_Final_07_31_2018%20-2.pdf). Acesso em: 15 maio 2019

JUSTEN FILHO, Marçal. O conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 26, 1999. São Paulo, Malheiros, p 115-136.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KAY, Richard S. *The State action doctrine, the public-private distinction, and the independence of Constitutional Law*. [s. l.: s. n.], p. 329-360, 1993. Disponível em: [https://opencommons.uconn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=law\\_papers](https://opencommons.uconn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=law_papers). Acesso em: 10 maio 2019.

KEENEY, Sandy. *The foundation of Government Contracting*. **Journal of Contract Management**. [s. l.], 2007. Disponível em: [https://www.ago.noaa.gov/acquisition/docs/foundations\\_of\\_contracting\\_with\\_the\\_federal\\_government.pdf](https://www.ago.noaa.gov/acquisition/docs/foundations_of_contracting_with_the_federal_government.pdf). Acesso em: 18 out. 2018.

LEVY, Frederic M; WAGNER, Michael T. *The Practitioner's Guide to Suspension and Debarment*. 4. ed. Chicago: ABA Publishing, 2018.

MADSEN, Marcia G. *The government's debarment process: out-of-step with current ethical standards*. In: SCHOONER, et al., **Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy**. *Public Procurement Law Review*, [s. l.], v. 13, 2004. p. 31. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=509004>. Acesso em: 12 mar. 2019.

MANUEL, Kate M. *Debarment and Suspension of Government Contractors: An Overview of the Law Including Recently Enacted and Proposed Amendments* *Congressional Research Service*. [s. n.: s. n.], 2008. Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/RL34753.pdf>> Acesso em: 15 maio 2019.

MARRARA, Thiago Direito Administrativo: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago. (org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. DOI: [http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195/pdf\\_Marrara](http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195/pdf_Marrara). Acesso em: 14 ago. 2017.

MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do advogado**, São Paulo, ano 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009.

MARQUES NETO. Floriano de Azevedo; CYMBALISTA. Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. (REDAE) Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, ago./set/out. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=597>. Acesso em: 20 maio 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Pena de morte e a responsabilidade das empresas. **Valor Econômico**, São Paulo, ano. 11, 30 jul. 2015, Legislação. Disponível em:

<https://www.valor.com.br/legislacao/4155264/pena-de-morte-e-responsabilidade-das-empresas#>. Acesso em: 30 maio 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. O art. 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 jul. 2018. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opinia-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 10 maio 2019.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEWETT, Alan. *The theory of government contracts*. [s. n.], *University of Saskatchewan, Canada*. Toronto, 1958. v. 5, p. 234. Disponível em: <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/8692991-mewett.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 45.902, de 27 de janeiro de 2012**. Regulamenta a Lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, que institui o Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual – Cafimp. Belo Horizonte: Estado de Minas Gerais, 2012. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=45902&ano=2012&tipo=DEC>. Acesso em: 07 ago. 2019.

MITCHELL, J. D. B. *The Treatment of Public Contracts in the United States*. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 9, n. 2, p. 194–249, 1952. Disponível em: [www.jstor.org/stable/824578](http://www.jstor.org/stable/824578). Acesso em: 15 out. 2018.

MOORE, Jennifer. *Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines*, **Arizona Law Review**, Tucson, ano 34, n. 743, p. 743-797. 1992, p. 796. Disponível em: [https://digitalrepository.unm.edu/law\\_facultyscholarship/377](https://digitalrepository.unm.edu/law_facultyscholarship/377). Acesso em: 17 maio 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, p. 7-18, set. 2009. Disponível em: <http://www.bidFórum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=62588>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Amaral Flavio. A principiologia no Direito Administrativo sancionador. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 28, nov.dez.jan, 2011/2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae-28-novembro-2011-diogo-figueiredo-flavio-garcia.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2018.

NIEBUHR, Joel Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NIEBUHR, Joel Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499>. Acesso em: 07 jul. 2019.

NORTON, Gerald P. *The questionable constitutionality of the Suspension and Debarment Provision of the Federal Acquisition Regulations: What does due process require?*. **Public Contract Law Journal**, [s. l.], ano 18, p. 633-655, 1988. Disponível em: *HeinOnline*. Acesso em: 10 maio 2019.

NOVAK, William J. *Common Regulation: Legal Origins of State Power in America*. **Hastings Law Journal**, [s. l.], v. 45, p. 1061-1097, 1994. p 1066. Disponível em: at: [https://repository.uchastings.edu/hastings\\_law\\_journal](https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal). Acesso em: 12 mar. 2019.

NOVAK, William J. Public-Private Governance. *A Historical Introduction*. In: FREEMAN, Jody; MINOW, Martha. (ed.) **Government by Contract: outsourcing and american democracy**. Cambridge, US: Harvard University Press, 2009.

