



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER n. 00066/2017/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00190.021062/2015-50

INTERESSADOS: MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO E OUTROS

ASSUNTOS: LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES. SANÇÕES POR IRREGULARIDADES COMETIDAS NA UTILIZAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES. PENALIDADES. ÓRGÃOS COMPETENTES. IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS OU DE INSTRUMENTOS CONGÊNERES FIRMADOS COM ÓRGÃOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. RECURSOS FEDERAIS. RELAÇÃO JURÍDICA.

1. Em que pese a competência primária do ente federativo contratante, é incontestável a atribuição, de forma concorrente, não só da Controladoria-Geral da União, mas das Pastas Ministeriais que transferiram recursos federais via convênios e instrumentos congêneres, para fins de fiscalizar e aplicar sanções - previstas no microsistema sancionatório-administrativo - a terceiros que cometeram irregularidades mediante a utilização daquelas verbas repassadas pela União aos Estados e/ou Municípios.

2. De igual forma, não se pode dizer que a União, no exercício do seu mister de fiscalização, a ser efetivado por seus órgãos com competência concorrente e, conseqüentemente, de evitar concretizar avenças - durante algum tempo - com quem praticou irregularidades em face de seu erário, atrairá para si responsabilidades outras, sem previsão normativa, que desbordem do seu interesse constitucional acima destacado (conservação e defesa do patrimônio nacional), mormente quando o legislador foi bastante claro, como ao tratar, por exemplo, de responsabilidade por não pagamento de verbas trabalhistas.

Excelentíssimo Coordenador-Geral,

I - RELATÓRIO

1. Inicialmente, cumpre registrar que os autos, em seu nascedouro, revelam consulta formulada pela Corregedoria Setorial da Área de Cidades do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, com o objetivo de sanar dúvidas a respeito da competência para a apuração e aplicação de penalidades a sociedades empresárias privadas que praticaram irregularidades, especificamente em contratos firmados com municípios que receberam e utilizaram recursos federais oriundos do Orçamento Geral da União.

2. Conforme consta dos autos, são diversos os casos como o presente, no contexto de "operações especiais" da Polícia Federal ou dos órgãos de auditorias da CGU, onde são detectadas, além de atividades irregulares e ilícitas de servidores públicos e agentes políticos, condutas de pessoas jurídicas privadas que contratam com a Administração Pública.

3. A consulta versou sobre a aplicabilidade das penas dos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/92 e da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Dentre as possibilidades, a principal penalidade é a declaração de inidoneidade, cujo objetivo é impedir que a sociedade empresária reconhecida como inidônea contrate com a Administração Pública durante determinado período.

4. Entre os órgãos que podem aplicar aquelas sanções, observadas as atribuições e as regras de competências previstas no ordenamento jurídico brasileiro, estão, em regra, o Tribunal de Contas da União, o Poder Judiciário, o CADE e o Poder Executivo, normalmente em cada esfera federativa, *mutatis mutandis*.

5. Originariamente, a dúvida que se colocou estava ligada à possibilidade de a União - ente com personalidade jurídica própria, por intermédio de seus Ministérios e/ou do seu Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, aplicar as sanções dos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/92 e da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) às sociedades empresárias que não contrataram diretamente aquele ente, mas sim com Estados ou Municípios, embora tenham utilizado recursos públicos federais.

6. O principal argumento registrado pelos órgãos diz respeito ao fato de as pessoas jurídicas privadas não firmarem avenças com a União (concedente), mas sim com os demais entes políticos, em especial quando os valores federais são recebidos mediante convênios entabulados com estes para a execução - após os respectivos procedimentos licitatórios - de programas que fazem parte de políticas públicas.

7. Nesse contexto, a controvérsia jurídica instalada contou com a adoção de entendimentos diversos. A Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades entendeu que, devido à ausência de previsão legal e ao princípio da autonomia federativa, não seria cabível àquela Pasta a apuração de responsabilidade de sociedades empresárias envolvidas em irregularidades encontradas em procedimentos licitatórios que não foram conduzidos por entidades federais (Parecer nº 168/2016/CONJUR-MCID/CGU/AGU - fls. 46/48; e Parecer nº 178/2016/CONJUR-MCID/CGU/AGU - fls. 434/439 dos autos nº 00222.000317/2009-88):

não existe autorização legal para que o Ministério das Cidades se sobreponha à relação jurídica firmada entre um Conveniente (no caso dos autos um determinado Município) e os particulares que com ela venham firmar contratos decorrentes de licitação, a despeito da natureza da verba utilizada, dada a autonomia constitucional do Município e a distribuição de competências realizadas de forma a não haver sobreposição ou hierarquia de instâncias desta Pasta sobre atuação administrativa daquele ente federado, especificamente para os fins de apuração de responsabilidade nas licitações realizadas em razão de convênios/contratos de repasse.

8. Na manifestação do Parecer nº 00178/2016/CONJUR-MCID/CGU/AGU o órgão acresceu que:

"a natureza federal da verba, no caso, atrairá a competência do Tribunal de Contas da União para a verificação da regularidade de sua aplicação, mesmo que por Sociedade de Economia Mista estadual. No âmbito deste Ministério, poder-se-ia sugerir uma verificação da realização de todos os convênios vigentes com a CORSAN, repassando o alerta da Controladoria-Geral da União à Caixa Econômica Federal para que observe o mesmo no que se refere aos contratos de repasse".

9. Por outro lado, a Corregedoria Setorial da Área de Cidades do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU discordou frontalmente do referido entendimento, por meio da Nota Técnica nº 1607/2016/CRG/CORIN/CSCid (fls. 52/65). Diante da necessidade de se obter um posicionamento definitivo sobre esse tema, os autos foram enviados à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU para estudo e, se necessário, encaminhamento à Consultoria-Geral da União da Advocacia-Geral da União.

10. Sendo assim, no PARECER n. 00317/2016/ASJUR-CGU/CGU/AGU, a Consultoria Jurídica, por sua vez, concordou integralmente com as razões jurídicas constantes da Nota Técnica nº 1607/2016/CRG/CORIN/CSCid (fls. 52/65), exarada pela Corregedoria Setorial da Área de Cidades do Órgão Ministerial. O posicionamento foi o mesmo encampado em outras oportunidades nos Pareceres nº 234/2010/ASJUR/CGU-PR e nº 294/2013/ASJUR/CGU-PR. De igual forma, recomendou o envio à Consultoria-Geral da União.

11. Conforme tem sido registrado pelos órgãos, a matéria é complexa e objeto de inúmeros debates técnicos e jurídicos entre os órgãos do Poder Executivo, de modo a exigir a uniformização da interpretação sobre a temática jurídica apresentada para toda a Administração Pública Federal.

12. É o Relatório. Passo à Fundamentação.

II - FUNDAMENTAÇÃO

13. Feito esse breve relato, cumpre iniciar a análise da controvérsia - como não poderia deixar de ser - pelo que dispõe o art. 37 da Constituição da República, cujo enunciado submete aos seus ditames "*a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*" que, nessa linha, "*obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*".

14. Da leitura do dispositivo extrai-se que o comando, no sentido da observância da legalidade - lida hodiernamente como juridicidade -, da moralidade e eficiência alcança a administração direta e indireta, todos os poderes e, integralmente, os entes políticos, ou seja, as esferas federal, estadual e municipal. Esse é um ponto que não pode passar

em branco, pois a sua luz são interpretados os demais dispositivos infraconstitucionais e, em análise una e sistemática, inclusive os constitucionais.

15. É inegável que a República brasileira é também uma Federação (federalismo centrífugo), nos termos do art. 1º da CRFB, ou seja, formada pela **união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal**, ao passo que são **Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário** (art. 2º). A Federação centrífuga ocorre quando a origem remonta a um Estado Unitário que sofreu fragmentação de dentro para fora, diferentemente da norte-americana na qual o movimento foi centrípeto, de fora para dentro.

16. No âmbito do Poder Executivo Federal, é assente que a ele compete exercer, por intermédio do Presidente da República, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal, nos termos do art. 84, caput, e inciso II, da CRFB. Não à toa, o Chefe do Poder Executivo Federal está sujeito aos crimes de responsabilidade que atentem contra a Constituição Federal (art. 95 da CRFB) e, especialmente, **contra a existência da União (I); o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação (II); a probidade na administração (V); a lei orçamentária (VI) e o cumprimento das leis e das decisões judiciais (VII)**.

17. Nunca é demais repisar que a Constituição de 1988 é dirigente ou programática, o que vai além de organizar o Estado e elencar direitos negativos limitadores do exercício dos poderes estatais. Logo, prevê direitos positivos e estabelece metas, objetivos, programas e tarefas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. Como bem explica o Prof. Daniel Sarmiento, *"a Constituição brasileira se reveste de uma forte dimensão prospectiva, na medida em que define um "horizonte de sentido", que deve inspirar e condicionar a ação das forças políticas"*. Como bem apontou o renomado constitucionalista,

A Constituição de 1988 se imiscui na disciplina de questões como o funcionamento da economia, as relações de trabalho, a família e a cultura, que não dizem respeito (apenas) às formas e limites para o exercício do poder político. Além de regular diretamente vastos domínios da vida social, a Constituição contém princípios e valores fundamentais que devem ser tomados como nortes na interpretação de toda a ordem jurídica e ensejar uma releitura dos institutos e normas do ordenamento infraconstitucional. Em outras palavras, as características da Constituição de 88 — tanto o seu caráter analítico, como a sua riqueza axiológica — propiciam o desenvolvimento do fenômeno da constitucionalização do Direito, que suplanta clivagens tradicionais, como as que separam o Direito Público do Direito Privado, e o Estado da sociedade civil" (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 172).

18. No que se relaciona com direitos e garantias fundamentais, é oportuno repetir o que **este Departamento tem defendido em outras oportunidades** quando se trata de interpretá-los. Reitera-se, desse modo, que aqueles possuem duas dimensões, a objetiva e a subjetiva. Quanto à primeira, por demais importante para o presente caso, há quase 59 (cinquenta e nove anos) anos o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha tratou do tema, no caso Lüth (Veit Harlan *versus* Eric Lüth, judeu presidente do Clube de Imprensa). Em sua decisão, foi explicitamente destacada a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conforme demonstram os seguintes excertos da decisão:

Decisão (Urteil) do Primeiro Senado de 15 de janeiro de 1958

— 1 BvR 400/51 —

[...]

A questão fundamental, de se saber se normas de direito fundamental exercem um efeito sobre o direito civil e como esse efeito precisaria ser visto em cada caso, é controvertida (...). As posições mais extremas nesta discussão apresentam-se, de um lado, pela **tese de que os direitos fundamentais seriam exclusivamente direcionados contra o Estado; por outro lado, apresenta-se a concepção de que os direitos fundamentais, ou pelo menos alguns, no mínimo os mais importantes entre eles, também valeriam nas relações jurídico-privadas, vinculando a todos**. (...). Também agora não existe motivo para discutir exaustivamente a questão controvertida sobre a "eficácia horizontal". Para se chegar aqui a uma conclusão adequada ao presente problema, basta o seguinte: **Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da ideia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da Grundgesetz também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente [dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente**

ditos], a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para a proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público. Da mesma forma é correto, entretanto, que a Grundgesetz, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 et seq., 197 et seq.]; 6, 32 [40 s.]), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...). Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Desta forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito. O conteúdo normativo dos direitos fundamentais enquanto normas objetivas desenvolve-se no direito privado por intermédio do veículo (Medium) das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica. Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, será, no que tange ao seu conteúdo, o direito pré-existente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito pré-existente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes destas normas comportamentais do direito civil influenciadas pelo direito fundamental permanece, no direito material e processual uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, ainda que sua interpretação tenha que seguir o direito público, a Constituição.

A influência dos critérios axiológicos do direito fundamental se faz notar sobretudo em face daquelas normas do direito privado que encerrem direito cogente e que constituam assim uma parte da ordem pública *lato sensu*, i.e., junto aos princípios, os quais, em razão do bem comum, devam ser vigentes também na formação das relações jurídicas entre os particulares e por isso sejam retirados do domínio da vontade privada. Estas normas têm, em razão de seu propósito, um grau de parentesco próximo ao direito público, ao qual elas se ligam de maneira complementar. Elas precisam estar submetidas de modo intenso à influência do direito constitucional. A jurisprudência serve-se sobretudo de “cláusulas gerais” para a realização desta influência, que, como § 826 BGB, remetem para o julgamento do comportamento humano a critérios extra-cíveis ou até a critérios extra-jurídicos, como os “bons costumes”. Pois para a decisão a respeito da questão sobre o que tais mandamentos sociais exigem no caso concreto, tem-se que, em primeiro lugar, partir do conjunto de concepções axiológicas, as quais um povo alcançou numa certa época de seu desenvolvimento cultural e que foram fixadas em sua Constituição. Por isso, foram as cláusulas gerais com propriedade alcunhadas de “pontos de entrada” (Einbruchstellen) dos direitos fundamentais no direito civil (Dürig, in: Neumann, Nipperdey, Scheuner, die Grundrechte, Tomo II, p. 525).

O juiz tem que, por força de mandamento constitucional, julgar se aquelas normas materiais de direito civil a serem por ele aplicadas não são influenciadas pelo direito fundamental da forma descrita; se isso ocorrer, então ele precisa observar a modificação do direito privado que resulta desta influência junto à interpretação e aplicação daquelas normas. Este é o sentido da vinculação do juiz cível aos direitos fundamentais (Art. 1 III GG). Se ele falhar na aplicação destes critérios e se sua sentença se basear na inobservância desta influência constitucional sobre as normas de direito civil, ele irá não somente infringir o direito constitucional objetivo, na medida em que ignorará o conteúdo da norma de direito fundamental (enquanto norma objetiva), mas também violará, por meio de sua decisão e uma vez investido do poder público, o direito fundamental a cuja observância pelo Judiciário o cidadão também tem o direito subjetivo constitucional. [...] precisa avaliar tão somente o chamado “efeito de radiação” (Ausstrahlungswirkung) dos direitos fundamentais no direito civil e fazer valer também para aquele ramo jurídico o conteúdo axiológico da prescrição constitucional. O sentido do instituto da Reclamação Constitucional é fazer com que todos os atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possam ser avaliados no que tange à sua consonância com os direitos fundamentais (§ 90 BVerfGG). [...]

[...]

SCHWAB, Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Org: Leonardo Martins Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

19. O Prof. Robert Alexy, em conhecida passagem doutrinária, explicou a contribuição do Tribunal, de modo mais didático, com os seguintes palavras:

A primeira ideia foi a de que **a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos** do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, **‘ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores’**. Mais tarde a Corte fala simplesmente de **‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’**. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a **primeira ideia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à ‘todas as áreas do Direito’**. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um **“efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico**. Os direitos constitucionais tornam-se **onipresentes (unbiquitous)**. A **terceira ideia** encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. **Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento**. A **grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário”**.

Alexy, Robert. 2003. **Direitos Fundamentais, Racionalidade e Balanceamento**. In Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-40)

20. A dimensão objetiva desses direitos já produz, por si só, deveres jurídicos protetivos a serem observados por todos os envolvidos nas relações jurídicas, o que dá ainda mais suporte à configuração de determinadas obrigações. Nesse cenário, incide tanto a eficácia vertical dos direitos fundamentais (relações entre Estado e particulares), quanto a eficácia horizontal (*Drittwirkung*) - entre particulares - e, em consequência, **os atores estatais têm deveres de proteção que podem ser extraídos de dispositivos constitucionais autoaplicáveis**.

21. **É assim que dever ser lido, por exemplo, o art. 5º, LXXIII**, ao tracejar que *"qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência"*.

Quanto ao ponto, os mesmos ministros, que chefiam as Pastas Ministeriais, estão submetidos àqueles deveres (de responsabilidade) previstos em face do Presidente da República, que lidera o Poder Executivo Federal. Nos termos do art. 87, parágrafo único, da Constituição, aos Ministros de Estado compete, entre outros deveres, *"exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República"*.

22. No âmbito das atividades fiscalizatórias, a Constituição não apenas previu como determinou que todos os Poderes, de forma típica e atípica, exercessem esse mister de alguma maneira. Como bem lembrado pela Corregedoria Setorial da Área das Cidades, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, o Tribunal de Contas da União tem competência legal para aplicar "declaração de inidoneidade", de acordo com o art. 46 da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), com impedimento da sociedade empresária - de participar de licitações - por até cinco anos no âmbito da Administração Pública Federal.

23. De igual forma, o Poder Judiciário pode aplicar, no campo da prevenção (v.g. medidas liminares) e da repressão, esta com base na resolução do mérito e respaldada por diversos diplomas legais, variadas punições às pessoas físicas e jurídicas. No que tange às jurídicas, tem competência para puni-las nos termos da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade), ao proibi-las de *"contratar com o Poder Público, receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário"*.

24. Na mesma linha, com foco no setor econômico e condutas anticoncorrenciais, permitiu a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ao prever as penalidades impostas pelo art. 37 e seguintes da Lei nº 12.529/11 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). O legislador situou a entidade na Administração Pública Indireta e dentro do Poder Executivo.

25. No que atine especificamente ao Poder Executivo, são importantes para a controvérsia sob exame as sanções do art. 86 e seguintes da Lei nº 8.666/93, bem como as previstas na ainda recente Lei nº 12.846/13, ambas cumuláveis, com fulcro no art. 30 da Lei Anticorrupção: *"A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública (...)"*.

26. O Brasil tem tentado evoluir cada vez mais no combate às irregularidades e à corrupção, prova disso foi a edição da Lei nº 12.529/11, que preservou a cumulatividade entre as sanções, possibilitou a punição da pessoa jurídica na esfera administrativa e judicial, entre outras inovações, como a previsão de competência concorrente para a Controladoria-Geral da União para os fins da lei ora apreciada.

27. Ainda sobre as competências de Ministros e do próprio Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, não se pode olvidar da **previsão geral e legal** constante da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, *in verbis*:

Art. 18. Ao **Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU**, no exercício da sua competência, incumbe, especialmente: (Redação dada pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito)

[...]

II - **instaurar** os procedimentos e processos administrativos a seu cargo, constituindo comissões, e **requisitar a instauração daqueles que venham sendo injustificadamente retardados pela autoridade responsável**; (Incluído pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito)

[...]

V - **efetivar ou promover a declaração da nulidade de procedimento ou processo administrativo e, se for o caso, a imediata e regular apuração** dos fatos mencionados nos autos e na nulidade declarada; (Incluído pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito)

[...]

Art. 27. Os assuntos que constituem **áreas de competência de cada Ministério** são os seguintes:

[...]

X - **Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU**: (Redação dada pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito)

a) adoção das **providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e combate à corrupção**, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão **no âmbito da administração pública federal**; (Redação dada pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito)

[...]

c) **instauração de procedimentos e processos administrativos** a seu cargo, constituindo comissões, e **requisição de instauração daqueles injustificadamente retardados pela autoridade responsável**; (Redação dada pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito)

[...]

§ 14. Ao **Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU**, no exercício de suas competências, **cabe dar o devido andamento às representações ou denúncias** fundamentadas que receber, relativas a **lesão ou ameaça de lesão** ao patrimônio público, **velando por seu integral deslinde**. (Incluído pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito)

§ 15. Ao **Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU**, por seu titular, **sempre que constatar omissão da autoridade competente, cumpre requisitar a instauração de sindicância, procedimentos e processos administrativos, e avocar aqueles já em curso perante órgão ou entidade da administração pública federal**, visando à correção do andamento, inclusive mediante a aplicação da penalidade administrativa cabível. (Incluído pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito)

§ 16. Cumpre ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, na hipótese do § 15, instaurar sindicância ou processo administrativo ou, conforme o caso, representar a autoridade competente para apurar a omissão das autoridades responsáveis. (Incluído pela Lei nº 13.341, de 2016)

28. A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), como dito, seguiu o mesmo caminho ao dispor expressamente sobre a competência da CGU para fins de apuração e responsabilização quanto a ocorridas em procedimentos licitatórios, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a **responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas** pela prática de atos **contra a administração pública, nacional ou estrangeira**.

[...]

Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica **cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade**

dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

[...]

§ 2º No âmbito do Poder Executivo Federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

29. Aqui há que se fazer uma observação. É verdade que o diploma legislativo previu a competência concorrente da Controladoria-Geral da União para os processos instaurados com fundamento em seus dispositivos. No entanto, no que atine à Lei nº 8.666/93, não se pode dizer que não há o mesmo tipo de competência para o referido órgão, pois incidem aqueles dispositivos da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, de modo a viabilizar que a CGU aplique sanções previstas na Lei de Licitações (art. e.g. art. 27, §15).