NOVAK, William J. *Law and the Social Control of American Capitalism*, **Emory Law Journal**. [s. l.], v. 60, p. 377-405, 2010. Disponível em: [http://law.emory.edu/elj/\\_documents/volumes/60/2/symposium/novak.pdf](http://law.emory.edu/elj/_documents/volumes/60/2/symposium/novak.pdf). Acesso em: 10 abr. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 22, jun./jul./ago. 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-RAFAELOLIVEIRA.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, out./dez. 2012. Disponível em: <http://www.bidFórum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=83818> Acesso em: 29 maio 2019.

PACHTER, John S, *The new era of corporate governance and ethics: the extreme sport of government contracting* In: SCHOONER, et al., **Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy**. *Public Procurement Law Review*, [s. l.], v. 13, 2004. p. 31. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=509004>. Acesso em: 12 mar. 2019.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, n. 102, 2015, disponível em [www.justen.com.br/informativo](http://www.justen.com.br/informativo). Acesso em: 05 jun. 2019.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

RESENDE, Mariana Bueno. A insuficiência das cláusulas exorbitantes como critério de distinção dos contratos da Administração: estudo dos contratos de locação de imóveis urbanos. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, 2015, mar./ago..

SCHOONER, Steven L. *Desiderata: Objectives for a System of Government*. **Contract Law. Public Procurement Law Review**, v. 11, p. 103, 2002, *George Washington University Law School*. DOI:

[https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1101&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1101&context=faculty_publications). Acesso em: 14 jul. 2018.

SCHOONER, Steven L., Steven L., *The paper tiger stirs: rethinking suspension and debarment*. In: SCHOONER et al., **Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy**. *Public Procurement Law Review*, [s. l. ], v. 13, 2004. Disponível em:

<<https://ssrn.com/abstract=509004>> Acesso em: 12 mar. 2019.

SCHWARTZ, Bernard. *French and anglo-american conception of administrative law* **University of Miami Law Review**, [s. l.], 1952. Disponível em

<https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4024&context=umlr>. Acesso em 28 jul. 2018.

SCHWARTZ, Joshua I. **The centrality of military procurement: explaining the exceptionalist character of United States federal public procurement law**. [s.l.: s. n.], *GWU Law School Public Law Research Paper*, n. 111, 2004. Disponível

em: <https://ssrn.com/abstract=607186>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

SCHEIBER, Harry N. *Public Policy, Constitutional Principle, and the Granger Laws: A Revised Historical Perspective*. **Stanford Law Review**, [s. l.], v. 23, n. 5, p. 1029–1037, 1971. Disponível em: [www.jstor.org/stable/1227900](http://www.jstor.org/stable/1227900). Acesso em 12 abr. 2019.

SHANNON, Brian D. *Debarment and suspension revisited: Fewer eggs in a basket?* **Catholic University Law Review**, [s. l.], n. 363, 1995. p. 388. *HeinOnline*. Acesso em: 10 maio 2019.

SHAW, Steven A. *Access to information: the key challenge to a credible suspension and debarment program*. In: SCHOONER et al., **Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy**. *Public Procurement Law Review*, [s. l. ], v. 13, 2004. Disponível em:

<<https://ssrn.com/abstract=509004>> Acesso em: 12 mar. 2019.

STEVENSON, Drury D.; WAGONER, Nicholas J., *FCPA Sanctions: Too Big to Debar?* **Fordham Law Review**, [s. l.], v. 80, p. 775-820, 2011. Disponível em:

<<https://ssrn.com/abstract=1811126>> Acessado em 5 abr. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TILLIPMAN, Jessica, *A House of Cards Falls: Why 'Too Big to Debar' is All Slogan and Little Substance*. **Fordham Law Review Res Gestae**. [s. l.], v. 80, n. 49, 2012. Disponível em

<<https://ssrn.com/abstract=1984949>> Acesso em: 12 abr. 2018.

TILLIPMAN, Jessica, **The Foreign Corrupt Practices Act & Government Contractors: Compliance Trends & Collateral Consequences**. *GWU Legal Studies Research Paper*, [s. l.: s. n.], n. 586, 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1924333>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

USASPENDING.GOV. Disponível em <https://www.usaspending.gov/#/search>. Search: FY 2017. Acesso: 15 maio 2019.

YUKINS, Christopher R., *Suspension and debarment: reexamining the process*. In: SCHOONER *et al.*, ***Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy***. *Public Procurement Law Review*, [s. l. ], v. 13, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=509004>> Acesso em: 12 mar. 2019.

YUKINS, Christopher R., *The U.S. federal procurement system: an introduction*. [s.l.: s. n.], Washington D.C., *GWU Law School Public Law and Legal Theory Paper*. n. 75; p. 69-93, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3063559>. Acesso em: 20 mar. 2019.

WALKER, Lowry. *The renegotiation act: a study in government litigation tactics*, ***California Law Review***, [s. l.], ano 37, n. 382, 1949. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol37/iss3/2>. Acesso em: 10 out. 2018.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. 3. reimpressão. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

ZUCKER, Jennifer S. *The Boeing Suspension: Has consolidation tied the Defence Department's hands?* In: SCHOONER, *et al.*, ***Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy***. *Public Procurement Law Review*, [s. l.], v. 13, 2004. p. 31. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=509004>. Acesso em: 12 mar. 2019.