30. A Lei nº 10.683/03 previu como atribuição principal, não subsidiária, a adoção das providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal. Além disso, de forma adicional, predeterminou à Pasta, por seu titular, sempre que constatar omissão da autoridade competente, requisitar a instauração de sindicância, procedimentos e processos administrativos, e avocar aqueles já em curso perante órgão ou entidade da administração pública federal, visando à correção do andamento, inclusive mediante a aplicação da penalidade administrativa cabível.

31. Nesses termos, as Pastas devem, sim, verificar se as apurações pertinentes estão sendo efetivadas pelos entes ou entidades estaduais, municipais ou o Distrito Federal perante os órgãos competentes, tais como os Tribunais de Contas, o Ministério Público estadual e os órgãos de controle interno, que atuam concorrentemente.

32. No que toca a esse tipo de atuação, assiste razão à Corregedoria Setorial da Área de Cidades do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU. As verbas são liberadas pelos referidos órgãos e devem estar submetidas à sua fiscalização, sem prejuízo da realizada por outros órgãos. Esse poder-dever assume ainda mais relevância quando a solicitação parte da Controladoria-Geral da União que, como enfatizado, conta com a competência de requisitar a instauração e apuração.

33. Se existe algo que se pode afirmar, patentemente, é que não falta competência alguma ao órgão para atuar em termos de defesa do patrimônio público, controle, auditoria, prevenção e combate à corrupção. O legislador previu isso de forma ampla, clara, expressa e contundente. **Resta saber se é possível a atuação do órgão em determinadas hipóteses específicas, com maiores nuances, tal como ocorre com a matéria de fundo objeto da controvérsia jurídica instalada nos autos, e isso é coisa diversa.**

34. O art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.846/2013, bem como os arts. 18 e 27 da Lei nº 10.683/03 apenas trazem norma de competência no âmbito do Poder Executivo federal. Isso nada tem a ver com as relações jurídicas subjacentes em que poderá atuar. Quando puder atuar, materialmente, há norma adjetiva subjacente que lhe dá o respaldo para atuar nessa temática.

35. A Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades, ao interpretar que não cumpre à Pasta atuar na fiscalização das verbas federais destinadas pelos Estados e/ou Municípios a terceiros, desconsidera o *ethos* dos dispositivos supramencionados, pois nestes temas, uma vez mais, é patente a competência concorrente da Controladoria-Geral da União, das Pastas Ministeriais, dos Estados, Municípios e demais órgãos fiscalizadores. Ademais, o assunto é ligado à própria existência dos órgãos, que disponibilizam os recursos aos demais destinatários para alcançarem as políticas públicas atreladas à finalidade do respectivo Ministério.

36. Deveras, tal como afirmado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Transparência, é incontestável a competência da União para fiscalizar os recursos federais repassados por meio de convênios e instrumentos congêneres aos Estados e/ou Municípios para posterior celebração de contratos e outras avenças.

37. Esse poder-dever está presente não só na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, como nos atos regulamentares infralegais. No caso destes, pelo menos quanto a convênios e instrumentos congêneres, e apesar de terem trazido à colação a Portaria Interministerial nº 507, de 24 de novembro de 2011, vigente à época da manifestação, é importante mencionar que foi revogada expressamente pela Portaria 424, de dezembro de 2016.

38. Nessa linha, o ato estabelece normas para a execução do estabelecido no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre o regramento jurídico relativo às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. Assim, quanto à fiscalização pelo concedente, cita-se:

Art. 6º São competências e responsabilidades do concedente:

I - gerir os projetos e atividades, mediante:

a) **monitoramento e acompanhamento da conformidade física e financeira durante a execução, além da avaliação da execução física e dos resultados;**

b) **análise de enquadramento e seleção das propostas apresentadas pelos órgãos ou entidades da Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, consórcio público ou organização da sociedade civil**, com vistas à celebração dos instrumentos; e.

c) transferência dos recursos financeiros para o convenente.

II - operacionalizar a execução dos projetos e atividades, mediante:

a) divulgação de atos normativos e orientações aos convenentes;

b) análise e aceitação da documentação técnica, institucional e jurídica das propostas selecionadas, inclusive a aceitação do projeto básico;

c) celebração dos instrumentos e demais ajustes decorrentes das propostas selecionadas;

d) **verificação de realização do procedimento licitatório pelo convenente, atendo-se à documentação no que tange: à contemporaneidade do certame, aos preços do licitante vencedor e sua compatibilidade com os preços de referência, ao respectivo enquadramento do objeto ajustado com o efetivamente licitado e ao fornecimento pelo convenente de declaração expressa firmada por representante legal do órgão ou entidade convenente**, ou registro no SICONV que a substitua, atestando o atendimento às disposições legais aplicáveis;

e) comunicação às câmaras municipais e assembleias legislativas da assinatura do termo e da liberação de recursos financeiros, no prazo de 2 (dois) dias úteis, contado da data da liberação, em conformidade com a Lei nº 9.452, de 20 de março de 1997;

f) **acompanhamento, avaliação e aferição da execução do objeto pactuado, assim como verificação da regular aplicação das parcelas de recursos, condicionando sua liberação ao cumprimento de metas previamente estabelecidas;**

g) análise e manifestação acerca da execução física e financeira do objeto pactuado; e

h) notificação do convenente, quando não apresentada a **prestação de contas dos recursos aplicados ou constatada a má aplicação dos recursos públicos transferidos**, e instaurando, se for o caso, a **competente Tomada de Contas Especial**.

§ 1º Quando o objeto do instrumento se referir a execução de obras e serviços de engenharia, a União poderá delegar as atribuições contidas nas alíneas constantes do inciso II do caput deste artigo às instituições financeiras oficiais federais mediante celebração de contrato de prestação de serviços - CPS específico, competindo também à mandatária escolhida:

I - assegurar a fiel observância de seus atos normativos internos e aos expedidos pelo concedente;

II - **manter o concedente informado sobre o andamento dos contratos de repasse e encaminhar as informações necessárias ao processo de acompanhamento e avaliação da execução e dos resultados** das ações; e

III - **permitir o livre acesso do concedente e dos órgãos de controle federais aos dados e documentos gerenciados em decorrência do contrato de prestação de serviços - CPS** tratado neste parágrafo.

§ 2º O acompanhamento da execução dos instrumentos pelo concedente ou instituição mandatária consistirá na aferição da execução do objeto e das suas metas, etapas e fases, conforme pactuado no Plano de Trabalho integrante dos instrumentos, por meio da verificação da compatibilidade entre estes e os efetivamente executados.

§ 3º Ficam vedadas as reformulações dos projetos básicos das obras e serviços de engenharia aprovados pelo concedente ou pela mandatária.

§ 4º Ficam vedadas as reprogramações, decorrentes de ajustes ou adequações, nos projetos básicos dos instrumentos enquadrados no inciso I do art. 3º desta Portaria, aprovados pela mandatária.

§ 5º A mandatária deverá verificar a existência de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART quando se tratar de obras e serviços de engenharia.

§ 6º O concedente ou a mandatária deverão realizar no SICONV os atos e os procedimentos relativos à formalização, execução, acompanhamento, prestação de contas e informações acerca de tomada de contas especial dos instrumentos, quando couber, ficando responsável pela veracidade das informações registradas.

§ 7º **Ao tomar conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, o concedente ou mandatária, dela dará ciência aos órgãos de controle e, havendo fundada suspeita de crime ou de improbidade administrativa, cientificará os Ministérios Públicos Federal e Estadual e a Advocacia-Geral da União.**

Art. 7º São competências e responsabilidades dos proponentes ou convenentes:

I - encaminhar ao concedente ou à mandatária suas propostas ou planos de trabalhos, na forma e prazos estabelecidos;

- II - definir por etapa ou fase a forma de execução, direta ou indireta, do objeto ajustado;
- III - elaborar os projetos técnicos relacionados ao objeto pactuado, reunir toda documentação jurídica e institucional necessária à celebração do instrumento, de acordo com os normativos do programa, bem como apresentar documentos de titularidade dominial da área de intervenção, licenças e aprovações de projetos emitidos pelo órgão ambiental competente, órgão ou entidade da esfera municipal, estadual, distrital ou federal e concessionárias de serviços públicos, conforme o caso, e nos termos da legislação aplicável;
- IV - executar e fiscalizar os trabalhos necessários à consecução do objeto pactuado no instrumento, observando prazos e custos, designando profissional habilitado no local da intervenção com a respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica - ART;
- V - assegurar, na sua integralidade, a qualidade técnica dos projetos e da execução dos produtos e serviços estabelecidos nos instrumentos, em conformidade com as normas brasileiras e os normativos dos programas, ações e atividades, determinando a correção de vícios que possam comprometer a fruição do benefício pela população beneficiária, quando detectados pelo concedente, mandatária ou pelos órgãos de controle;
- VI - selecionar as áreas de intervenção e os beneficiários finais em conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo concedente ou mandatária, podendo estabelecer outras que busquem refletir situações de vulnerabilidade econômica e social, informando ao concedente ou a mandatária sempre que houver alterações;
- VII - **realizar, sob sua inteira responsabilidade, sempre que optar pela execução indireta de obras e serviços, o processo licitatório nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, e demais normas pertinentes à matéria, assegurando a correção dos procedimentos legais, a suficiência do projeto básico, da planilha orçamentária discriminativa do percentual de Encargos Sociais e de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI utilizados, cada qual com o respectivo detalhamento de sua composição, por item de orçamento ou conjunto deles, além da disponibilização da contrapartida, quando for o caso;**
- VIII - apresentar declaração expressa firmada por representante legal do órgão ou entidade conveniente, ou registro no SICONV que a substitua, **atestando o atendimento às disposições legais aplicáveis ao procedimento licitatório**, observado o disposto no art. 49 desta Portaria;
- IX - exercer, na qualidade de contratante, a fiscalização sobre o contrato administrativo de execução ou fornecimento - CTEF;
- X - estimular a participação dos beneficiários finais na elaboração e implementação do objeto do instrumento, bem como na manutenção do patrimônio gerado por estes investimentos;
- XI - **no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, notificar os partidos políticos, os sindicatos de trabalhadores e as entidades empresariais com sede no ente, quando ocorrer a liberação de recursos financeiros, como forma de incrementar o controle social**, conforme consagrado pela Lei nº 9.452, de 1997, facultada a notificação por meio eletrônico;
- XII - operar, manter e conservar adequadamente o patrimônio público gerado pelos investimentos decorrentes do instrumento;
- XIII - **prestar contas dos recursos transferidos pelo concedente ou mandatária destinados à consecução do objeto do instrumento;**
- XIV - **fornecer ao concedente ou à mandatária, a qualquer tempo, informações sobre as ações desenvolvidas para viabilizar o acompanhamento e avaliação** do processo;
- XV - prever no edital de licitação e no CTEF que a responsabilidade pela qualidade das obras, materiais e serviços executados ou fornecidos é da empresa contratada para esta finalidade, inclusive a promoção de readequações, sempre que detectadas impropriedades que possam comprometer a consecução do objeto ajustado;
- XVI - **realizar no SICONV os atos e os procedimentos relativos à formalização, execução, acompanhamento, prestação de contas e informações acerca de tomada de contas especial dos instrumentos, quando couber;**
- XVII - **instaurar processo administrativo apuratório, inclusive processo administrativo disciplinar, quando constatado o desvio ou malversação de recursos públicos, irregularidade na execução do contrato ou gestão financeira do instrumento, comunicando tal fato ao concedente ou mandatária;**
- XVIII - **registrar no SICONV o extrato do edital de licitação, o preço estimado pela Administração Pública para a execução do serviço e a proposta de preço total ofertada por cada licitante com a sua respectiva inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ, o termo de homologação e adjudicação, o extrato do CTEF e seus respectivos**

aditivos, a Anotação de Responsabilidade Técnica - ART dos projetos, dos executores e da fiscalização de obras, e os boletins de medições;

XIX - manter um canal de comunicação efetivo, ao qual se dará ampla publicidade, para o recebimento pela União de manifestações dos cidadãos relacionadas ao convênio, possibilitando o registro de sugestões, elogios, solicitações, reclamações e denúncias; e

XX - quando o objeto do instrumento se referir à execução de obras de engenharia, incluir nas placas e adesivos indicativos das obras informação sobre canal para o registro de denúncias, reclamações e elogios, conforme previsto no 'Manual de Uso da Marca do Governo Federal - Obras' da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

§ 1º O descumprimento de quaisquer das obrigações dispostas no caput, sem prejuízo de eventuais sanções que poderão ser aplicadas, imporá ao conveniente a prestação de esclarecimentos ao concedente ou à mandatária.

§ 2º Prestados os esclarecimentos de que trata o § 1º, o concedente ou a mandatária, aceitando-os, fará constar nos autos do processo a justificativa prestada e dará ciência ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.

§ 3º Ao tomar conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, o conveniente, dela dará ciência aos órgãos de controle e, havendo fundada suspeita de crime ou de improbidade administrativa, cientificará os Ministérios Público Federal e Estadual e a Advocacia Geral da União.

§ 4º A fiscalização pelo conveniente consiste na atividade administrativa realizada de modo sistemático, prevista na Lei nº 8.666, de 1993, com a finalidade de verificar o cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas em todos os seus aspectos.

§ 5º Quando o objeto do instrumento envolver a execução de obras e serviços de engenharia, a fiscalização pelo conveniente deverá:

I - manter profissional ou equipe de fiscalização constituída de profissionais habilitados e com experiência necessária ao acompanhamento e controle das obras e serviços;

II - apresentar ao concedente ou à mandatária declaração de capacidade técnica, indicando o servidor ou servidores que acompanharão a obra ou serviço de engenharia, bem como a Anotação de Responsabilidade Técnica - ART da prestação de serviços de fiscalização a serem realizados; e

III - verificar se os materiais aplicados e os serviços realizados atendem os requisitos de qualidade estabelecidos pelas especificações técnicas dos projetos de engenharia aprovados;

§ 6º O servidor indicado pelo conveniente, responsável pelo acompanhamento e fiscalização da obra, deverá assinar e carregar no SICONV o relatório de fiscalização referente a cada medição.

39. O complexo de dispositivos realçados demonstra o grande arcabouço de informações fornecido ao concedente para fins de fiscalização, inclusive quando os convenientes optam por execução indireta mediante a instauração dos processos licitatórios. O fato de o ato infralegal indicar que, ao *"tomar conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, o conveniente, dela dará ciência aos órgãos de controle e, havendo fundada suspeita de crime ou de improbidade administrativa, cientificará os Ministérios Público Federal e Estadual e a Advocacia Geral da União"*, não afasta o poder-dever de fiscalização dos órgãos ministeriais.

40. Aliás, o plexo de informações a que têm acesso os órgãos, formalizados nos processos administrativos, é de suma importância para a atuação conjunta entre a Controladoria-Geral da União e aqueles. Quando necessário for, o órgão de controle interno igualmente tem competência para atuar de forma independente, conforme demonstrado.

41. Afirmar que as Pastas não devem exercer a fiscalização e os seus consectários, dever que caberia apenas a determinados órgãos após a sua cientificação, equivaleria a dizer que o controle social pelo povo bastaria, vez que as informações dos procedimentos são públicas.

42. Vista a essência da Lei nº 12.529/11, é imperiosa a transcrição das sanções previstas na Lei 8.666/93 (de Licitações e Contratos), para fins de conhecer a sua textualidade, que deve ser interpretada à luz da Constituição e, além disso, vislumbrar sua aplicabilidade ao contexto dos convênios e instrumentos congêneres. Desse modo, o diploma prevê o seguinte, com atenção especial para os arts. 87, 88 e 116:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

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

I - advertência;

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

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

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

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

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

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

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

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

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

Art. 116. **Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.**

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

§ 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

§ 3º **As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:**

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

§ 4º Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.

§ 5º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.

De acordo com a ON 48 da Advocacia-Geral da União, "*é competente para a aplicação das penalidades previstas nas Leis nºs 10.520, de 2002, e 8.666, de 1993, excepcionada a sanção de declaração de inidoneidade, a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista no regimento*". A ON tratou apenas da específica hipótese em que houve contratação com suporte em gestão federal de recursos igualmente federais, ou seja, os pontos debatidos no presente processo não foram objeto de debate.

43. Feitas essas ponderações sobre o que dispõe a Constituição Federal, além do estudo da competência, há que se partir para os questionamentos principais, cujas premissas acima são fundamentais para entender a interpretação constitucionalmente adequada. Como visto, restou assente que os Órgãos Ministeriais, aí incluído o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, têm competência fiscalizatória concorrente, em tese.

44. Há que se perscrutar a viabilidade de incidirem essas competências sobre a aplicação das punições previstas tanto na Lei nº 12.529/11 quanto na Lei 8.666/93, decorrentes da atividade fiscalizatória, especificamente em face daqueles que contrataram - após procedimento licitatório - com os Estados, Distrito Federal e Municípios, ao passo que receberam recursos federais para o cumprimento do objeto.

45. Em outras palavras, para que seja possível ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União aplicar as penalidades previstas normativamente naquelas leis é imperiosa a presença, no mínimo, de: a) irregularidades apuradas via processo administrativo; b) competência; c) previsão expressa dos tipos de sanções; d) ausência de proibição constitucional ou legal para atuar nas situações em que examina; e) algum tipo de relação jurídica material prevista pelo ordenamento jurídico; f) observância do devido processo legal substancial (v.g. contraditório); e g) não afrontar normas constitucionais.

46. Apuradas as irregularidades em processos administrativos, **detectada a presença de competência e, ainda, previstas as sanções acima sublinhadas**, é oportuno verificar se há proibição legal ou constitucional para atuar nas situações investigadas. O art. 87, *caput*, da Lei nº 8.666/93 apenas menciona que, em virtude da **inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as sanções**.

47. Dessa forma, o dispositivo nada diz sobre **quem ou em quais situações - especificamente -** poderão ser aplicadas as penalidades, apenas que **órgãos, entidades ou unidades administrativas (genericamente)** podem fazê-lo, pois são eles que **operam e atuam** no âmbito da **Administração Pública**, nos termos do art. 6º, VII, da lei em evidência, esta entendida como "*a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas*" (inc. VI). De igual forma, **nada expõe sobre quais os efeitos subjetivos decorrentes das sanções para a esfera federativa que a aplicou ou para as demais** que compõem a federação brasileira.

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

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

48. Pelo enunciado, **órgãos ou entidades, ou seja, com ou sem personalidade jurídica**, poderão aplicá-las, **concorrentemente (v.g. Pastas Ministeriais)**, desde que observem as demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Nesse caso, **até aqui, não há qualquer empecilho** para atuação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, **nos termos da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, na redação dada pela Lei nº 13.341, de 2016, e à luz da Lei nº 8.666/93.**

49. Ao pormenorizar as sanções, o legislador trouxe expressões textuais que servem como ponto de partida para a interpretação e, em conjunto com outros dispositivos, aquelas servem como limites a essa atividade. No inciso primeiro (I), quanto à advertência, apenas trouxe o tipo de sanção. Sobre a segunda sanção (II), de multa, limitou-se a determinar que o aplicador da penalidade observe a **forma prevista nos instrumentos convocatórios ou nos contratos**, até para **não lesar direitos subjetivos dos envolvidos. Não há nada demais que este observe e não ultrapasse normas estabelecidas entre outras partes, cujos termos são resguardos pelo ordenamento jurídico.**

50. Nessa linha, no inciso terceiro (III), ao tracejar uma das mais importantes formas de prevenção dos **prejuízos** futuros e repressão dos que estão em andamento, previu a **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração**. De forma semelhante, **também não oferece obstáculos à atuação daquela Pasta**, pelo contrário, permite compreender que essas sanções são para impedir de participar, genericamente (realça-se a expressão "em licitação"), de licitações e de contratar com a **Administração (órgão, entidades ou unidades administrativas, com ou sem personalidade jurídica, atuantes no âmbito da Administração Pública)**.

51. Abra-se um parêntese para informar que este signatário inclusive já expôs, em outros autos, cuja manifestação pende de aprovação, o porquê deste tipo de sanção (inciso III) não ser limitada, quanto aos efeitos subjetivos, a órgãos (despersonalizados), de modo a alcançar o ente (ou quem sabe até mesmo a esfera federal, em uma interpretação evolutiva). O legislador efetivamente almejou que a declaração de inidoneidade fosse aplicada à **Administração Pública**, esta entendida como "*a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas*".

52. O mesmo não pode ser dito, no mesmo diploma legislativo, quanto à expressão "**Administração**", pois os próprios textos da integralidade da lei demonstram que **a sua prática, a sua utilização, não foi no sentido técnico ou com o escopo de referir-se, restritivamente, a órgãos ou unidades administrativas que em verdade atuam concretamente para a Administração Pública, não para efeito de punições. Primeiro porque isso fica evidente em outros dispositivos seus, segundo por desprezar a própria teoria do órgão, para a qual a vontade é do ente, e terceiro pois incluíram no mesmo inciso as entidades (que tem personalidade jurídica).**

53. Todos os doutrinadores têm se limitado a debater sobre as definições do legislador sobre **Administração e Administração Pública, proporcionalidade/gradação em face da declaração de inidoneidade**, mas os intérpretes olvidam de outras nuances que não podem ser desconsideradas. **Não basta a análise da técnica legislativa (in casu atécnica) - de remissão a definições no início das normas - que evita a repetição em diversos momentos no decorrer do texto legal, para aferir a correta compreensão dos dispositivos. As questões são mais profundas que isso e a técnica de remissão causou situações contraditórias, a serem colmatadas à luz da Constituição e do microsistema licitatório.**

54. Veja-se que ao definir quem é **Contratado (inciso XI)**, o próprio legislador, tal como fez com **Administração**, afirmou que é "a pessoa física ou jurídica signatária de contrato **com a Administração Pública**". Questiona-se: Os **órgãos, entidades ou unidades administrativas**, bem como os **contratados**, deixam de estar inseridos ou ter **algum tipo de relação jurídica** com a **Administração Pública**? Os **contratados** deixam de ser - permita-se a necessária redundância - **contratados da Administração Pública como um todo, embora tenham relações jurídicas mais estritas (maiores contornos) com um órgão, ente estadual, distrital ou municipal e entidades federais, estaduais ou municipais, que o contrataram para prestar o objeto? Um município que contratou um fornecedor pode dizer que a pessoa jurídica privada não é uma contratada perante a Administração Pública em sua totalidade?**

A resposta é negativa e não se sabe como isso tem passado em branco durante todos esses anos. Não se nega que quem sofrerá as sanções ostenta a condição de **contratado** perante algum órgão da **Administração Pública**, **nos termos do art. 6º, XI e dos demais dispositivos que utilizam a expressão contratado.**

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

XV - **Contratado** - a pessoa física ou jurídica signatária de contrato **com a Administração Pública**;

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

55. Já que o momento é de perguntas e questionamentos, ninguém percebeu que a sanção prevista no inciso quarto (IV), a de **declaração de inidoneidade, da mesma forma**, expressou que o impedimento "para **licitar ou contratar com a Administração Pública** enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, **que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração** pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior"? Que em um **mesmo inciso** o legislador quis apenas não repetir a palavra **Administração Pública** pela segunda vez e adotou **Administração** ao tratar do **ressarcimento**, que nada mais é do que a volta dos valores aos cofres do **ente**? Como dito, o uso da expressão Administração passou a ser rotineiro na Lei n 8.666/93 e não serve de parâmetro para compreender a indeterminação de dispositivos que versam sobre punições.

56. Para não haver dúvidas, não se questionam que o art. 88, logo à frente, previu que as sanções previstas nos **incisos III e IV** do artigo 87 poderão também ser aplicadas às sociedades empresárias ou aos profissionais que, **em razão** dos contratos regidos por esta Lei, "I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios **dolosos, fraude fiscal** no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado **atos ilícitos** visando a frustrar os objetivos da licitação; III - **demonstrem não possuir idoneidade** para contratar **com a Administração** em virtude de atos ilícitos praticados"?

57. Isso leva a uma última pergunta. Por qual razão então o legislador, além de ser contraditório e ter adotado o uso da expressão para não se tornar repetitivo, não previu, no **inciso III** do art. 87, que a sanção de suspensão temporária seria igualmente aplicável à integralidade da **Administração Pública**, em todas as esferas estadual, distrital e municipal, como ocorre com o **inciso IV** (declaração de inidoneidade)? Ora, porque **não quis equiparar as duas e tornar as diferenças entre elas mínimas, aí sim por questão de proporcionalidade, todavia isto não autoriza dizer que não produz efeitos perante o ente**. Apenas pecou ao utilizar uma expressão remissiva em tema de punibilidade, que é usada regularmente em todo o corpo legislativo sem maiores pretensões, conforme demonstrado.

58. A questão sobre a necessidade de preservar certa proporcionalidade ou gradação entre a penalidade de suspensão e a declaração de inidoneidade tem sido a principal justificativa de quem defende que aquela penalidade não surte efeitos sobre o ente. Decerto não assiste razão ao Superior Tribunal de Justiça ao pretender estendê-los a todos os entes políticos, tampouco estão corretos os que defendem sua incidência apenas em desfavor do órgão que aplicou, como visto.

59. Há quem diga que basta **acautelar o órgão** que sofreu o prejuízo, não o **ente**, pois seria excessivo não permitir que o **sancionado** contrate com outros **órgãos** do mesmo **ente**. A ideia do argumento seria traçar um paralelo entre as cautelares, as quais restringem determinados direitos mas preservam outros, diferentemente das penalidades definitivas. Entretanto, a suspensão não é uma cautelar para preservar a utilidade de algo e sim sanção definitiva, após análise do fato e suas peculiaridades. Da mesma maneira, **não se trata de pena administrativa apenas restritiva de alguns direitos**, uma vez que a **sanção de suspensão atinge todo o direito e exaure o tema ao impedir de participar de licitação ou de celebrar contratos**, ou seja, atinge todo o centro de interesses regido pela Lei nº 8.666/93.

60. A proporcionalidade e a **gradação deve ser analisada sob a ótica da quantidade de pena** de aplicada (até o limite de 2 anos), **não com base em receio de proibir futuras contratações por parte de outros órgãos da União** que, em última instância, é quem sofreu o prejuízo financeiro e orçamentário. O entendimento divergente vai de encontro a toda a sistemática sancionatória construída pelo ordenamento brasileiro e sequer conta com o aval da doutrina e da jurisprudência quanto aos institutos de direito constitucional, administrativo e penal envolvidos, pois aniquila a própria função preventiva da sanção ao impedir o agente de contratar apenas perante um único órgão.

61. É possível que o sancionado sequer queira voltar a contratar com quem prejudicou e siga adiante para contratar com outros milhares de órgãos da União (a conhecida impunidade). Pergunta-se: A sociedade empresária que já adquiriu má-fama perante o órgão, estará preocupada com a sanção de suspensão se poderá partir para outros órgãos do mesmo ente? Repita-se: a análise da proporção deve estar na quantidade de pena aplicada, não sobre os efeitos subjetivos da penalidade.

62. A prática tem demonstrado que a aplicação da penalidade de suspensão tem ocorrido em casos graves, gravidade esta que não tem um status para o órgão e outro para o ente. **Acerca dessas óticas, é importante exemplificar para ficar mais claro:**

Exemplo Y, excluídas quaisquer condições que não constam do enunciado: A sociedade empresária A, ao falhar na execução contratual, fora sancionada por um órgão com multa e pena de impedimento do direito de licitar e contratar por 2 anos. Os **defensores da desproporcionalidade poderiam dizer:** impedir de contratar por 2 (dois) anos tanto perante o órgão quanto a União, por falha na execução contratual, sem cometimento de atos ilícitos mais qualificados, é um absurdo, **por isso a pena não pode passar da esfera de determinado órgão para a União. Assim, o intérprete restaria tendente a limitar ao órgão e não estender ao ente.**

Exemplo Z, excluídas quaisquer condições que não constam do enunciado: A sociedade empresária B, ao falhar na execução contratual, fora sancionada por um órgão com multa e pena

de impedimento do direito de licitar e contratar por 4 meses. **Questiona-se: É desproporcional e absurdo impedir de contratar por 4 meses tanto perante o órgão quanto a União, pela mesma falha na execução contratual, sem cometimento de atos ilícitos mais qualificados, ou seja, com os efeitos subjetivos perante o ente? Em suposta esfera judicial ou administrativa, um juiz ou administrador afastaria os efeitos sobre o ente e escolheria atribuir apenas ao órgão exclusivamente com base no argumento de preservar uma válvula de escape para fins de gradação das sanções?**

63. **No exemplo Y há desproporção, salvo agravantes e atenuantes que impulsionassem a pena ao patamar máximo de 2 anos. Por outro lado, no exemplo Z a pena é extremamente proporcional e perante todo o ente. Isso demonstra claramente a miopia dos argumentos defensores da desproporção de suspender outrem perante a União, pois não estão baseados no sistema legislativo, jurisprudencial ou doutrinário vigentes, mas sim em supostos receios acerca da intensidade da pena sobre sociedades empresárias. Assim, interpretam exclusiva à luz das consequências para subverter todos os argumentos jurídicos que sustentam o alcance dos efeitos subjetivos à União.**

64. **Não é um completo absurdo porque o legislador efetivamente não trouxe nenhum dispositivo sobre a dosimetria da pena, as hipóteses de aplicação, entre outros pontos, ou sejam deixou a aplicação ao completo alvedrio da Administração valorar fatos e aplicar as sanções. Nesse contexto, apenas previu que a inexecução total ou parcial pode ensejar advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade.**

65. **Tamanha discricionariedade não é suficiente para literalmente escolher determinada interpretação com base em supostos receios sobre gradação da pena.** Pelo contrário, há que se resolver este problema, não aniquilar sanções previstas no ordenamento jurídico e enfraquecer a prevenção e repressão de condutas que geram prejuízos à Administração.

66. **O legislador percebeu a dúvida sobre primeiro ponto - efeitos subjetivos da sanção - e passou a corrigir o problema, consoante o que ocorreu quanto ao pregão na Lei nº 10.520/2002.**

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

67. **Assim, nove anos depois o legislador esclareceu qual deveria ter sido o tratamento desde quando a Lei de Licitações começou a produzir efeitos, ou seja, adequado, duro, mas não arbitrário.**

68. **Com esta premissa, e diante das mesmas hipóteses fáticas e assemelhadas (v.g. não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa, retardar a execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal), ao regrar espécie licitatória ainda mais simples (v.g. pregão) do que tratadas na Lei de Licitações, estabeleceu: penalidade de até 5 (cinco) anos, maior que a máxima cominada à suspensão (dois anos), que impedisse de licitar e contratar com o ente (não com o órgão).**

69. **Apesar de ter esclarecido o efeito subjetivo das sanções, novamente deixou a critério do poder público as valorações atinentes à proporcionalidade das penas a serem aplicadas, com largo espaço de discricionariedade e ainda que atinjam todo o ente. Em que pese tratarem de sanções, tanto o art. 7º da Lei nº 10.520/2002 quanto o art. 87 da Lei nº 8.666/93 gozam de presunção de constitucionalidade.**

70. **A reincidência ao atribuir essa margem de atuação ao poder público fez com que algumas críticas persistissem sobre o assunto, pois a norma ficou em branco quanto à melhor forma de realizar dosimetria adequada ao fato praticado. Em razão disso, andou bem a Presidência da República e o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão ao elaborar instruções normativas com critérios objetivos para a aplicabilidade das sanções, as quais não são obrigatórias todos os órgãos da União, mas têm força persuasiva e poderá vir a ser utilizada pelo Poder Judiciário ao exercer a jurisdição.**

71. **Servem de guia a qualquer aplicador das penalidades e espanca de vez o argumento de que se deveria restringir - com arbitrariedade interpretativa - ao máximo os efeitos subjetivos da sanção de suspensão, com o desiderato de "não correr riscos de prejudicar" sociedades empresárias em outras contratações com a União. Repisa-se: o que se deve fazer é punir por tempo proporcional e considerando que surtirá efeitos perante todo o ente, não acabar com a função preventiva das sanções.**

72. Nessa linha, **recomenda-se a adoção analógica do quanto previsto na IN 01/2017 da Presidência da República e na Norma Operacional nº 02/Dirad** do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, as quais estabelecem - de modo semelhante - procedimentos para a definição da dosimetria na aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar. **Os atos gozam de presunção de veracidade e legalidade e contam com fundamento de validade amplo (art. 7º da Lei nº 10.520/2002), o qual deverá ser adotado, em última instância, para fundamentar a aplicação.**

73. **Ao utilizar essas diretrizes** no âmbito da **sanção de suspensão**, prevista no art. 87 da Lei de Licitações, deverá ser **observado o seu limite de 2 anos (dois) ao aplicar agravantes**, de forma que **caso ultrapassados fatalmente o órgão competente poderá utilizar a declaração de inidoneidade**. No art. 3º e seguintes a Norma Operacional nº 02 traz as condutas com a previsão do período em que as sanções serão aplicadas e com circunstâncias atenuantes e agravantes.

74. Quanto à **declaração de inidoneidade**, as **diretrizes com prazos fixos não são aplicáveis, pois esta dura "enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção..." de suspensão** aplicada. Além disso, por expressa previsão legal, é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, e a reabilitação só pode ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Norma Operacional nº 02/Dirad

Art. 1º Esta norma operacional estabelece procedimentos para a definição da dosimetria na aplicação da penalidade de impedimento de licitar e contratar prevista no art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, no âmbito do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Art. 2º Nas licitações na modalidade Pregão realizadas no âmbito do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, é obrigatória a instauração de procedimento administrativo para aplicação das sanções cabíveis quando da ocorrência das seguintes **condutas**:

- I – deixar de entregar documentação exigida para o certame;
- II – não celebrar o contrato ou a ata de registro de preços, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- III – apresentar documentação falsa exigida para o certame;
- IV – ensejar o retardamento da execução do certame;
- V – não manter a proposta;
- VI – falhar ou fraudar na execução do contrato;
- VII – comportar-se de maneira inidônea; ou
- VIII – cometer fraude fiscal.

1º **Considera-se retardamento na execução do certame** qualquer ação ou omissão do licitante que prejudique o bom andamento do certame, evidencie tentativa de indução a erro no julgamento, ou ainda que atrase a assinatura do contrato ou ata de registro de preços.

2º **Considera-se não manter a proposta** a ausência de envio da mesma, bem como a recusa do envio de seu detalhamento, quando exigível, ou ainda o pedido, pelo licitante, da desclassificação de sua proposta, quando encerrada a etapa competitiva, desde que não esteja fundamentada na demonstração de vício ou falha na sua elaboração, que evidencie a impossibilidade de seu cumprimento.

3º **Considera-se falhar na execução contratual** o inadimplemento grave ou inescusável de obrigação assumidas pelo contratado.

4º **Considera-se fraudar na execução contratual** a prática de qualquer ato destinado a obtenção de vantagem ilícita, induzindo ou mantendo em erro a Administração Pública.

5º **Considera-se comportar-se de maneira inidônea** a prática de atos direcionados a prejudicar o bom andamento do certame ou do contrato, **tais como:** frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, agir em conluio ou em desconformidade com a lei, induzir deliberadamente a erro no julgamento, prestar informações falsas, apresentar documentação com informações inverídicas, ou que contenha emenda ou rasura, destinados a prejudicar a veracidade de suas informações.

Art. 3º **Deixar de entregar documentação exigida para o certame:** Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo **período de 2 (dois) meses**.

Art. 4º **Não celebrar o contrato** ou a ata de registro de preços, **quando convocado** dentro do prazo de validade de sua proposta: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo **período de 4 (quatro) meses**.

Art. 5º **Apresentação de documentação falsa:** Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo **período de 24 (vinte e quatro) meses.**

Art. 6º **Ensejar o retardamento da execução** do certame: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo **período de 4 (quatro) meses.**

Art. 7º **Não manter a proposta:** Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo período de **4 (quatro) meses.**

Art. 8º **Falhar na execução** do contrato: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo **período de 12 (doze) meses.**

Art. 9º **Fraudar na execução** do contrato: Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo **período de 30 (trinta) meses.**

Art. 10. **Comportar-se de modo inidôneo:** Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo **período de 24 (vinte e quatro) meses.**

Art. 11. **Cometer fraude fiscal:** Pena – impedimento do direito de licitar e contratar com a União e descredenciamento do SICAF pelo **período de 40 (quarenta) meses.**

Art. 12. As penas previstas nos arts. 3º a 11 **serão agravadas em 50%** (cinquenta por cento) de sua pena-base, para **cada agravante, até o limite de 60 (sessenta) meses**, em decorrência do **seguinte:**

I – quando restar comprovado que o licitante ou contratado tenha sofrido registro de 3 (três) ou mais penalidades no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF em decorrência da prática de qualquer das condutas tipificadas na presente norma nos 24 (vinte e quatro) meses que antecederam o fato em decorrência do qual será aplicada a penalidade;

II – quando restar comprovado que o licitante tenha sido desclassificado ou inabilitado por não atender às condições do edital, quando for notória a sua impossibilidade de atendimento ao estabelecido;

III – quando o licitante, deliberadamente, não responder às diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo; ou

IV – quando restar comprovado que o licitante tenha prestado declaração falsa de que é beneficiário do tratamento diferenciado concedido em legislação específica.

Art. 13. As penas previstas nos arts. 3º, 4º, 6º e 7º **serão reduzidas pela metade, apenas uma vez, após a incidência do previsto no Art. 12, quando não tenha havido nenhum dano ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão**, em decorrência de qualquer das seguintes **atenuantes:**

I – a conduta praticada tenha sido, desde que devidamente comprovada, decorrente de falha escusável do licitante ou contratado;

II – a conduta praticada seja decorrente da apresentação de documentação que contenha vícios ou omissões para os quais não tenha contribuído, ou que não sejam de fácil identificação, desde que devidamente comprovado; ou

III – a conduta praticada seja decorrente da apresentação de documentação que não atendeu às exigências do edital, desde que reste evidenciado equívoco em seu encaminhamento e a ausência de dolo.

Art. 14. A **penalidade prevista no Art. 3º será afastada** quando tenha ocorrido a entrega da documentação fora dos prazos estabelecidos, **desde que não tenha acarretado prejuízos à Administração**, observando-se ainda, **cumulativamente:**

I – a ausência de dolo na conduta;

II – que a documentação entregue esteja correta e adequada ao que foi solicitado;

III – que o eventual atraso no cumprimento dos prazos não seja superior a sua quarta parte;

IV – não tenha ocorrido nenhuma solicitação de prorrogação dos prazos;

V – que a penalidade esteja estabelecida em prazo não superior a 2 (dois) meses; e

VI – que o licitante faltoso não tenha sofrido registro de penalidade no SICAF em decorrência da prática de qualquer das condutas tipificadas na presente norma em procedimentos licitatórios ou contratações ocorridos nos 12 (doze) meses que antecederam o fato em razão do qual será aplicada a penalidade.

Art. 15. Quando a ação ou omissão do licitante ou contratante ensejar o enquadramento da **conduta em tipos distintos, prevalecerá aquele que comina a sanção mais grave.**

Art. 16. Na apuração dos fatos de que trata a presente Norma, a **Administração atuará com base no princípio da boa fé objetiva, assegurando ao licitante a ampla defesa e o contraditório, o**

direito de juntar todo e qualquer meio de prova necessário à sua defesa, podendo, inclusive, requerer diligências.

Parágrafo único. A **Administração deverá formar sua convicção com base na demonstração dos fatos e condutas praticadas**, devendo, quando necessário, promover diligências para a apuração da veracidade dos documentos e informações apresentadas na defesa.

Art. 17. Esta Norma Operacional entra em vigor na data de sua publicação.

WALMIR GOMES DE SOUSA

PORTARIA 170 DIRAD DE 17 DE MARÇO DE 2017

Frisa-se, desde já, que algumas condutas passíveis de punição são específicas do pregão e não encontram paralelo na Lei n. 8.666/93, o que enseja a utilização das diretrizes apenas **no que couber** (v.g. recusa em assinar contrato, falha na execução, inexecução contratual, entre outras) **ou como medida comparativa** apta a afastar punições insuficientes ou ineficazes e, lado outro, as excessivas. Neste ponto, **as demais normas do ordenamento servem para o próprio aplicador fundamentar o porquê de a sanção aplicada estar em consonância com o ordenamento jurídico, notadamente as demais medidas utilizadas em outras previsões normativas.**

Condutas que comparativamente são da mesma gravidade ou semelhante não podem ser punidas com sanções que tiveram por parâmetro ou foram previamente idealizadas para condutas de gravidade totalmente diferenciada, assim como não há método matemático. A fundamentação quando da aplicação da sanção é essencial para efeito de controle das instâncias internas e externas competentes, e isto é uma razão a mais para perceber que apenas os riscos fictícios ou presumidos sobre eventuais impactos de uma suspensão mais ampla não servem para ignorar todos os demais fundamentos jurídicos que determinam a aplicação da sanção de suspensão perante o ente.

75. **Essas diretrizes, que homenageiam a segurança jurídica e diminuem a possibilidade de corrupção, poderão vir a ser utilizadas inclusive pelo Poder Judiciário em casos excepcionalíssimos de controle da discricionariedade administrativa das sanções** previstas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02, com base no princípio constitucional da proporcionalidade. Isto tanto em sanções decorrentes de procedimentos de pregão, quanto das demais espécies licitatórias, pois todas fazem parte do modelo de contratação previsto constitucionalmente.

76. **Por fim, a antiga posição do Superior Tribunal de Justiça não é correta** porque se a sanção de suspensão fosse abarcar todas as esferas e entes, no mínimo deveria ser aplicada apenas por quem tem competência exclusiva (v.g. Ministros, Secretários), tal como previu para a declaração de inidoneidade. Nesse viés, **qualquer órgão poderia acionar a suspensão com efeito de declaração de inidoneidade. Não há coerência alguma nas referidas decisões.**

77. **Com essas premissas cai por terra qualquer argumento de que seria por si só desproporcional possibilitar a aplicação de penalidades cujo efeito subjetivo fosse apto a abarcar todo o ente.**

78. Outra peculiaridade tem sido desprezada, e muitos devem ter indagado sobre o porquê de o legislador não ter deixado expresso que a sanção de impedimento ou suspensão de participar de licitações e contratos seria relativa à **"Administração Pública Federal"**. Basta percorrer a Lei 8.666/93, mas com olhos desarmados, para perceber que **o legislador utilizou esta expressão uma única vez, isso mesmo, em apenas uma oportunidade.**

79. O porquê está nas entrelinhas, cuja percepção não é simples. Isso decorre da Constituição da República, ao prever no art. 22, XXVII, que o legislador deveria editar **"normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III"**.

80. O legislador assim o fez e cumpriu o mandamento, editou normas gerais direcionadas a todos os **entes**, razão de não ter utilizado recorrentemente a expressão **"Administração Pública Federal", sob pena de focar na União e olvidar dos demais entes.** Portanto, repisa-se, apenas a Constituição (mencionada alhures), o microsistema licitatório (v.g. o art. 1º e 2º da Lei n 8.666/93) e os institutos de direito constitucional, administrativo (v.g. a teoria do órgão) e penal permitem compreender **os efeitos subjetivos decorrentes da sanção de suspensão** do direito de licitar ou contratar:

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.**

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações **da Administração Pública**, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente

precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, **considera-se contrato 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.**

81. Se a União não tivesse editado as **normas efetivamente gerais** sobre esse assunto, os Estados exerceriam a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Em outras palavras, normas voltadas para **aquele ente ou Administração Pública Federal** permitiriam aos Estados (e Municípios) liberdade para legislar a respeito da omissão.

82. Decorre dessa sistemática a percepção de que as **normas gerais de licitações e seus efeitos são direcionadas aos entes, salvo expressa disposição legal**, tal como ocorreu, por exemplo, no art. 21, I, da Lei nº 8.666/93, e, inclusive, veja-se a **correlação que o legislador faz entre a União e os recursos federais ou garantias decorrentes de instituição federais**, *in litteris*:

Art. 21 Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I - no **Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal** e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com **recursos federais ou garantidas por instituições federais**;

83. Indubitavelmente, **a Lei de Licitações não foi debatida, votada e publicada apenas para proteger órgão, e sim para proteger os entes políticos. O legislador apenas tentou dizer, em inúmeros momentos e leis, quem está próximo dos atos concretos praticados, quem está mais inserido no contexto de execução, que são os órgãos. Para perceber isso, basta ler as demais normas administrativas com acuidade. Quando o órgão editor de normas utiliza as expressões órgão, entidade ou unidade administrativa, nada diz.** Como os diplomas são promulgados de forma ocasional e fatiada, o que há é atecnia, indeterminações e omissões, as quais devem ser esclarecidas.

84. Ao contrário do que diz o Ministério do Planejamento, **o art. 58, IV, ao tratar da aplicação das sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste, deixa ainda mais claro o raciocínio do legislador, ou seja, de trabalhar com expressões relativas a quem atua concretamente (órgãos, entidades e unidades administrativas) e que são, em verdade, a vontade do ente político (teoria do órgão, consagradíssima no direito brasileiro):**

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

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

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

III - **fiscalizar-lhes a execução**;

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

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

§ 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.

85. Em tese, **literalmente** seria proibido o legislador fazer uso da expressão **Administração** no *caput* do art. 58, pois dentro das sanções do **inciso IV** há possibilidade de declaração de inidoneidade, cuja competência é exclusiva de Ministros e Secretários de Estados ou Municípios. Para albergar a situação e ser coerente **seria necessário utilizar Administração Pública**, mas não foi preciso, justamente porque é forçoso observar as demais normas - específicas ou não - que estão nos sistemas jurídicos e no ordenamento jurídico.

86. **Não há como afirmar que esse dispositivo ou os demais colacionados digam, de forma exclusiva, que somente o órgão ou a unidade administrativa que atua concretamente pode fiscalizar a execução contratual e, por consequência (tanto que está no inciso seguinte), aplicar sanções motivadas pela inexecução dos ajustes. O tema**

da fiscalização e da aplicação das sanções, em especial a competência, está muito, mas muito além de dispositivos da Lei de Licitações que utilizaram expressões como órgão, entidade, unidade administrativa, Administração, Administração Pública, Administração Pública Federal, etc, conforme será demonstrado mais a frente.

87. Dentre os cinco incisos mencionados, três (I, II e V) dizem respeito exclusivamente ao contratante, conforme o próprio conteúdo dos enunciados demonstram, e dois (III e IV) têm a ver com órgãos, entes ou entidades que podem realizar fiscalizações e aplicar sanções. Veja-se que não é o nome que serve como divisor, mas sim o conteúdo.

88. Não havia motivos práticos e científicos (sob o prisma do Direito Constitucional e Administrativo) para o legislador começar a utilizar, em cada dispositivo, o nome do ente, do poder e da esfera em abstrato que, é claro, abarca quem manifesta sua vontade concreta no contexto fático que a Administração Pública enfrenta.

89. Ocorreu até mesmo a utilização da palavra Administração ao tratar de idoneidade, bem como de órgão ou entidade ao versar sobre Administração e Administração Pública, porque o que importa é que as unidades administrativas fazem parte daquelas, pois são apenas órgãos de execução e manifestação de vontade. Daí a consequente indeterminação da expressão Administração em todos os momentos que o diploma a utiliza, inclusive no Direito Penal:

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

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

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública

Direito Penal

Lei nº 8.666/93

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.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

90. A reformador usou a expressão Administração mais ou menos 87 vezes e Administração Pública em torno de 39 vezes, a demonstrar o uso genérico da primeira e, lado outro, mais comedido e consciente da segunda. Mesmo assim ainda há situações em que as duas foram utilizadas no mesmo dispositivo, sem qualquer pretensão técnica e consciente.

91. A propósito, está no art. 1º, §2º, da Lei nº 9.784/99, a demonstrar camuflada e insistentemente que quando o legislador utiliza as expressões "órgão ou entidade", não há qualquer aspecto restritivo nisso, pois o órgão integra tanto Administração direta quanto indireta, ao passo que entidade, para aquele, é qualquer unidade de atuação que tenha personalidade jurídica, caso dos entes. Traduzindo, leia-se o art. 58 da Lei nº 8.666/93 da seguinte forma: "O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere A QUEM TENHA PERSONALIDADE JURÍDICA OU NÃO, em relação a eles, a prerrogativa de: [...] III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste [...]".

Lei nº 9.784/99

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§ 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - **órgão** - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

II - **entidade** - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

III - **autoridade** - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

Lei nº 8.666/93

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à **Administração [A QUEM TENHA PERSONALIDADE JURÍDICA OU NÃO]**, 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**;

92. Será que a **Lei de Licitações** precisaria conceituar **ente** também?

93. Sobre o conteúdo daquelas sanções administrativas (III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93, o Prof. Marçal Justen Filho leciona que não ter praticado irregularidades, bem como sofrido as consequências, deve ser considerado requisito de habilitação, ainda que não expressamente referido no art. 27 (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 385). Em outra lição, expõe que **existem sanções que estão mais ligadas a aspectos internos da avença e outras que possuem uma configuração que extrapolam a avença**:

As modalidades de sanções aplicáveis nos casos de inexecução de contratos administrativos podem ser divididas em duas categorias. Há **sanções internas ao contrato**, ditas **sanções contratuais** (rescisão - art. 78, advertência - art. 87, inc. I, e multa - art. 87, inc. II) e **sanções que produzem efeitos além da relação contratual, ou sanções genéricas** (suspensão temporária - art. 87, inc. III e declaração de inidoneidade - art. 87, inc. IV).

JUSTEN NETO, Marçal. Efeitos da declaração de inidoneidade no âmbito de outros contratos administrativos em vigor. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 32, out./2009, disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=32&artigo=923>, acesso em 19/07/2017.

94. Essa produção de efeitos que vai além, não é só quanto às consequências depois de sua aplicação. **Outrossim, esse aspecto genérico é relativo a toda a configuração e essência desse tipo de sanção, a qual busca proteger e prevenir a Administração em casos futuros, eis que têm função preventiva e retributiva.**

95. Registra-se, ainda, que nenhum dos dispositivos supramencionados especifica o **sujeito ativo** que aplicará a punição, **mas informam claramente quem é o sujeito passivo, o contratado**, que não perde essa condição assumida perante toda a **Administração Pública**, conforme prevê, **nestes termos**, o art. 6º, XV. Portanto, não há obstáculos à ativação de competências de órgãos (v.g. Pastas Ministeriais) com fulcro nos demais diplomas legislativos que a garantem.

96. O legislador consignou, de forma clara, expressa e intencional, no **caput** do art. 70, que o **"contratado é sempre responsável por danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado"**. Os órgãos interessados são os que atuam estreita e concretamente no desenrolar das avenças. Porém destaca-se: **não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade perante terceiros (órgãos, entidades, entes, privados, etc) a fiscalização e o acompanhamento de órgãos interessados, justamente aqueles que tenham alguma relação jurídica com a situação irregular que enseja atuação concorrente**. Por isso, é relevante demonstrar que coincidentemente a "Seção IV Da Execução dos Contratos" da Lei nº 8.666/93 fora o local escolhido para atestar a responsabilidade perante a Administração e terceiros, a demonstrar que relações contratuais não configuram barreiras ou imunidades.

97. *In concreto*, é chegada a hora de analisar se há relação jurídica que permita a atuação da União nos casos de licitações, contratos e congêneres avençados pelos Estados, Distrito Federal, Municípios, seus órgãos e entidades com contratados e convenientes, sem prejuízo dos argumentos alinhavados anteriormente. **Além disso, saber se há obstáculos decorrentes do princípio federativo.**

98. **Historicamente**, sabe-se que o direito romano contribuiu para o estudo das relações jurídicas, especialmente ao tratar da subsunção das normas em face das relações entre sujeitos de direitos e obrigações. O reconhecido **Jhering** teria afirmado que as relações jurídicas estão para a Ciência do Direito como o alfabeto está para a

palavra, afora as contribuições de **Savigny** (Séc. 19). Nesse contexto, os pandectistas alemães, no mesmo século, ao perseguirem na atividade interpretativa a finalidade que o legislador buscou atingir, igualmente contribuíram para o conceito de relação jurídica. Foi nesta diretriz que o BGB, o Código Civil da Alemanha (1900), conferiu maior relevo à temática da relação jurídica e suas características, tais como os efeitos, os limites, entre outras.

Os contínuos debates acabaram por ocasionar o surgimento de variadas correntes, tais como a personalista (**Bernhard Windscheid**), a normativa e a objetivista. Para a primeira, seria o vínculo intersubjetivo (dois ou mais sujeitos) que surge ao ocorrer um fato regido por normas jurídicas, o fato jurídico, e por óbvio, envolve um objeto, um interesse. A segunda, sob a ótica que enfatiza a relação dos sujeitos com as normas jurídicas, prévia às relações fáticas. Dessa forma, cada sujeito gera uma relação com as normas públicas ou convencionais, independente do que faticamente deu ensejo à relação (v.g. uma folha de papel). A terceira preconiza a faceta genérica das relações jurídicas, de modo a não abarcar apenas sujeitos mas a própria ligação entre sujeitos e coisas ou lugares.

Os fatos jurídicos impulsionam as relações jurídicas, eis que aqueles são os acontecimentos humanos ou naturais, capazes de produzir efeitos jurídicos e provocando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e dos direitos a ela inerentes (Francisco Amaral, Direito Civil, p. 323).

99. Independente da corrente, algo é certo, **a relação jurídica exige que haja um fato que tenha alguma significação jurídica à luz da Constituição e das normas que preveem determinados efeitos**, linha seguida pelo saudoso Orlando Gomes, embora com outras palavras e sem mencionar a Carta Magna, até porque o Código Civil estava no centro do ordenamento no passado ainda recente.

100. Para saber se há algum tipo de relação jurídica, é de suma relevância verificar se a Constituição ou as leis possibilitam a atuação de sujeitos, notadamente ao previrem direitos e deveres ou algum vínculo/interesse que decorra do sistema jurídico, bem como um objeto. **Ademais, não se perca de vista a força que o interesse/vínculo e o objeto têm para fins de caracterização das relações jurídicas. Diz-se isso por uma razão. Com a constitucionalização do Direito, é inegável que a própria teoria geral dos contratos sofreu fortes influxos. Esse sentido também encontra respaldo na Itália, com os estudos do mestre Pietro Perlingieri, bastante divulgados no Brasil pelo Prof. Gustavo Tepedino.** Calha transcrever a seguinte passagem, hodiernamente ainda ignorada, ou melhor, não percebida:

O conceito de relação jurídica, assim estudado do ponto de vista da estrutura dos direitos obrigacionais, vinculando o devedor ao credor, não se mostra suficiente a explicar inúmeras situações dinâmicas e complexas do direito contemporâneo, insuscetíveis de simples enquadramento na categoria dos direitos subjetivos obrigacionais e no binômio sujeito ativo-sujeito passivo. Daí o surgimento de construção doutrinária que ampliou extraordinariamente a importância dogmática do conceito de relação jurídica, visualizando-a como relação entre centros de interesse juridicamente relevantes, que configuram situações jurídicas destinadas ao exercício de titularidade subjetiva. Percebe-se, então, que não há centro de interesse juridicamente relevante (mesmo no caso do credor ou do proprietário) que não seja acompanhado de deveres correlatos. E que a presença atual de um sujeito não é essencial à existência de uma situação jurídica subjetiva, podendo mesmo existir relação jurídica sem titulares, desde que o interesse nela contido seja merecedor de tutela, sendo conveniente ao ordenamento conservá-la.

A noção de relação jurídica, assim entendida, serve a explicar não só os direitos de crédito como os demais direitos subjetivos e também os centros de interesse que não configuram direitos subjetivos, mas quaisquer outras situações jurídicas, [...]

Cada um dos centros de interesse juridicamente relevantes que compõe a relação jurídica destina-se a ser ocupado por respectivos titulares (elemento subjetivo das relações jurídicas), configurando-se, assim, a noção de situação jurídica subjetiva, que caracteriza juridicamente o centro de interesse.

À estrutura da relação jurídica, assim entendida, deve ser associada a função que cada relação jurídica é chamada a desempenhar, de acordo com os interesses veiculados pelas respectivas situações jurídicas subjetivas. Somente o elemento funcional permitirá a exata compreensão e interpretação da relação jurídica, com todos os desdobramentos relativos aos deveres, direitos e interesses merecedores de tutela nela compreendidos.

Neste sentido, cabe destacar que a verificação da posição ocupada por um sujeito em face do ordenamento jurídico poderá decorrer da incidência de um fato jurídico qualquer, que faça surtir efeitos em sua esfera jurídica, inserindo-o numa relação jurídica e, ao mesmo tempo, reconhecendo-lhe uma situação jurídica.

101. **Muitas vezes as relações jurídicas podem ser vislumbradas em duas ou mais projeções, a depender dos centros de interesses jurídicos relevantes. Estas especificidades subjetivas influem na disciplina da relação jurídica e não podem mais ser ignoradas no Brasil.**

102. Para não ficar apenas na teoria, pergunta-se o porquê de o legislador, por exemplo, admitir que interessados possam interromper a prescrição. Ora, porque poderiam ocorrer perdas no patrimônio do titular da pretensão atingida e este terceiro, prejudicado pela diminuição patrimonial, pode impedir a prescrição, ou seja, há interesse econômico prejudicado, certo e atual.

103. **A diferença é que em alguns episódios o legislador prevê expressamente e em outras não, a ensejar o estudo acurado do sistema jurídico para saber se a situação jurídica deve ser tutelada ou não. A legitimidade para exercer a tutela, por sua vez, decorre da relação jurídica e não precisa ser expressa.** São inúmeros os exemplos na esfera judicial e processual, onde **a legitimidade é analisada à luz da relação jurídica, não apenas de previsões legais expressas, até porque o legislador não tem como prever os inúmeros possíveis prejudicados ou interessados** (e qualificar cada um, v.g. idoso, hipossuficiente, menor, entre outras), **bem como a quem esta vedada a atuação (v.g. a divergência doutrinária que ocorre - no tema da cessão de crédito - para saber quem são os terceiros mencionados pelo legislador quanto ao art. 288 do CC, quem sofre ou não os efeitos da relação jurídica).**

104. **Na esfera ambiental, agora no que tange tanto a vínculo/interesses quanto a objeto, cumpre relembrar as obrigações *propter rem*.** Conforme a jurisprudência iterativa do STJ (cf. REsp N° 1.276.114 - MG/2016) ao tratar de responsabilidades, obrigações de ressarcimento, reparação do meio ambiente e nexos causais, **aquelas ultrapassam a transmissão da titularidade** com o intuito de afastar alegações dos anteriores integrantes da cadeia produtiva. Assim, **não procedem as alegações de que não se pode exigir de outrem condutas que guardam liame ou pertinência com deveres jurídicos originariamente atribuídos a terceiros**, especialmente se houve alguma ligação entre ambos (v.g. comercialização/compra e venda, produção do bem ou produto, o fornecimento), e ainda que remota ou após a interferência de diferentes pessoas na cadeia econômico-produtiva.

105. **Firme nessas premissas expostas até este parágrafo (há outros pontos a serem examinados), tem-se como intransponível a existência não só de interesse jurídico (que já bastaria), mas de titularidade por parte da União quanto aos recursos federais transferidos originariamente a outros entes políticos e repassados a terceiros, o que demonstra a existência de relação jurídica com os outros contratados ou beneficiários e inaugura a sua legitimidade para fiscalização, prevenção e repressão sancionatória.**

106. **Há centro de interesse juridicamente relevante que, por sua vez, configura situação jurídica destinada ao exercício de titularidade subjetiva, de molde a possibilitar a sanção de quem comete irregularidades mediante a utilização de recursos federais. O tipo de punição em evidência é inclusive especial: Suspender por tempo determinado e proporcional, mediante fundamentação idônea, para fins de cumprir a função básica das sanções que é reprimir e prevenir.**

107. **A dimensão do interesse resai evidente da Constituição e demais diplomas legislativos. Na Carta Magna o constituinte originário expôs, no art. 20, I, serem bens da União os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos. Isto demonstra que se a titularidade é da União, há interesse dela, e o próprio Supremo Tribunal Federal adota como norte interpretativo o referido dispositivo, sobretudo para saber quando há competência federal e legitimidade ativa da União em intrincados conflitos de interesses.**

108. **O legislador não almejou que a União não aplique sanções por irregularidades oriundas das avenças ora examinadas e, sendo assim, para que aquelas práticas persistam em face dela ou, adicionalmente, para que dependa de outros órgãos externos e de diversas burocracias ou formalidades vazias, as quais sempre são de interesse dos que mereceram sanção. Em um paralelo, seria um exemplo de truque de ilusionista: a ordem normativa construir um sistema de defesa da prevenção e repressão, recuperação de valores e prejuízos, da probidade e da moralidade, mas igualmente impedir a responsabilização adequada, célere e efetiva das condutas, o que não pode ter procedência.**

109. **Após a exposição dessas lições sobre relação jurídica e ao se levar em conta que no presente caso há possibilidade de licitações e contratos entre Estados, Distrito Federal, Municípios e terceiros, é de suma relevância fazer algumas considerações sobre a teoria geral dos contratos, observadas as considerações anteriores sobre a posição da União frente àqueles.**

110. **Nesse sentido, sublinha-se que a teoria geral do contrato, da mesma forma que as concepções sobre relação jurídica, passou por reformulações, mormente em virtude da nova teoria da Constituição. Assim, a liberdade de contratar passou a ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato (v.g. CF, arts. 1º, IV, e 170, caput, III, V e VII). Anteriormente a liberdade de contratar em sentido amplo era vista como postulado básico do regime contratual clássico, em consonância com o que prevaleceu nas primeiras codificações influenciadas pelo liberalismo econômico.**

111. **O contrato era estudado com suporte em três princípios provenientes da liberdade contratual, com destaque para a vontade individual, já sujeita aos limites impostos por normas imperativas (de ordem pública), e para o princípio da relatividade (vinculação dos contratantes):**

- a) o **princípio da autonomia privada**, segundo o qual as partes podem obrigar-se como e com quem quiserem, **sujeitas apenas a limites impostos pelas normas imperativas (normas ditas de ordem pública)**; b) o **princípio da obrigatoriedade dos pactos, ou da intangibilidade do conteúdo do contrato (pacta sunt servanda)**, pelo qual adquire o contrato força de lei entre as

partes; e c) o princípio da relatividade, segundo o qual os efeitos do contrato cingem-se aos contratantes, não vinculando outros (*res inter alias acta tertio neque nocet neque prodest, isto é, "o contrato não prejudica nem favorece terceiro"*). (Antonio Junqueira de Azevedo, "Princípios do Novo Direito Contratual", p. 115, *apud* Gustavo Tepedino, 2012, p. 6).

[...]

São bem conhecidas as reflexões suscitadas pelo chamado dirigismo contratual, como expressão da intervenção estatal no domínio das relações contratuais (v. Louis Josserand, *Évolutions et actualités*, e René Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*) (Gustavo Tepedino, 2012, p. 7).

112. No Brasil, consoante os ensinamentos do Prof. Gustavo Tepedino (2012), a transição do modelo clássico para o modelo contemporâneo da teoria contratual, *"com o conseqüente surgimento de novos princípios contratuais, tem por referência normativa fundamental a CF de 1988, que consagrou os valores da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da solidariedade social (art. 3º, I) e da isonomia substancial (art. 3º, III)"*. A doutrina aponta como marcos a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor.

113. Aqueles princípios consagrados no liberalismo econômico, da autonomia privada, intangibilidade do conteúdo do contrato e o da relatividade de seus efeitos conformam-se, na atualidade, a um conjunto de novos princípios: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico entre as prestações e função social do contrato (Antônio Junqueira de Azevedo, "Princípios do Novo Direito Contratual", p. 116, *apud* Gustavo Tepedino, 2012).

114. Aqui é preciso enfatizar a congruência existente entre a própria reformulação da relação jurídica com os avanços que ocorreram na teoria geral dos contratos. Aquela passou a considerar a relação entre centros de interesses juridicamente relevantes, ao passo que esta sofreu remodelagens, tais como a subversão do princípio da relatividade entre os contratantes pela função social, contribuição importantíssima para entender o presente caso:

[...] E a função social, a seu turno, subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Ou seja, o respeito à disciplina contratual torna-se oponível a terceiros, ao mesmo tempo que os contratantes devem respeitar os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato" (Gustavo Tepedino, "Novos Princípios Contratuais", p. 242).

115. Não se pode generalizar, mas não é raro encontrar soluções jurídicas defendidas por Tribunais, doutrinadores e profissionais da área jurídica que chegam a determinadas conclusões, em casos que não envolvem forte desacordo moral, sem realçar os verdadeiros fundamentos que a Ciência do Direito construiu e que estão por trás do desfecho ou, ainda, tentar superar os argumentos antagônicos, um verdadeiro "é assim, porque é melhor assim". Não é este o caminho pretendido nesta manifestação.

116. Dessa maneira, é inconcebível afirmar-se que o dinheiro público não é dotado de função social, que não perfectibiliza relação jurídica com terceiros, em especial pelo que a Constituição da República dispõe ao tratar deste objeto, que faz parte dos bens da União, do seu erário, do seu orçamento. É neste contexto que fica demonstrada a não prevalência da soberania de vontades individuais, hodiernamente submetidas aos valores sociais em razão dos quais se *"funcionaliza o regime contratual"*.

117. Salienta-se que este ponto não é fundamento único e suficiente, ou seja, não pode ser compreendido em sua inteireza sem aglutinar tudo o que foi explicitado anteriormente, ou seja, vale como elemento de corroboração dos argumentos prévios. Em arremate, pelo menos quanto à contribuição da teoria geral dos contratos para entender a complexa controvérsia jurídica ora enfrentada, cita-se os seguintes ensinamentos, adotados na Europa (v.g. Itália) e em ritmo de consolidação paulatina no Brasil:

No sistema atual, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. De acordo com o preceito em análise, a função social é considerada um fim para cuja realização ou preservação se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes. Daí a dicção contida no parágrafo único do art. 2.035, CC, segundo a qual *"Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos"*. A rigor, por funcionalização designa-se um processo que atinge todos os fatos jurídicos (Pietro Perlingieri, Manuale, p. 60). Toda e qualquer relação jurídica vincula-se a valores sociais estabelecidos pelo ordenamento, que definirão os deveres impostos aos titulares de interesses jurídicos tanto nas situações jurídicas existenciais quanto nas patrimoniais, no

âmbito das quais se destaca a propriedade privada, cuja função social se encontra expressamente consagrada no texto constitucional (CF, arts. 5º, XXIII, e 170, III). **De acordo com a função que a situação jurídica desempenha, serão definidos os poderes atribuídos ao titular do direito subjetivo. Os legítimos interesses individuais do seu titular merecem tutela, na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual venham a ser igualmente tutelados.** Dito diversamente, **a proteção dos interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública contratual.** Neste sentido, **a funcionalização do direito subjetivo provoca a sua socialização, vinculando-se a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica, segundo a legalidade constitucional** (Pietro Perlingieri, Perfis do Direito Civil, p. 121, apud Gustavo Tepedino, 2012, p. 9/10).

118. **É incompreensível que intérpretes cheguem a defender a inexistência de qualquer relação jurídica da União com os entes políticos e terceiros que receberam verbas públicas federais. Mais que isso, ponderar a impossibilidade de a União (por seus órgãos competentes, como Controladoria-Geral da União e demais Pastas Ministeriais), obedecido o *substantive due process of law*, não poder aplicar as sanções aptas a impedir que terceiros, praticantes de irregularidades, sejam proporcionalmente responsabilizados perante a esfera federal por determinado lapso temporal. O apego a algumas literalidades e o desprezo ao resto do sistema jurídico e a determinados institutos, não estão em conformidade com o Direito Constitucional e infraconstitucional, muito menos com a sua principiologia e a própria Ciência do Direito.**

119. Nessa ótica exposta, ressuma, de forma clara e evidente, que se **está longe de haver qualquer interpretação ampliativa prejudicial a terceiros** que praticam condutas que ensejam sanções. Outra coisa bastante confundida pelos intérpretes é compreender com sinonímia a **dualidade existente entre interpretação restritiva e estrita.** No presente caso, **pelo que a Constituição determina e a legislação infraconstitucional possibilita, não há restrição indevida em face de terceiros, afirma-se o que está previsto na ordem jurídica.**

120. Para efeito de corroboração, embora esse argumento não seja imprescindível (mas detentor de força jurídica) colaciona-se a **teoria dos poderes implícitos**, sabidamente originária do direito americano (*leading case McCulloch v. Maryland*) e **adotada no Brasil mesmo em matéria de competência, na linha do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.**

121. Assim, a **previsão de determinadas competências tem por consequência a consagração do quanto necessário ao atingimento das finalidades previstas pelo ordenamento jurídico**, sem prejuízo das limitações constitucionais. Foi o que ocorreu com o papel do Ministério Público na ordem constitucional de 88. **É o que se vê, no mínimo, quanto ao dever de controle interno a que estão sujeitos o Ministério da Transparência e as demais Pastas Ministeriais, com fulcro no art. 74 da CF, que trata da fiscalização dos recursos públicos. Devem exercer suas competências e assegurar a responsabilização por condutas irregulares que envolvam valores federais, inclusive a continuidade e a reiteração na esfera administrativa.**

122. **O que não é possível é defender a existência de poderes implícitos *per se*, desvinculados das demais balizas jurídicas, com utilização exclusiva de discricionariedade, como ocorria no *Ancien Régime*. É oportuna a transcrição dos seguintes precedentes trazidos pela Consultoria Jurídica do Ministério da Transparência:**

Ementa: 1) Penal. Constitucional. A litispendência pressupõe a existência de duas ações pendentes idênticas, fenômeno inóceno, quando se está diante de uma ação penal e de um inquérito policial, procedimento investigativo que não se confunde com aquela. Inexistência de litispendência que também se constata em decorrência da ausência de identidade absoluta entre a peça de denúncia encartada nestes autos e aquela presente no Inquérito nº 3.273, consoante já decidido pelo juízo a quo. 2) Busca e apreensão válida, porquanto precedida de regular autorização judicial. Ausência de nulidade da referida medida cautelar em decorrência de a diligência ter contado com a participação de membros do Ministério Público e da Receita Estadual, na medida em que é da atribuição dos agentes da Receita Estadual colaborar com a Polícia Judiciária na elucidação de ilícitos tributários, o que os autoriza a acompanhar as diligências de busca e apreensão. 3) Ministério Público. Investigação criminal conduzida diretamente pelo Ministério Público. Legitimidade. Fundamento constitucional existente. 4) A investigação direta pelo Ministério Público possui alicerce constitucional e destina-se à tutela dos direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal porquanto assegura a plena independência na condução das diligências. 5) A **teoria dos poderes implícitos (implied powers)** acarreta a inequívoca conclusão de que o Ministério Público tem poderes para realizar diligências investigatórias e instrutórias na medida em que configuram atividades decorrentes da titularidade da ação penal. 6) O art. 129, inciso IX, da Constituição da República predica que o Ministério Público pode exercer outras funções que lhe forem conferidas desde que compatíveis

com sua finalidade, o que se revela como um dos alicerces para o desempenho da função de investigar. 7) O art. 144 da carta de 1988 não estabelece o monopólio da função investigativa à polícia e sua interpretação em conjunto com o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal legitima a atuação investigativa do parquet. 8) O direito do réu ao silêncio é regra jurídica que goza de presunção de conhecimento por todos, por isso que a ausência de advertência quanto a esta faculdade do réu não gera, por si só, uma nulidade processual a justificar a anulação de um processo penal, especialmente na hipótese destes autos em que há dez volumes e os depoimentos impugnados foram acompanhados por advogados. 9) O acervo probatório dos autos é harmônico no sentido de que não há provas de que o demandado concorreu para o cometimento dos delitos narrados na denúncia. In casu, a imputação de responsabilidade penal ao réu pelo fato de ter desempenhado a função de diretor em sociedade empresária investigada implicaria o indevido reconhecimento da responsabilidade penal objetiva vedada por nosso ordenamento jurídico. 10) É que a imputação de que o réu inseria nos documentos fiscais dados falsos sobre a natureza do carvão adquirido no afã de cometer delitos ambiental e fiscal restou afastada por toda a prova oral, a qual, além de exonerá-lo de culpa penal, destacou seu protagonismo como defensor do meio ambiente. 11) Deveras, ainda que assim não o fosse, os trechos degravados das conversas do imputado com representantes do Ministério Público anunciam um ambiente contraditório ao acolhimento da condenação, na medida em que o imputado recusara a assinatura de um TAC (termo de ajustamento de conduta) afirmando-se inocente perante o Ministério Público, que não infirmou essa assertiva. 12) A condenação, como destacado pela escola clássica penal, deve provir de fatos claros como a água e a luz, o que inoocorre no caso sub judice, recomendando a absolvição do acusado por falta de provas. 13) Agravos regimentais prejudicados. Pedido de condenação julgado improcedente, nos termos do que previsto no art. 386, V, do Código de Processo Penal (V □ não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal).

(STF - AP: 611 MG, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 30/09/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 09-12-2014 PUBLIC 10-12-2014)

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. LEI PROIBITIVA DE NEPOTISMO. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA LEGISLATIVA: INEXISTÊNCIA. NORMA COERENTE COM OS PRINCÍPIOS DO ART. 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. O Procurador-Geral do Estado dispõe de legitimidade para interpor recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça proferido em representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º, da Constituição da República) em defesa de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em simetria a mesma competência atribuída ao Advogado-Geral da União (art. 103, § 3º, da Constituição da República). **Teoria dos poderes implícitos.** 2. Não é privativa do Chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na Administração Pública: leis com esse conteúdo normativo dão concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade do art. 37, caput, da Constituição da República, que, ademais, têm aplicabilidade imediata, ou seja, independente de lei. Precedentes. Súmula Vinculante n. 13. 3. Recurso extraordinário provido.

(STF RE 570392, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)

123. De acordo com a premissas ora estabelecidas, desafia-se qualquer intérprete a demonstrar que as disposições da Constituição e das Leis nº 8.666/93, nº 10.683/03 e nº 12.846/13, no que diz respeito a essas sanções previstas normativamente, inviabilizam a sua aplicação pelo Ministério da Transparência (Controladoria-Geral da União). **O ordenamento jurídico tem sido muito claro ao direcionar apenas o sujeito passivo, os contratados da Administração Pública (art. 6º, XV), aqueles que não perdem esta condição em face da organização administrativa como um todo, tampouco diante da República Federativa. De outro lado, não dispõe sobre a exclusividade de aplicação por contratantes, concedentes, e outros, justamente porque o legislador sabe da existência das competências concorrentes e do dever de controle interno por parte de todos os órgãos que possuam relação jurídica material, ainda que exista um o outro com maior centralidade.**

124. O **constituente originário**, sabedor das lições consolidadas na teoria do direito constitucional e do direito administrativo, naquele momento constitucional, delineou as funções estatais com as características especiais de cada uma e foi extremamente feliz ao conferir **autotutela à Administração, desde que observados os ditames constitucionais e legais.**

125. **A União não pode depender do Poder Judiciário, do Poder Legislativo (e do auxiliar Tribunal de Contas da União), da atuação de Estados e Municípios receptores de verbas federais, para impedir, repita-se uma**

vez mais, que **terceiros**, praticantes de irregularidades, possam ser responsabilizados perante a esfera federal por determinado lapso temporal, respeitado o devido processo legal substantivo e assentada a existência de normas de competência concorrente e relação jurídica patente.

126. Aquele princípio permite à Administração Pública o controle de seus atos e a tomada de postura ativa na prevenção e repressão daquilo que o ordenamento repeliu, sem prejuízo da **tutela, fiscalização e supervisão** que realiza em face da Administração Indireta, bem como da própria autotutela que esta exerce.

127. **Fora ventilada e arguida nos autos a questão federativa**, especificamente se a União poderia aplicar as sanções ora estudadas em face das avenças entabuladas entre os demais entes políticos e terceiros, **convictos de que aquele ente não teria relação jurídica alguma com estes últimos. Conforme demonstrado, a União tem relação jurídica - forte e funcionalizada- ao transferir seus bens para a utilização dos entes e repassados a contratados ou conveniados.**

128. Há uma má percepção sobre o assunto, primeiramente porque a **suspensão e a declaração de inidoneidade, exemplificativamente, são direcionadas primordialmente aos terceiros, justamente para concretizar as funções preventivas e repressivas das sanções. Não se trata de interferir e prejudicar os entes políticos com estas sanções aplicáveis aos terceiros**, mas de resguardar a União e evitar, se necessário, reiterações de forma célere. **Questiona-se: Qual é o prejuízo do ente político ao fornecer os documentos ligados à gestão das verbas federais para punir quem atuou em contrariedade com o ordenamento jurídico? Por qual motivo os entes políticos teriam um escudo federativo extensível a terceiros, vez que estão submetidos aos mesmos preceitos constitucionais que orientam a União (v.g. art. 37, caput, da CF)?**

129. Ademais, não bastasse isso, a **Constituição Federal caracterizou um federalismo cooperativo, de integridade**, entre os entes políticos, os quais são, efetivamente, autônomos, mas nos termos constitucionais. Dessa forma, qual é o sentido dessa autonomia? Os arts. 1º, 18, *caput*, 34, "c" e "d", e 60, respondem, *in verbis*:

Art. 1º A **República Federativa** do Brasil, formada pela **união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal**, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

Art. 18. 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.**

Art. 34. A **União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:**

[...]

VII - **assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:**

- a) **forma republicana**, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) **autonomia municipal;**
- d) **prestação de contas da administração pública, direta e indireta.**

[...]

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º **Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:**

I - a **forma federativa** de Estado;

IV - os **direitos e garantias individuais.**

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

130. Repita-se, em outras palavras: **Nos termos do sistema (uno) constitucional (art. 18, caput, *in fine*)**, não se pode transformar autonomias federativas em soberanias federativas. A infinidade de dispositivos constantes da Constituição dão muito mais peso à prestação de contas - enquanto dever constitucional -, que deve ser lida mediante a concordância prática entre ela e a autonomia dos demais entes. **Nota-se que o Constituinte foi muito claro ao expor a noção de *accountability* em face de toda a Administração Pública (art. 34, VII, "d"), não de um segmento ou de outro.**

131. Além disso, *in casu* **os pressupostos de existência e manutenção do Estado Federal não são desrespeitados**, quais sejam: repartição constitucional de competências; b) participação das ordens jurídicas parciais (Estados-membros) na vontade criadora da ordem jurídica; c) auto-organização dos Estados-membros (poder constituinte

decorrente); d) princípio da indissociabilidade; e) rigidez constitucional; e f) existência de órgão responsável pelo controle de constitucionalidade e resolução dos conflitos de competências entre os entes. **Acréscase-se, não há falar em usurpação de competência privativa/exclusiva alguma, a União é proprietária dos bens sob análise, e não pratica atos tendentes a abolir ou prejudicar a federação e os entes políticos. O último ato sancionatório é destinado aos terceiros.**

132. Pelo raciocínio contrário, sequer seria possível o constituinte reformador prever que determinadas sanções concretizadas na órbita federal produzam efeitos sobre as demais ordens jurídicas parciais, pois seria inconstitucional, violador de cláusula pétrea, todavia não é assim que funciona, não é o caminho construído pelo constituinte (em suas duas facetas).

133. Para expurgar qualquer tentativa de usar a questão federativa como argumento, não se pode fazer vista grossa no que tange ao 23, I, da Norma Fundamental. **Escreva-se novamente: É da competência comum, concorrente, os seguintes deveres constitucionais:**

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;**

134. **Há como dizer que o patrimônio público federal lesado é da conta do Estado, ou Município, bem como dos terceiros que receberam numerários federais e praticaram irregularidades, mas não é competência da União?**

135. Não é necessário maiores comentários sobre a resposta. Infelizmente, a matéria tem sido tratada com superficialidade pelos órgãos jurisdicionais e administrativos quando não deveria ser, desde os primórdios em que os dispositivos sobre a matéria foram editados. **Frisa-se, por oportuno, que numa ótica de relação jurídica e reparação, os prejuízos poderão até mesmo ser incluídos em dívida ativa em caso de não pagamento. A atuação da União não transgredir ou conflita com a que a Constituição da República atribuiu aos Estados e Municípios.**

136. Não se olvida, ainda, a densidade atribuída às garantias individuais, tais como a do art. **art. 5º, LXXIII, mencionada anteriormente**, ao assegurar que ***"qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência"***.

137. **Tanto a Administração quanto o cidadão têm direito à abstenção da prática de qualquer ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade, probidade e à guarda e emprego dos dinheiros públicos. A omissão diante da prática desses atos enseja inclusive responsabilização cível, administrativa, disciplinar e penal, nos termos da Constituição. À guisa de exemplo, veja-se:**

Constituição Federal

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, **especialmente, contra:**

I - a **existência da União;**

[...]

V - a **probidade na administração;**

VI - a lei orçamentária;

VII - o **cumprimento das leis** e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Lei nº 1.079/50

Art. 2º Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o **Presidente da República ou Ministros de Estado**, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.

Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

I - A **existência da União:**

[...]

V - **A probidade na administração;**

[...]

VII - **A guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;**

[...]

Art. 11. São **crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos:**

[...]

5 - **negligenciar** a arrecadação das rendas impostos e taxas, bem como **a conservação do patrimônio nacional.**

138. Analisadas essas noções, **é importante fazer algumas considerações sobre as consequências e os aspectos práticos da compreensão contrária à possibilidade de a União aplicar as penalidades apreciadas em face daqueles que praticaram irregularidades. É que o consequencialismo tem se revelado importante elemento na atividade interpretativa.**

139. Sob as lentes constitucionais, o Direito Administrativo teve seus alicerces teóricos reformulados após a segunda guerra mundial. Nessa aspecto, a doutrina mais atual tem ressaltado duas vertentes transformadoras, **de um lado um giro democrático constitucional, de outro um giro pragmático.** A primeira espécie fora comentada no início da presente manifestação.

140. Sobre o giro pragmático, impende asseverar que está ligado à adoção, nas palavras do Prof. Gustavo Binenbojm, de *"estruturas, conceitos, procedimentos e decisões administrativas que sejam aptos a produzir os melhores resultados. Ao pragmatismo interessa, sobretudo, a diferença, em termos práticos, da decisão por uma ou outra proposição. Dá-se, assim, uma ruptura parcial com a Administração Pública burocrática, de matriz weberiana, com ênfase no antifundacionalismo, no contextualismo e no consequencialismo, que são as características que permitem a metodologia pragmatista"*. E prossegue:

O **antifundacionalismo** rejeita a existência de premissas teóricas estáticas, perpétuas, imutáveis, abstratas e atemporais. O **Contextualismo** consiste na postura de levar em conta a experiência prática - social, política, histórica, econômica e cultural -, ou seja, o contexto real em que o problema se insere, bem como a intersubjetividade que lhe confere sentido e valor. Finalmente, o **consequencialismo** importa conduzir sempre qualquer investigação ou avaliação por meio de alguma antecipação prognóstica de suas consequências futuras; essa antecipação é essencial para o saber pragmático, a fim de que possa avaliar qual a diferença que determinada decisão produzirá sobre a realidade.

141. Apreendida esse lição, é possível fazer uma ligação com a hermenêutica constitucional, sobretudo quanto ao consequencialismo, incorporado pela metodologia constitucional, embora nem sempre lembrado ou conhecido. A compreensão jurídica firmada nesta manifestação, afora não violar a Constituição da República e o microsistema legislativo licitatório, é a que produz os melhores resultados práticos e observa os princípios constitucionais e administrativos. Sobre a avaliação das consequências no âmbito da interpretação, impende deixar registrado os percucientes ensinamentos do Prof. Dr. Daniel Sarmiento:

Um dos principais elementos incorporados pela metodologia constitucional contemporânea é a avaliação das consequências práticas das decisões. Trata-se de um dos elementos centrais do chamado pragmatismo. A interpretação deve envolver a avaliação das necessidades humanas e sociais. O Direito é entendido não como um fim em si mesmo, mas como um meio para a realização daquelas necessidades; deve, portanto, se adequar a elas.

(...)

Argumentos consequencialistas prevaleceram no STF, por exemplo, quando do julgamento da inconstitucionalidade da Lei nº 8.024/90 (originada da Medida Provisória 168/90), a qual promoveu a retenção de valores depositados em caderneta de poupança, que foi a principal medida do "Plano Collor".

(...)

O Ministro Sanches, portanto, deixou de conceder a cautelar por conta das consequências concretas de sua decisão. Depois disso, a ação ficou aguardando julgamento e, quando veio finalmente a ser julgada, em 26.8.1992, já perdera seu objeto, dado que os valores retidos já haviam sido restituídos.

(...)

Outro exemplo de uso do argumento consequencialista deu-se recentemente, quando o STF, depois de proclamar a inconstitucionalidade da lei de conversão da medida provisória que criara o Instituto Chico Mendes, por não ter observado o processo legislativo imposto pela Constituição, voltou atrás na decisão.

(...)

Uma das principais objeções ao consequencialismo é a de que tende a assumir um caráter utilitarista, e o utilitarismo pode levar à relativização da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade humana em favor da realização de metas coletivas. (...)

Contudo, é possível adotar-se um consequencialismo não utilitarista. (...) Ocorre que também é possível avaliar as consequências de uma decisão com base em outros parâmetros que não os preconizados pelo utilitarismo, como, por exemplo, a sua aptidão para promover, de fato, os direitos fundamentais, a democracia e os valores republicanos.

(....)

Ademais, é possível levar em consideração as consequências práticas de uma decisão interpretativa, sem aderir ao pragmatismo jurídico. O exame das consequências pode ser concebido como um, dentre outros elementos a serem considerados na interpretação, e não como o elemento necessariamente preponderante para a definição da resposta correta em cada caso. Pode-se, ademais, abrir espaço para a consideração das consequências de cada escolha interpretativa, mas apenas no marco das possibilidades franqueadas pelo texto e pelo sistema constitucional como um todo. Essa linha consequencialista moderada e não utilitarista é preferível às opções extremas: (...). (...) Aliás, sob a égide de Constituição dirigente, que se propõe a atingir determinados fins, seria profundamente contraditório que se negasse ao intérprete a possibilidade de considerar os efeitos que as suas decisões tendem a produzir, no sentido da efetiva realização daqueles fins. Intérpretes constitucionais responsáveis não podem ignorar os efeitos das suas decisões.

142. Nessas pegadas, **a visão de que a União não poderia aplicar as penalidades - exclusivamente administrativas, não cíveis ou penais - está em total descompasso com a referida metodologia, em especial o elemento consequencialista.** A razão é que os órgãos têm percebido na prática a ausência de estrutura dos demais entes políticos para realizar o trabalho punitivo, a relação de proximidade entre a esfera privada e a pública, na qual aquela acaba por cooptar e estabelecer conluios entre os detentores do poder político e as beneficiárias e interessadas nos recursos federais.

143. À luz do consequencialismo, aquele sentido e alcance atribuídos inutilizam os dispositivos e obstaculizam a incidência dos efeitos normativos, pois na maioria das vezes os entes políticos têm sido coniventes e omissos em face das irregularidades. Até que o Poder Judiciário ou o Tribunal de Contas atuem, os terceiros têm conseguido, mesmo após cometer irregularidades, firmar novos instrumentos, inclusive com a Administração Pública Federal, prejudicada pelas condutas antijurídicas.

144. **Portanto, além de todos os outros argumentos supramencionados, essa visão, com todo o respeito, equivocada, não passa sequer pelo crivo da consequencialidade, seja em virtude do giro pragmático-administrativo, seja em decorrência da metodologia constitucional que incorporou o elemento da consequencialidade à atividade interpretativa.**

145. Outro dado importante, fornecido pelo Ministério da Transparência, é a existência de situações em que, à míngua de condições materiais, e em presença de situações complexas e relevantes, **os próprios entes federados têm solicitado à Pasta Ministerial a instauração de processos apuratórios e punitivos.** Isso decorre inclusive das forças políticas muitas vezes envolvidas, consoante tem demonstrado diuturnamente o cenário brasileiro.

146. Imagina-se um fato em que a própria União revele morosidade e ausência de interesse para realizar as punições previstas legalmente, bem como que a mesma falta de atuação tenha sido cometida pelo ente político que recebeu as verbas federais e, posteriormente, as repassou. Nessa situação, fica mais clara e evidente a inviabilidade de competências exclusivas, não concorrentes, na matéria. Seria e é de suma importância ao controle social (v.g. ação popular), a atuação do Ministério Público Federal/Estadual, ou ainda a do Tribunal de Contas da União, de forma disjuntiva. **Repisa-se, a própria Constituição determinou a competência comum ao tratar de conservação do patrimônio público.**

147. **Equivocam-se intérpretes e Ministros de Tribunais Superiores ao falarem em retrabalho por determinados órgãos e entidades, repetição de competências, entre outros argumentos semelhantes.** Nesse assunto, principalmente no estágio atual, no qual vige o compartilhamento de provas e informações e aproveitamento para as fases processuais, e considerada inclusive a melhor posição frente aos fatos em cada caso concreto, não procedem os referidos argumentos. O Constituinte originário buscou justamente a cooperação e não deixar brechas, decorrentes de ausência de órgão competente, para efetivamente debelar a impunidade.

148. Para corroborar as afirmações sobre a morosidade ou ausência de interesse quanto ao exercício do poder punitivo, cumpre relembrar, para não deixar margens, o que ocorria reiteradamente em determinadas assembleias estaduais, que eram instadas a autorizar a responsabilização de governadores **na esfera penal**, o que é ainda mais grave que a esfera administrativa. No ponto, o Supremo Tribunal Federal exigia esse tipo de autorização como requisito, mas passou a perceber que inutilizou a responsabilização adequada dos investigados.

149. A controvérsia jurídica analisada nestes autos, cuja compreensão e interpretação constitucionalmente adequada é agora exposta, está solucionada desde 1988, com a promulgação da Constituição e, de igual forma, desde 1993, com a Lei de Licitações. Ainda que a comunidade jurídica e os Tribunais tivessem assentado - o que não ocorreu - a interpretação contrária aos argumentos ora alinhavados, nada impediria uma mutação constitucional hodiernamente (embora entenda-se que não há necessidade de mudar entendimentos, mas de solidificar o resposta adequada).

150. **No bojo desse contexto, é oportuno cravar que, sem sombra de dúvidas, eventual apreciação do tema pelo Supremo Tribunal Federal firmaria o entendimento de que a autonomia de entes políticos e o princípio federativo, quando se está em rota de colisão ou linha de tensão com os princípios que regem a República, prevalece o entendimento no sentido destes. E se tivesse que alterar a sua jurisprudência, assim o faria, sob a batuta da mutação constitucional e da superação de entendimentos anteriormente consolidados, obedecidos os requisitos da: a) mudança na percepção do direito; b) modificações na realidade fática; e c) a existência de consequências práticas negativas de determinadas linhas de entendimento (v.g. STF. Plenário-ADI 5540/MG, Rel. Min. Edson Fachin, j. 3/5/2017; STF. Plenário. ADI 4764/AC, ADI 4797/MT e ADI 4798/PI, Rel. Min. Celso de Mello, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, j. em 4/5/2017).**

151. Por essas razões, **não estão de acordo com ordenamento jurídico (constitucional e infraconstitucional) as alegações de que as sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 só podem ser aplicadas por contratantes.** O texto legal, destrinchado linhas acima, **não estabeleceu sujeito ativo, muito menos exclusivo, pois sabia que contrariaria outras disposições constitucionais e legais.**

152. As punições ali estabelecidas **são sanções administrativas**, apenas informalmente conhecidas por **"sanções contratuais**, ou seja, **não têm pretensão de ficar circunscritas à relação jurídica simples entre contratado versus contratada, concedente x convenente, vez que as relações jurídicas, alhures estudadas, são dinâmicas e complexas, não estáticas e individualizadas.** Com efeito, **têm por objetivo evitar relações futuras com a União (ou outros entes políticos), não apenas punir/reprimir a relação jurídica inquinada de vícios e irregularidades.**

153. **À obviedade, as premissas e conclusões aqui referenciadas não se aplicam às hipóteses em que o recurso público federal tenha sido incorporado ao patrimônio dos demais entes.** Sobre o tema, o Enunciado nº 208 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da competência da Justiça Federal, interpretada a contrario sensu por diversos precedentes posteriores. Se o recurso foi absorvido, a competência seria da Justiça Estadual.

ENUNCIADO Nº 208 DA SÚMULA DO STJ

COMPETE A JUSTIÇA FEDERAL PROCESSAR E JULGAR PREFEITO MUNICIPAL POR DESVIO DE VERBA SUJEITA A PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE ORGÃO FEDERAL.

154. **Outro argumento que merece ser refutado** é que as previsões contidas na Lei nº 10.683/03, ao estabelecerem competências da Controladoria-Geral da União, **trouxeram apenas divisão de competências na esfera federal** e, portanto, não serveriam para a transferência - de um ente federativo a outro - de atribuições para a aplicação de penalidades previstas na Lei nº 8.666/93. **Da mesma forma**, o entendimento de que as disposições da Lei nº 12.846/13 e da Lei nº 8.443/92 são **regimes próprios e "incomunicáveis, salvo disposição legal em contrário"**.

155. Por tudo o quanto exposto nos parágrafos anteriores, sobre o que diz a Constituição, competências, relações jurídicas, teorias constitucional e administrativa, o primeiro argumento definitivamente não procede. Qualquer lei federal elencará, primordialmente, competências na esfera federal, as quais incidirão sobre relações jurídicas materiais das mais diversas. Em outras palavras, sempre terá que existir um órgão, unidade administrativa ou entidade federal para atuar sobre determinada matéria, o que por si só não soluciona a controvérsia jurídica sob exame. **A problemática está muito além disso.**

156. Quanto à afirmação de que as Leis nº 10.683/03, 8.666/93, 12.846/13 e outras normas administrativas sancionatórias trazem regimes próprios e incomunicáveis, salvo disposição legal em contrário, está longe de ter guarida no ordenamento jurídico brasileiro e na remansosa jurisprudência pátria. Não é fácil romper com concepções e paradigmas enraizados, mas a evolução tem conseguido superá-los.

157. **O Brasil adota o diálogo das fontes ou das forças (dialogue de sources), cunhada pelo Prof. alemão Erik Jayme, com o objetivo de compatibilizar as regras e princípios existentes, não só entre sistemas jurídicos, mas entre microsistemas inseridos em determinada seara. Desse modo, a unidade do ordenamento atrai a interpretação sistêmica e diálogo entre determinadas fontes normativas.** A teoria tem sido encarada como de alta relevância quando se trata de solucionar processos e colmatar lacunas de modo eficaz.

158. **Qualquer microsistema tem uma finalidade em evidência. O mesmo ocorre com o sancionatório, em que o desiderato é punir, de modo adequado, efetivo, justo e célere quem comete irregularidades ou ilícitos e viola bens jurídicos garantidos constitucionalmente. A Lei de Licitações assumiu protagonismo ao tratar de vários aspectos, às vezes de forma genérica e multidisciplinar, cujas ferramentas servem àquela finalidade. Com isso, trouxe normas administrativas, penais e jurisdicionais, que são de interesse de toda a sociedade, de ordem pública, com cogência e inderrogabilidade por vontade de qualquer parte de qualquer relação jurídica. Há 200 (duzentos) anos atrás já era assim na França.**

159. **É intransponível a existência de relação não só entre as normas que compõem o microsistema sancionatório e, mais que isso, com outros ramos do direito (v.g. Constitucional). Dito de outra forma, o atingimento dos seus objetivos passa pela abertura, coordenação e comunicação com o previsto na Constituição e demais tratados internacionais, leis e normas administrativas.**

160. **Passou o tempo em que a visão e a relação entre as normas ocorria sob a ótica da anterioridade, da especialidade e da hierarquia. A referida teoria, adotada no sistema brasileiro, veio com uma missão, importantíssima para compreender a controvérsia jurídica analisada nestes autos. Nessa diretriz, busca alcançar a eficiência funcional do sistema (aberto, plural, complexo) e evitar ou solucionar as lacunas, antinomias, incompatibilidades e incoerências.**

161. **O diálogo das fontes está presente não só no direito privado como no direito público (divisão apenas didática e científica), assim como ocorre com a boa-fé objetiva. Sobre a teoria, é imperioso dar destaque à existência de três tipos: a) Pela aplicação simultânea das duas leis (diálogo sistemático de coerência); b) Pela aplicação coordenada das duas leis (diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais); c) Pelo diálogo das influências recíprocas (diálogo de coordenação e adaptação sistemática). Nada melhor que trazer os ensinamentos da Prof. Cláudia Lima Marques para esclarecê-los:**

1. **Pela aplicação simultânea das duas leis (diálogo sistemático de coerência): uma lei pode servir de base conceitual para a outra, especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma lei é a central do sistema e a outra um microsistema específico (não completo materialmente). Assim, por exemplo, se os conceitos [...] não estiverem definidos no microsistema [...] terão sua definição atualizada pela entrada em vigor do novo [...]. Isso faz sentido, porque quando o microsistema é criado, somente se preocupa em conceituar e estipular institutos que são específicos para tutelar o objeto a que tal lei destina. Dessa forma, [...] tais definições não se encontravam no sistema. Outros institutos e conceitos (que não são específicos do microsistema e que são encontrados no sistema [...]) podem ser perfeitamente aplicados, ocorrendo aplicação simultânea das duas fontes.**

2. **Pela aplicação coordenada das duas leis (diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais): uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto, a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário, ou subsidiariamente. A própria subsidiariedade é um diálogo, um diálogo de complementaridade, pois até para saber qual das leis deve ser aplicada, já aplicamos conjuntamente as duas leis, a descobrir qual deverá ter aplicação subsidiária. Primeiro esgota-se a aplicação de uma lei, depois, no que couber, aplica-se conjuntamente (e subsidiariamente) a outra. [...]**

3. **Pelo diálogo das influências recíprocas (diálogo de coordenação e adaptação sistemática): como no caso de possível redefinição do campo de aplicação da lei. [...] É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, em um diálogo de duplo sentido. [...]**

162. **Nessa toada, as Leis nº 10.683/03, 8.666/93, 12.846/13 servem de base conceitual entre si no que tange às normas administrativas sancionatórias, não se podendo falar em regimes próprios e incomunicáveis. As três facetas estão presentes na relação existente entre esses diplomas legislativos: a) aplicação simultânea das duas leis (diálogo sistemático de coerência); b) aplicação coordenada das duas leis (diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais); e c) diálogo das influências recíprocas (diálogo de coordenação e adaptação sistemática).**

163. **A Lei nº 8.666/93 assumiu posição central, por seus dispositivos configurarem, por expressa disposição constitucional, normas gerais, tanto que utilizou a técnica de remissão conceitual a enunciados destacados no início da norma. Não há como impedir a comunicação com produtos legislativos anteriores ou posteriores, para fins de sistematicidade, complementaridade, subsidiariedade e coerência.**

164. A Lei nº 12.846/13 apenas trouxe normas mais específicas sobre a responsabilização **administrativa** e civil de **pessoas jurídicas** pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, além de outras providências, o que em nada destoia da finalidade das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/93. Pelo contrário, foi um passo adiante no âmbito do microsistema sancionatório a respeito da proteção do patrimônio nacional constitucionalmente protegido.

165. Isso independe da matéria tratada, sanções que não têm natureza penal ou não, civil ou não, administrativa ou não e, igualmente, se as normas sob análises advieram posteriormente ou se preexistiam. Alguém contesta que normas sobre prescrição atingem, extinguem ou suprimem direitos? Que a maioria adota a regra (vetusta, diga-se de passagem) hermenêutica de interpretá-las de forma restritiva? Resposta: Não. Entretanto, qual é a leitura feita pela doutrina e os Tribunais hodiernamente? Que o tema deve ser compreendido à luz do CDC e do Código Civil e, aqui sim, salvo expressa disposição legal.

166. Se a Lei nº 8.666/93 diz que sanções a **contratados** podem ser aplicadas pela "Administração", palavra repetida milhares de vezes naquelas normas gerais, e que corresponde a órgãos, unidades administrativas e entidades, é totalmente descabido dizer que isso corresponde a apenas **contratantes**. É tão indeterminado, que quaisquer delas, repita-se, (com redundância) órgãos, unidades administrativas e entidades poderiam aplicá-las. A resposta sobre a competência só pode ser dada à luz da Constituição e das demais normas, em especial, para o presente caso, as Leis nº 10.683/03 e 12.846/13, que atuam em via de mão dupla com a Lei nº 8.666/93.

167. A Ciência do Direito é complexa e conhecer o sistema para encontrar respostas adequadas é tarefa árdua, justamente por demandar uma visão do todo. Diga-se, de outra forma, que não é mais tida como "explícita" como acontecia antigamente, na época dos sistemas mais fechados, que os juízes só poderiam pronunciar as letras da lei ou, ainda, da vigência do axioma *in claris cessat interpretatio*.

168. **Imagina-se o que aconteceria se a Constituição ou um diploma legislativo, ao utilizar as expressões "todas" ou "todas", fosse interpretada em seus exatos termos, sem levar em consideração o ordenamento jurídico como um todo.** Isso aconteceu com o art. 62, § 6º da CF/88, ao dispor que "se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando".

169. **Embora o dispositivo estatua "todas as demais deliberações", o Supremo Tribunal afastou qualquer exegese literal e, acertadamente, cravou: ficam paralisadas tão-somente as votações de projetos de leis ordinárias que versem sobre temas que possam ser tratados por medida provisória** (STF, Plenário, MS 27931/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/6/2017).

170. A ligação entre essas normas é tão grande, que é possível comprovar, em raciocínio sistemático, os sutis diálogos existentes entre elas. **Foi exatamente a Lei 12.846/13 que trouxe, pasme, a versão do Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, que reunirão e darão publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei, especialmente o art. 23. Para não esquecer, embora não seja o foco da transcrição, novamente o legislador utiliza a corriqueira expressão (que nada diz): "órgãos ou entidades"**

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Fica **criado no âmbito do Poder Executivo federal** o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que **reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo** com base nesta Lei.

§ 1º Os **órgãos e entidades** referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.

§ 2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas:

I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

II - tipo de sanção; e

III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

§ 3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

§ 4º Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3º, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento.

§ 5º Os **registros** das sanções e acordos de leniência **serão excluídos depois de decorrido o prazo** previamente estabelecido no ato sancionador **ou** do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, **mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.**

Art. 23. Os **órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.**

171. Nesse mister, imbuído desse mesmo espírito, o legislador previu a **cumulatividade das sanções** previstas na Lei nº 8.666/93, 12.462/11 (RDC), 12.846/13 e ainda a Lei nº 8.429/92, a confirmar que se trata de um microsistema administrativo-sancionatório:

Art. 30. **A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:**

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, **ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.**

172. Ao que tudo indica, os intérpretes não se questionam também o porquê de a Lei Anticorrupção ter previsto apenas duas sanções para a responsabilização na esfera administrativa, elemento que não pode ser desconsiderado, embora seja quase invisível.

Art. 6º **Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas** consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - **multa**, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - **publicação extraordinária da decisão condenatória.**

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

173. O legislador indicou apenas dois tipos de sanção - multa e publicação extraordinária da decisão condenatória - por uma razão singela: tanto a suspensão temporária quanto a declaração de inidoneidade já estavam previstas na Lei nº 8.666/93, sendo totalmente desnecessário repeti-las nesse diploma legislativo. Assim, passou a regulamentar duramente a multa e a possibilitar a publicação da decisão condenatória, mecanismo muito utilizado na esfera internacional.

174. Como se não bastasse, aquele que exerce a função legiferante, ao perceber o quanto previsto no sistema constitucional e o predeterminado nos demais diplomas (Leis nº 10.683/03, 8.666/93, nº 8.429/93, 12.462/11, entre outras) que compõem o microsistema sancionatório-administrativo, diz quem pode aplicar as sanções dessa estirpe, ou seja, administrativas.

CAPÍTULO IV

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

Art. 8º **A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.**

§ 1º A **competência** para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica **poderá ser delegada, vedada a subdelegação.**

§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, **a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar** processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas **ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei**, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

Art. 9º **Competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira**, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto no 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Art. 10. O **processo administrativo** para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica **será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.**

§ 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, **podará requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.**

§ 2º A comissão **podará, cautelamente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo** objeto da investigação.

§ 3º A **comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.**

§ 4º O prazo previsto no § 3º **podará ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.**

Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica **prazo de 30 (trinta) dias para defesa**, contados a partir da intimação.

Art. 12. O processo administrativo, com o **relatório da comissão**, **será remetido à autoridade instauradora**, na forma do art. 10, para julgamento.

Art. 13. A **instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.**

Parágrafo único. Concluído o processo e **não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.**

[...]

Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, **após a conclusão** do procedimento administrativo, **dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.**

175. Não são poucas as vezes em que firmadas compreensões em favor de prejudicados, quando invocam por si só e como regra, **sem fundamentos jurídicos plausíveis, ou que vão de encontro à finalidade dos dispositivos, a incidência de interpretação restritiva**, algo quase que sagrado, típico de paradigmas vigentes em regimes anteriores. Essa atitude corriqueira já tem sido afastada até mesmo no Direito Penal, que funciona como *ultima ratio*. Esse tipo de interpretação é cabível quando não está em descompasso com a finalidade dos dispositivos e com os demais sistemas (v.g. constitucional) que gravitam ao seu redor. Relembra-se aqui a posição do constitucionalista israelense Aaron Barak sobre a interpretação finalística ser a mais importante de todas.

176. Imagina-se a situação em que esta Lei nº 12.846/13, por não prever o prazo de prorrogação (art. 10, § 4º), pudesse afirmar que a prorrogação poderia ocorrer apenas uma vez, em homenagem à interpretação restritiva e, claro, à inviabilização da aplicabilidade do dispositivo de sanção dos infratores. Não é o que prevalece sequer com relação à fortemente invasiva "Lei de Interceptação Telefônica".

177. **No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, há garantias, mas não a ponto de paralisar e retirar a eficácia da atividade administrativa**, de modo que há grandes diferenças entre este ramo e o Direito Penal. **Não é todo particular que recebe recursos federais, o que o coloca em situação distinta dos demais administrados.**

É nesse passo que é possível vislumbrar, **enquanto argumento adicional, a existência de algo que até ultrapassa as regulares e multifacetárias relações jurídicas entre Administração e administrados.**

178. Assim, **há relação de especial sujeição em face daqueles que recebem valores federais,** fundamento conhecido no Brasil, embora mais difundido na Europa. Assim, já ensinava o Prof. Rubbio Lloriente, ao assinalar:

"la actividade sancionadora de la Administración tiene un sentido radicalmente distinto, por tener un distinto fundamento, cuando se ejerce sobre los administrados en general que cuando tiene por objeto, exclusivamente, la conducta de quienes, por mantener con la Administración una relación jurídica en el sentido propio, estatutaria o contractual, han contraído obligaciones o asumido deberes específicos frente a la Administración. La distinción se recubre en parte, pero sólo en parte, con la anterior" (apud. OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 2015, p. 69).

179. Não se pode chegar a matérias de Direito Administrativo Sancionador e simplesmente aplicar tudo quanto é restritivo oriundo do Direito Penal e com base em paradigmas clássicos, antigos, que mereceram releitura ao longo do tempo e muitas vezes superados. Os efeitos decorrentes da constatação da existência de relação de especial sujeito alcançam a análise do próprio alcance das normas proibitivas estudadas, tais como a competência, conduta, danos, entre outros requisitos. A doutrina está atenta a isso, a propósito cita-se a seguinte passagem:

Essas distinções entre os ilícitos administrativos praticados por particulares e por funcionários públicos ou pessoas conectadas a especiais relações de sujeição com o Estado ou corporações de Direito Público operam importantes e fundamentais efeitos, seja no alcance das normas proibitivas, seja no significado das exigências relacionadas a elementos anímicos ou pressupostos de responsabilidade. (OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 2015, p. 69).

180. Quando as pessoas aceitam fazer parte de relações especiais de sujeição, ao invés de ter imunidade a restrições, passam a sofrê-las com maior intensidade em sua esfera de liberdade, observados os direitos constitucionais, principalmente quando aceitam, consensualmente, fazer parte dessa posição, o que ocorre quando recebem recursos federais para aplicar. No Direito Constitucional, o Prof. Konrad Hesse, já alertava, exemplificativamente:

Esse conceito, ainda hoje quase sem exceção empregado, indica sintética (e niveladoramente) aquelas relações que fundamentam uma relação mais estreita do particular com o Estado e deixam nascer deveres especiais, que ultrapassam os direitos e deveres gerais do cidadão, em parte, também direitos especiais, portanto, por exemplo, as relações do funcionário, do soldado, do aluno de uma escola pública – mas também aquela do preso. Relações especiais desta índole podem ser fundamentadas, ou por adesão voluntária (por exemplo, a relação de funcionário), ou por requerimento com base em uma lei (por exemplo, a relação do aluno de escola primária sobre a base de sua obrigação escolar).

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 259.

181. **Sequer a previsibilidade, essencial à segurança jurídica, ao Estado de Direito, às garantias constitucionais em face das punições, é afrontada no presente caso. Os que praticam irregularidades licitatórias sempre souberam que estariam sujeitos a impedimentos aplicados pelo Estado, mas têm tentado, com base em dogmas, inutilizar as normas e microssistemas criados pelo legislador, e muitas vezes com sucesso se analisada a morosidade do Judiciário, a inércia de outros prejudicados ou interessados em buscar a tutela de seus direitos, colusão entre beneficiários, entre outros fatos.**

182. Não faz sentido algum afirmar que o particular é surpreendido nesses casos, sendo necessário pacificar, para contribuir ainda mais em prol da sobredita previsibilidade, os assuntos que gravitam em torno das competências e dos efeitos de determinadas normas administrativas que impactam terceiros. Com isso, não há homenagens às concepções antigas acerca dessas relações especiais de sujeição, que tinham por objetivo apenas afastar direitos e garantias fundamentais, mas sim à concordância prática. Nas palavras do Prof. Konrad Hesse:

As relações de status especiais e as ordens, nas quais elas ganham configuração jurídica, muitas vezes, não poderiam cumprir suas tarefas na vida coletivamente, se o status geral, jurídico-constitucional, fundamentado pelos direitos fundamentais, do particular, também permanecesse conservado completamente no status especial.

(...)

Onde a Constituição, por isso, inclui relações de status especiais em sua ordem, trata-se, para ela, não só das condições de vida garantidas jurídico-fundamentalmente, mas também das condições de vida daquelas ordens especiais, porque o todo de sua ordem assenta sobre a existência e a vida de ambas. Ela põe, com isso, do mesmo modo como nas limitações dos direitos fundamentais no status cívico geral, a tarefa da concordância prática: nem devem os direitos fundamentais ser sacrificados às relações de status especiais, nem devem as garantias jurídico-fundamentais tornar impossível a função daquelas relações.

HESSE, Konrad. Ob. cit. p, 261-262.

183. Portanto, é imperioso ter essas compreensões em mente ao enfrentar assuntos deste quilate:

Importante **pontuar distinções relevantes entre a legalidade penal e a legalidade que norteia o Direito Administrativo Sancionador, para evitar confusões.** Tais diferenças se projetam em variados momentos e de formas distintas, mas repercutem, no fundo, uma **ideologia mais rígida na seara penal e um conjunto de valores mais flexíveis na esfera do Direito Administrativo, que se ocupa tradicionalmente de problemas relacionados à vigência dos interesses gerais da coletividade.** [...]

[...]

Não se desconhece que a legalidade da atividade sancionadora que se fundamenta no Direito Administrativo possui uma certa flexibilidade. Isso decorre da ausência de algumas "amarras" que normalmente escravizam as normas penais. **É uma consequência, inclusive, da maior elasticidade competencial do estado nesse terreno, embora seja, sobretudo, fruto de toda uma carga histórica comprometida com normas sancionadoras garantistas de direitos individuais**

[...]

Realmente, mesmo com a construção e o desenvolvimento de um Direito Administrativo Sancionador que se torna autônomo em relação ao poder de polícia administrativo, **um ponto que distingue sanções penais e administrativas - em matéria de reserva de lei, competências sancionadoras e alcance da legalidade - é a maior amplitude das sanções administrativas em termos de alcance material, com o que a legalidade opera funções distintas.** Com efeito, os tipos do Direito Administrativo Sancionador são, em regra, **mais elásticos que os tipos penais, dada a utilização da dinâmica própria do terreno administrativo e a permanente inspiração dos interesses públicos e gerais a orientar feitura e aplicação das normas.** As Leis administrativas mudam com grande rapidez, tendem a proteger bens jurídicos mais expostos à velocidade dos acontecimentos e transformações sociais, econômicas, culturais, de modo que o Direito Administrativo Sancionador acompanha essa realidade e é, por natureza, mais dinâmico do que o Direito Penal, cuja estabilidade normativa já resulta da própria estrita competência da União Federal" [...]

Nesse passo, **a legalidade das infrações e das sanções é composta, no mais das vezes, por conceitos ou termos jurídicos altamente indeterminados, cláusulas gerais, princípios e descrição de valores superiores que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa ou judicial.** [...]

Também é certo que **a legalidade das infrações e sanções administrativas não pode ser equiparada, sem cautelas, à legalidade penal, como tampouco ocorre em outros sistemas, tais como o espanhol, em que os princípios penais são aplicados com reservas e diferenças no Direito Administrativo Sancionador, consoante a reiterada jurisprudência dos Tribunais Supremo e Constitucional.**

(OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador, 2015, p. 225/232).

184. O poder de polícia contribuiu acentuadamente para o Direito Administrativo, embora passe por reformulações na mesma velocidade que outros institutos administrativos. Em alguns momentos históricos, é inegável que fora utilizado como arbitrariedade, mas é irrecusável que, quando bem utilizado, à luz da Constituição, com proporcionalidade, serve à harmonia social dos próprios administrativos. O legislador, em determinados assuntos, paulatinamente, tem buscado regulamentar algumas situações que já estavam abarcadas por essa atuação do Estado, para fins de conferir maiores balizas à discricionariedade. Todavia, isso não afasta suas competências essenciais e inerentes a esse arranjo institucional.

185. **Quaisquer entes, entidades ou órgãos, que preencham requisitos ligados à existência de relação jurídica ensejadora de sua atuação, podem instaurar procedimentos administrativos para assentar, garantido o devido processo legal substancial, que não entabularão avenças com quem pratica irregularidades, desde que não viole a Constituição da República. Isso é coisa básica, ligada à própria existência do Estado e sua finalidade. O que o legislador tem tentado fazer é regram certos aspectos, tais como valores máximos e mínimos, prazos, efeitos etc. É descabido dizer que não possuem essa atribuição. Essa atuação até independe de "uma" previsão legal, desde que emane do ordenamento jurídico (juridicidade).**

186. No Brasil, desde 29 de janeiro de 1999 que a Lei nº 9.784 estabeleceu normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, cuja essência enfatiza a proteção dos direitos dos administrados e a busca pelo melhor cumprimento dos fins da Administração. Em regra, a Administração deve agir de ofício, sem precisar esperar provocação ou a atuação de outros poderes, sendo possível, frisa-se, medidas acauteladoras em casos de risco para a Administração ou terceiros:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, **visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.**

§ 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

[...]

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da **legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.**

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - **atuação conforme a lei e o Direito;**

II - **atendimento a fins de interesse geral**, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - **objetividade no atendimento do interesse público**, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

[...]

XII - **impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;**

XIII - **interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige**, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Art. 5º O **processo administrativo pode iniciar-se de ofício** ou a pedido de interessado.

Art. 45. Em caso de **risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras** sem a prévia manifestação do interessado.

187. Quando combinado o processo administrativo com o poder de polícia, o exposto no parágrafo 154 fica mais cristalino, diante do **microsistema administrativo-sancionatório**:

Art. 78. Considera-se poder de polícia **atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente** à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e **aos direitos individuais ou coletivos.**

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia **quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.**

188. Analisado o diálogo entre essas fontes, a cumulatividade de sanções, as espécies e o processo de responsabilização, neste caso principalmente a competência, remanesce uma questão, merecedora de observação. O legislador, ao prever essas punições de pessoas jurídicas na esfera administrativa, quais sejam a multa e a publicação de decisões condenatórias, elegeu um sistema de competência concorrente, na esteira dos deveres constitucionais impostos a

ele. A atribuição foi incumbida aos principais órgãos do Poder Executivo Federal que compõem e podem realizar o sistema de controle interno, a Controladoria-Geral da União e autoridades máximas de órgãos e entidades.

189. Há que se reservar mais um parágrafo ao ponto, para que fique claro, pois também não tem sido notado. O Congresso Nacional, para simples (se comparada com outras) sanção de multa ou de publicação de decisão condenatória, previu um forte esquema organizatório-funcional de apuração concorrente. Não é crível crer, se constada a existência de algum tipo de relação jurídica entre a União e aqueles que receberam recursos federais, que a Controladoria-Geral da União ou as autoridades máximas de órgãos e entidades não possam aplicar as sanções de suspensão temporária ou de declaração de inidoneidade, muito mais graves que aquelas, por ausência de competência. Não há outros órgãos na esfera administrativa, a quem poderiam ser previstas essas funções fiscalizatórias e sancionatórias.

190. Partindo do pressuposto de que há relação jurídica da União com os recursos federais transferidos, para atingir a política pública almejada, é inconcebível defender, por exemplo, que a Lei de Licitações utilizou apenas a expressão "Administração", presente em praticamente todos os diplomas que edita em matéria de Direito Administrativo ou uma suposta independência entre regimes administrativos sancionatórios, regidos por interpretação restritiva (além de outros argumentos expostos anteriormente), para fins de dizer que a Controladoria-Geral da União (Lei nº 10.683/03) ou as autoridades máximas de órgãos e entidades não poderiam aplicar as sanções estabelecidas na Lei nº 8.666/93.

191. A Controladoria-Geral da União e as autoridades máximas de órgãos e entidades, ao aplicarem as sanções estatuídas na Lei nº 8.666/93, devem observar o procedimento previsto - pelo poder constituinte reformador - nos arts. 8º a 12º da Lei nº 12.846/16, observadas as disposições complementares da Lei nº 10.683/03 e as normas específicas constantes das leis orgânicas endereçadas às Pastas Ministeriais, caso existentes, em matéria de procedimento administrativo que tenha por objetivo a atribuição de sanções.

192. O legislador, ciente das interpretações que foram feitas na tentativa de restringir os impedimentos de participar de licitações, contratos e congêneres, com base no uso de expressões textuais e na desconSIDERAÇÃO do sistema jurídico, não utilizou uma só vez a palavra "administração" na Lei nº 12.846/13, nem para falar de órgãos e entidades que atuam concretamente para a Administração Pública como um todo.

193. Por isso, não se pode dizer que a União, no exercício do seu mister de fiscalização, a ser efetivado por órgãos com competência concorrente e, conseqüentemente, de evitar concretizar avenças - durante algum tempo - com quem praticou irregularidades em face de seu erário, atrairá para si responsabilidades outras que desbordem do seu interesse constitucional acima destacado (conservação e defesa do patrimônio nacional), principalmente quando o legislador tiver sido bem claro, como ocorreu ao tratar da responsabilidade pelas famigeradas verbas trabalhistas.

194. Nesse ponto, fica ainda mais delineada a diferença de tratamento jurídico e a inexistência de restrição legal quanto aos sujeitos ativos que podem aplicar impedimentos inseridos no microsistema administrativo-sancionatório:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

195. Para não perder a oportunidade de realçar o que tem sido falado repetidas vezes no presente parecer, novamente o legislador foi atécnico, utilizou a remissiva expressão "Administração Pública", quando se sabe que as avenças são firmadas com os órgãos, unidades administrativa, entes e entidades, sendo que seria suficiente a expressão "Administração" nesse contexto de impertinência daquela ("Administração Pública").

196. A interpretação literal até demonstra, expressamente, no *caput* do art. 71, que o assunto cinge-se à execução contratual, de modo a não haver relação jurídica aptar a ensejar responsabilização da União por ter outro tipo de relação jurídica que enseja fiscalização e punição de terceiros que praticam irregularidades com recursos federais. A noção de relação jurídica, como dito linhas atrás, não é mais estática, não é uma só, não é mais vinculada à dualidade sujeito ativo *versus* sujeito passivo.

197. Destaca-se, ademais, que os recursos utilizados pelos terceiros, cujo destino seriam os encargos trabalhistas e previdenciários, são privados e não possuem relação jurídica com a União, que transferiu dinheiro federal com outro desiderato e possui relação jurídica em decorrência de outros motivos e normas.

198. **Aliás, é simbólico o *caput* do art. 70 da Lei nº 8.666/93, mais um dispositivo muitas vezes ignorado na interpretação da matéria, ao dizer que o contratado é sempre responsável por danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado - que atua concretamente no desenrolar da avença:**

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

199. **Quando se trata de responsabilidade, as relações jurídicas que emanam são múltiplas.**

200. As razões elencadas não colidem com a recente decisão do STJ, em sede de suspensão de segurança, informada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Originariamente, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, na 1ª Vara da 8ª Subseção Judiciária de Bauru-SP, contra a Caixa Econômica Federal e a União, cujo objetivo foi assegurar a fiscalização da regular aplicação de verbas federais repassadas a entes públicos federados ou entidades privadas, através de convênios ou contratos de repasse, inclusive no que tange à regularidade de procedimentos licitatórios deflagrados para tanto.

201. Inicialmente, houve decisão liminar favorável ao Ministério Público Federal na primeira instância e, de igual forma, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Em sede de suspensão de segurança pleiteada pela União, o STJ decidiu suspender a medida liminar, sob o entendimento de que a Administração Pública Federal não está obrigada a efetivar tal fiscalização, nos seguintes termos:

SUSPENSÃO DE LIMINAR. REPASSE DE VERBAS FEDERAIS SUBORDINADO AO EXAME PRÉVIO DOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO. LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA. OCORRÊNCIA. A obrigação imposta pela decisão judicial, sem que haja meios para cumpri-la, paralisa a Administração Federal. Agravo regimental não provido.

3. Em resumo, a **decisão judicial impugnada (I) subordina o repasse de verbas federais (a) pela Caixa Econômica Federal ao exame prévio dos procedimentos de licitação de serviços, de obras e de aquisição de bens a que os respectivos valores são destinados; e (b) pela União, por meio do Ministério das Cidades, à idêntica obrigação, inclusive quando os repasses forem intermediados pela Caixa Econômica Federal (neste caso, portanto, exigindo fiscalização dupla), e (II) impõe à União, através da Controladoria Geral da União, a fiscalização da atuação do Ministério das Cidades e da Caixa Econômica Federal nesse âmbito, bem assim a apresentação em Juízo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, de relatório com informações acerca das providências adotadas.**

Não obstante o viés da decisão acerca do requerimento de suspensão de medida liminar e de sentença seja político, o respectivo juízo sofre a influência dos aspectos jurídicos da questão controvertida. Seja por um lado ou pelo outro, o pedido de suspensão, no caso, deve ser deferido. Quando repassa verbas diretamente, ou quando faz isso via Caixa Econômica Federal, a União tem evidentemente interesse em que cumpram sua destinação social. Esse interesse poderia até recomendar, como determinado na decisão judicial, que as verbas só fossem liberadas após o exame detalhado da contratação das obras e serviços, bem como da aquisição de bens que aqueles recursos visam custear. Salvo melhor entendimento, a lei precisaria ser expressa a esse respeito, e não é. Uma lei que dispusesse acerca de tal investigação prévia teria que prover a União, e os delegados seus, de meios para esse efeito. A obrigação imposta pela decisão judicial, sem que haja meios para cumpri-la, paralisa a Administração Federal. Com efeito, nenhum agente público repassará verbas federais sob o guante da responsabilidade pessoal que resultará do descumprimento da ordem judicial. Os prejuízos sociais daí decorrentes serão maiores do que aqueles que poderão advir de eventuais erros ou malfeitos. Defiro, por isso, o pedido de suspensão"

202. Existe algo por trás do raciocínio jurídico invocado pelo Ministro relator, monocraticamente, para deferir o pedido de suspensão, embora esteja camuflado, invisível a olhos desarmados. Os objetivos do magistrado foram: a) evitar responsabilidades, inclusive criminais, por descumprimento de decisão judicial, sem que as providências fiscalizatórias tenham partido da própria Administração Pública, de dentro para fora; b) afastar controles prévios, cujos prejuízos sociais podem ultrapassar os benefícios; c) enfatizar a inexistência de lei sobre o referido controle *ex ante*.

203. **Os motivos encartados não confrontam os argumentos escritos nessa manifestação, pois estes são compreendidos para efeito de controle concomitante e posterior, com o desiderato de impedir continuidade delitiva**

e prejuízos ao erário, e não prévio, onde ocasionaria interferências inclusive sobre avenças em execução. **Embora não seja explícita, infelizmente, não foi ressaltado o paradigma utilizado em sua pré-compreensão: o da transição de uma Administração Pública burocrática para o de Administração Pública gerencial.**

204. É relevante trazer voz doutrinária sobre o tema, bem explicado, resumidamente, pelo Exmo. Advogado da União Ronny Charles, com destaque para os pontos ligados à dualidade **controle a priori versus controle a posteriori**:

Podemos indicar, sinteticamente, as seguintes **formas de administração pública**, com suas principais características:

Patrimonialista: O aparelho estatal funciona como uma extensão do poder do soberano. A *res publica* não é diferenciada da *res principis*, trazendo como consequência a corrupção e o nepotismo.

Burocrática: Surge no Século XIX, como resposta ao patrimonialismo. O aparelho estatal utiliza e para evitar a corrupção e o nepotismo. Constituem princípios fundamentais a profissionalização dos agentes, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade e o formalismo.

Gerencial: Surge no século XX, como resposta à expansão das funções estatais, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada pela **eficiência**, com **controles a posteriori de resultados e maior autonomia ao administrador.** (Direito Administrativo, 2015, p. 45)

205. Um ponto criticável, embora não comprometa o raciocínio aqui exposto, é que fez alusão apenas a lei, e não à juridicidade, vez que os efeitos que incidem sobre essas relações jurídicas não podem ser analisados apenas sob o prisma do vetusto princípio da legalidade. De qualquer sorte, o tema ainda será analisado por órgãos colegiados, e de preferência que seja após ter contato com as razões defendidas pela Advocacia-Geral da União.

206. Estão mais em linha com a Constituição as palavras do Tribunal de Contas da União sobre essas fiscalizações, em precedente também trazido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, sobre as balizas fiscalizatórias da União quanto aos procedimentos licitatórios realizados nos contratos de repasse (Acórdão nº 762/2013, após determinações do Acórdão nº 402/2011), especificamente sobre auditorias realizadas pelo TCU entre novembro de 2009 e junho de 2010.

207. Na ocasião, tratou-se da aplicação de recursos federais em obras públicas de habitação e saneamento, cujos recursos foram provenientes do Ministério das Cidades, via contratos de repasse operacionalizados pela Caixa Econômica Federal. A conclusão a que as auditorias chegaram foi no sentido de que inúmeras irregularidades vêm sendo cometidas, a merecer providências por parte da União:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.2. com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei n. 8.443/1992, fixar o prazo de 30 (trinta) dias a contar da data de ciência deste Acórdão, para que o Ministério das Cidades apresente o plano de ação com o objetivo de implementar ações para evitar a aplicação de recursos federais em contratos decorrentes de certames irregulares, tendo em vista a recorrência de indícios de irregularidade relativos ao procedimento licitatório das obras fiscalizadas nesta FOC, em especial quanto à restrição à competitividade da licitação devido a critérios inadequados de habilitação e julgamento e à ausência de previsão de critérios de aceitabilidade de preços unitário e global, os quais afrontam a Lei n. 8.666/1993 e possuem potencial de ocasionar prejuízo ao erário;

Em resposta ao pedido de Revisão interposto pelo Ministério das Cidades, contra o supracitado subitem 9.2 do Acórdão 120/2012, o TCU proferiu então o Acórdão nº 762/2013, da Relatoria da Ministra Ana Arraes, negando-lhe provimento:

Argumentos do Ministério das Cidades (p. 1/18, peça 14).

9. Argumento: em síntese, as razões recursais do MiCi assentam-se em duas premissas.

Primeira: não cabe à União o controle irrestrito sobre a legalidade dos certames licitatórios promovidos pelos demais entes federados, ainda que destinados à aplicação de recursos repassados pelo ente Federal, por intermédio da Caixa. Segunda: é desnecessária a apresentação do plano de ação requerido no subitem 9.2 do Acórdão 120/2012 - Plenário, considerando que a Portaria Interministerial 1507/2011 já prevê as competências dos agentes envolvidos nas transferências voluntárias, a exemplo dos contratos de repasse.

(...)

Análise (...):

17. Quanto à questão de fundo tratada nestes autos, como se pode perceber o debate em torno do item 9.2 do acórdão recorrido envolve precipuamente a discussão acerca dos limites fiscalizatórios da União sobre os procedimentos relativos às licitações promovidas pelos entes federados com recursos federais, mais especificamente no que concerne aos contratos de repasse.

18. Ao longo desta instrução será demonstrado que a União tem sim prerrogativas para fiscalizar os procedimentos licitatórios levados a cabo para aplicação de recursos federais e que, por consequência, os entes federados, sem prejuízo de sua autonomia, devem permitir a fiscalização federal como contrapartida pelos recursos recebidos, inclusive porque o interesse quanto à boa aplicação do numerário público é tanto da União quanto dos estados e dos municípios.

(...)

21. A Corte de Contas Federal tem entendimento unânime no sentido de que as transferências voluntárias - como os contratos de repasse - são instrumentos legais cuja titularidade permanece na esfera do Poder concedente, considerando as finalidades comuns e o interesse público recíproco. Nessa hipótese, apenas a execução é descentralizada, permanecendo federal a titularidade dos recursos, não obstante a transferência financeira para outra esfera. O mesmo não ocorre com as transferências constitucionais compulsórias, tais como o Fundo de Participação dos Municípios - FPM e o Fundo de Participação dos Estados - FPE, previstos no art. 159, inciso I, da CFRB/1988 (v. Acórdão 307/2009 - Plenário).

22. Assim, não há dúvida quanto à permanência da natureza federal dos recursos, mesmo após efetivada a transferência. Contudo, faz-se necessário ainda perscrutar os limites da fiscalização franqueados ao repassado pela legislação.

23. À época das auditorias que culminaram na deliberação recorrida, os contratos de repasse eram regidos pelo Decreto 6.170/2007 e pela Portaria Interministerial 127 /2008. Diversamente, quando da prolação da deliberação recorrida já estava em vigor a Portaria Interministerial 507/2011.

24. Compulsando essa legislação, verifica-se que os dispositivos abaixo contêm comandos que obrigam os convenientes a viabilizar a consulta dos documentos que fizeram parte da respectiva avença por período certo após a aprovação da prestação de contas e também depois do julgamento das contas pelo TCU, a saber:

Portaria Interministerial 127/2008

Art. 30 Os atos e os procedimentos relativos à formalização, execução, acompanhamento, prestação de contas e informações acerca de tomada de contas especial dos convênios, contratos de repasse e termos de parceria serão realizados fio Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse -SICONV, aberto à consulta pública, por meio do Portal dos Convênios.(alterado pela Port. nO 342, de 05/11/2008)

(...)

§ 3º O conveniente ou contratado deverá manter os documentos relacionados ao convênio e contrato de repasse pelo prazo de dez anos, contado da data em que foi aprovada a prestação de contas.

§ 4º Ressalvada a hipótese de microfilmagem, quando conveniente, os documentos serão conservados em arquivo, no prazo de cinco anos do julgamento das contas dos responsáveis pelo Tribunal de Contas da União, findo o qual poderão ser incinerados mediante termo.

(acrescido pela Portaria n° 342, de 05/11/2008)

(...)

Capítulo 11- Da formulação do instrumento

Art. 30. São cláusulas necessárias nos instrumentos regulados por esta Portaria as que estabeleçam:

(...)

X - a obrigação de o conveniente ou o contratado inserir cláusula nos contratos celebrados para execução do convênio ou contrato de repasse que permitam o livre acesso dos servidores dos órgãos ou entidades públicas concedentes ou contratantes, bem como dos órgãos de controle, aos documentos e registros contábeis das empresas contratadas, na forma do art. 44.

XI - a sujeição do convênio ou contrato de repasse e sua execução às normas do Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, bem como do Decreto n° 93.872, de 23 de dezembro de 1986, e a esta Portaria.

Portaria Interministerial 507/2011

Art. 1º Esta Portaria regula os convênios, os contratos de repasse e os termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

§ 1º Aplicam-se aos contratos de repasse as normas referentes a convênios previstas nesta Portaria.

Art. 6º Ao conveniente compete:

(...)

§ 4º A fiscalização pelo conveniente consiste na atividade administrativa realizada de modo sistemático, prevista na Lei nº 8.666, de 1993, com a finalidade de verificar o cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas em todos os seus aspectos.

Art. 56. Os contratos celebrados à conta dos recursos de convênios ou contratos de repasse deverão conter cláusula que obrigue o contratado a conceder livre acesso aos documentos e registros contábeis da empresa, referentes ao objeto contratado, para os servidores dos órgãos e entidades públicas concedentes e dos órgãos de controle interno e externo.

Art. 62. Os órgãos e entidades públicas que receberem recursos da União por meio dos instrumentos regulamentados por esta Portaria estão obrigados a observar as disposições contidas na Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos e demais normas federais pertinentes ao assunto, quando da contratação de terceiros.

Art. 65. A execução será acompanhada e fiscalizada de forma a garantir a regularidade dos atos praticados e a plena execução do objeto, respondendo o conveniente pelos danos causados a terceiros, decorrentes de culpa ou dolo na execução do convênio.

§2º Os processos, documentos ou informações referentes à execução de convênio não poderão ser sonogados aos servidores dos órgãos e entidades públicas concedentes e dos órgãos de controle interno do Poder Executivo Federal e externo da União.

Art. 68. No acompanhamento e fiscalização do objeto serão verificados:

I - a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos, na forma da legislação aplicável;

'DECRETO 6.170/2007 - Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências.

PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 10 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e no art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, DECRETA:

(...)

Art. 10. As transferências financeiras para órgãos públicos e entidades públicas e privadas, decorrentes da celebração de convênios e contratos de repasse, serão feitas exclusivamente por intermédio de instituição financeira controlada pela União, que poderá atuar como mandatária desta para execução e fiscalização. (Redação dada pelo Decreto nº 6.428, de 2008.)'

Lei nº 8.666/1993

(...)

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. '

25. Em interpretação sistemática desses dispositivos, pode-se extrair a possibilidade de o oncedente fiscalizar os documentos referentes aos certames realizados para aplicação e recursos federais repassados aos entes federados.

26. Além disso, outro argumento que milita em favor da tese da competência fiscalizatória plena dos concedentes é o fato de o próprio TCU gozar também dessa prerrogativa. O art. 71, inciso VI, da CRFB dispõe que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete, entre outras coisas, fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. Para desincumbir-se dessa missão, o controle externo conta com o apoio do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal (art. 74 da CRFB/1988).

(...)

28. Depreende-se, assim, que a fiscalização da maneira como foram aplicados os recursos públicos federais pode abranger a verificação da regularidade dos certames licitatórios dos

Estados e municípios beneficiados, sem ofensa ao pacto federativo, tudo com amparo nas regras constitucionais e legais.

(...)

45. Argumento: esclarece que a relação jurídica entre Caixa e MiCi, decorrente da operacionalização das transferências financeiras, inclusive as do PAC, gera a obrigação à mandatária da União de examinar os elementos básicos dos certames promovidos pelos convenentes, como por exemplo: publicidade, planilha do vencedor, fidedignidade do objeto, regularidade da adjudicação/homologação e existência de parecer jurídico.

46. Alega que de acordo com o Contrato nº 06/2006, celebrado entre o Ministério das Cidades e a Caixa Econômica Federal, esta era responsável pelo acompanhamento das licitações realizadas pelos entes públicos beneficiários dos recursos, dentro dos seguintes limites contratuais:

CLAUSULA SEGUNDA - DAS OBRIGAÇÕES

(...)

II - CONTRATADA:

d) verificar os documentos relativos ao processo licitatório, quanto à publicidade; a planilha de custos do licitante vencedor e sua compatibilidade com os custos aprovados pela CONTRATADA; ao respectivo enquadramento do objeto contratado com o efetivamente licitado; a sua adjudicação e homologação, exigindo a anexação de manifestação expressa de advogado não participante do processo licitatório, atestando o atendimento às normas da Lei nº 8.666/93; à regularidade procedimental e ao enquadramento da modalidade do processo licitatório;'

47. Análise: as obrigações da mandatária constantes do referido contrato de repasse devem ser interpretadas sistematicamente com base nas normas que regem a aplicação de recursos públicos. Sob essa perspectiva, é possível extrair dessa cláusula a necessidade de o contrato de repasse guardar conformidade com a regularidade procedimental prevista na Lei 8.666/93. Apesar de conter comandos específicos, essa cláusula permite também constatar a existência de comando generalizante em sua parte final. Ou seja, ao exigir o atesto jurídico quanto à observância da Lei 8.666/93 e à regularidade do certame, deixa assente que todos os aspectos da licitação poderão ser perscrutados.

48. Argumento: reconhece que o MiCi, por meio da Caixa, não pode se eximir do poder-dever de zelar pela regularidade dos procedimentos licitatórios, bem assim da execução do objeto, dentro de seus limites fiscalizatórios.

49. Análise: é procedente essa assertiva do Recorrente. A questão a ser respondida é quanto ao alcance dos limites fiscalizatórios. As informações até aqui coligidas levam a crer que esses limites não impedem a União de verificar se as licitações efetuadas pelos entes federados incorreram nas irregularidades que se pretende evitar por meio da detenninação contida no item recorrido ('restrição à competitividade da licitação devido a critérios inadequados de habilitação e julgamento e à ausência de previsão de critérios de aceitabilidade de preços unitário e global, os quais afrontam a Lei n. 8.666/1993 e possuem potencial de ocasionar prejuízo ao erário').

50. Argumento: afirma que as transferências voluntárias da União decorrem da impossibilidade operacional dessa para executar sozinha as competências concorrentes de sua alçada. Daí decorre 'o regime de esforço conjunto dos entes federados que implica repartição de obrigações, inclusive financeiras, de competências e de responsabilidades'.

(...)

54. Análise: nem um reparo deve ser feito às considerações do Recorrente sobre o regime de mútua cooperação que permeia o inter-relacionamento dos entes federados. Sem dúvida, esse regime é insito ao pacto federativo chancelado pela Constituição.

55. Todavia, a autonomia dos estados e dos municípios não é maculada quando permitem que a União fiscalize os recursos federais a eles repassados, na medida em que é interesse dos próprios beneficiários a correta e eficiente aplicação desse numerário. Pode-se dizer que existe uma espécie de sistema de freios e contrapesos que traz equilíbrio à Federação. Por meio deles, os entes que a compõem recebem bônus, mas também submetem-se a determinados ônus. Em outras palavras, pode-se dizer que a fiscalização ora defendida colabora com o regime de mútua cooperação.

(...)

VOTO

(...)

15. Portanto, verifica-se que este Tribunal vem atuando de modo a, de forma preventiva e colaborativa, auxiliar a administração pública a implementar formas mais efetivas de evitar o mau

uso do dinheiro público.

16. Nesse sentido, entendo que não se trata de discutir de quem é a competência, definida em lei ou normativos, para executar procedimentos típicos da execução e da fiscalização das licitações. Essa, sem dúvida, no caso aqui em comento, é das respectivas esferas municipais e estaduais receptoras dos recursos federais. Tampouco se trata de descumprimento de decisão judicial proferida em sede de liminar.

17. Todavia, não há como se retirar a prerrogativa do órgão/entidade federal repassador dos recursos de, a qualquer tempo, verificar a regularidade da utilização desses valores, por intermédio, por exemplo, de ações de iniciativa do controle interno. Ou que este Tribunal, mediante qualquer uma das formas de fiscalização previstas no Regimento Interno, também promova as suas pertinentes análises. Isso decorre da manutenção da natureza federal dos recursos descentralizados.

(...)

20. Portanto, com a ressalva de que as auditorias que constataram as irregularidades que motivaram o encaminhamento da determinação recorrida foram realizadas em momento anterior à edição da Portaria Interministerial MPOG/CGU/MF 507/2011, acompanho o entendimento do secretário da Serur de que não cabe suprimir o item em comento. A sua manutenção milita em favor do aprimoramento de procedimentos, prática que deve ser usual no âmbito da administração pública como uma das formas de bem exercer seus propósitos.

208. É no sentido descrito neste parecer que a controvérsia jurídica deve ser pacificada, continuar a trilha estabelecida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal anos atrás, quando tratou apenas da competência da Controladoria-Geral da União, ainda que de forma superficial e sem tocar diversos fundamentos aqui delineados:

RMS 25943 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 24/11/2010

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

[...]

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSOS PÚBLICOS FEDERAIS REPASSADOS AOS MUNICÍPIOS. FISCALIZAÇÃO PELA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I - A Controladoria-Geral da União pode fiscalizar a aplicação de verbas federais onde quer que elas estejam sendo aplicadas, mesmo que em outro ente federado às quais foram destinadas.

II – A fiscalização exercida pela CGU é interna, pois feita exclusivamente sobre verbas provenientes do orçamento do Executivo.

III – Recurso a que se nega provimento.

Decisão

A Turma decidiu afetar o processo a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. Falou o Dr. Érico Carvalho, pelo recorrente. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 14.09.2010. Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Érico Bonfim de Carvalho e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso. Plenário, 24.11.2010.

209. O Superior Tribunal de Justiça, na mesma toada, agiu acertadamente ao reconhecer a atuação da Controladoria-Geral da União, órgão que tem competência concorrente com os demais:

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 13.101 - DF (2007/0224011-3)

EMENTA

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

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

210. Eis os fundamentos que servem de base para as conclusões externadas nesta manifestação jurídica, consentâneos com a ordem constitucional brasileira e o direito administrativo contemporâneo.

III - CONCLUSÕES E ENCAMINHAMENTOS

211. Ante o exposto, conclui-se:

a) Em que pese a competência primária do ente federativo contratante, é incontestável a atribuição, de forma concorrente, não só da Controladoria-Geral da União, mas das Pastas Ministeriais que transferiram recursos federais via convênios e instrumentos congêneres, para fins de fiscalizar e aplicar sanções - previstas no microssistema sancionatório-administrativo - a terceiros que cometeram irregularidades mediante a utilização daquelas verbas repassadas pela União aos Estados e/ou Municípios.

b) De igual forma, não se pode dizer que a União, no exercício do seu mister de fiscalização, a ser efetivado por seus órgãos com competência concorrente e, conseqüentemente, de evitar concretizar avenças - durante algum tempo - com quem praticou irregularidades em face de seu erário, atrairá para si responsabilidades outras, sem previsão normativa, que desbordem do seu interesse constitucional acima destacado (conservação e defesa do patrimônio nacional), mormente quando o legislador foi bastante claro, como ao tratar, por exemplo, de responsabilidade por não pagamento de verbas trabalhistas.

À consideração superior.

Brasília, 28 de junho de 2017.

JOAO PAULO CHAIM DA SILVA
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190021062201550 e da chave de acesso 5d15cf56

Documento assinado eletronicamente por BRUNO ANDRADE COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 55554615 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO ANDRADE COSTA. Data e Hora: 09-11-2018 17:40. Número de Série: 17236864. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
