



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PGE/ES
PCA
Fls. N° 17
N° Processo 5864911
R: ✓

Processo N°: 58644911

PARECER PGE/PCA N° 1072/2012_

EMENTA: Consulta. Análise jurídica de procedimento licitatório. Licitação, sob a modalidade pregão, visando à contratação de sociedade empresária prestadora de serviços de limpeza, copa e conservação. Considerações. Julgamento das propostas. Incidente processual. Licitante vencedora cujo sócio e representante legal no pregão o é também de outra licitante participante do certame. Quebra dos princípios inerentes ao devido processo legal licitatório, notadamente os princípios da isonomia, da competitividade, da moralidade, da probidade, do sigilo das propostas, da livre concorrência e da boa fé objetiva (CR/88, art. 37, *caput* e inciso XXI c/c art. 170, IV c/c art. 173, par. 4º c/c Lei nº 8666/93, art. 3º c/c art. 43 c/c Lei nº 12.529/2011, art. 36 c/c CCB/2002, art. 422). Necessidade de desclassificação das propostas das sociedades empresárias que se encontrem na mesma situação. Necessidade de observância do devido processo legal sancionador, previsto em lei e no edital regente do certame, para a aplicação das penalidades devidas, aos licitantes que se encontrarem na situação descrita acima, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002 c/c o art. 87 da Lei nº 8666/93. Necessidade de remessa de cópia integral dos presentes autos, assim como dos respectivos autos do processo licitatório respectivo, ao Douto Ministério Público do Estado do Espírito Santo, tendo em vista que as condutas descritas nos presentes autos, ao que tudo indica, se adequam tipicamente às figuras descritas nos arts. 90 e 94 da Lei nº 8666/93. Considerações.

Senhor Procurador Chefe da PCA,

1 Relatório

Cuida-se de análise jurídica emergencial de consulta pertinente ao processo de licitação, na modalidade pregão eletrônico, promovido pela Agência Reguladora de Serviços Públicos de Energia – ASPE, sob o nº 02/2012, visando à contratação de sociedade empresária

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

prestadora de serviços de limpeza, copa e conservação.

Em síntese necessária, informa a entidade consulente que, por ocasião do recebimento das propostas de preços, constatou-se a ocorrência de participação de 02 (duas) sociedades empresárias com um sócio e representante legal na licitação em comum, sendo certo que uma dessas sociedades empresárias ofertou a proposta de menor preço no certame (fl. 01).

Diante de tal quadro fático, indaga a entidade consulente acerca da necessidade de desclassificação ou não da licitante cuja proposta foi classificada em primeiro lugar.

Consta dos autos a consulta formulada pela entidade consulente, a descrição da disputa na licitação, a lista de participantes e os dados cadastrais das licitantes, onde se verifica a presença no quadro societário das duas sociedades empresárias mencionadas do mesmo sócio, em suas respectivas composições societárias (fls. 01-14).

A entidade consulente não remeteu, nesta oportunidade, os autos do vertente processo licitatório, de modo que a análise dos presentes autos, em vista do pedido de exame jurídico emergencial, dar-se-á a partir dos elementos fáticos constantes dos mesmos.

É o relatório, no essencial. Passo a opinar.

2 Fundamentação

Vale reiterar que a análise desta PGE se restringe ao caráter jurídico do procedimento licitatório, não sendo considerados os aspectos técnicos ou econômicos da avença, aspectos esses que se presumem terem sido apreciados pelos órgãos técnicos competentes para tanto (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, em combinação com o art. 3º, inc. VII, da Lei Complementar Estadual nº 88/96).

A questão objeto da presente análise consiste em saber se é juridicamente possível que duas sociedades empresárias, com sócios em comum, participem do mesmo processo licitatório.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Neste sentido, há uma linha de entendimento, inclusive no âmbito do Colendo TCU, no sentido de que seria admissível que duas sociedades empresárias, com sócios em comum, participem do mesmo processo licitatório, posto que não haveria vedação expressa no marco regulatório das licitações e contratações da Administração Pública, notadamente na Lei nº 8666/93 e na Lei nº 10.520/2002.

Com o devido respeito a esse entendimento, essa não parece a melhor dicção constitucional e legal a respeito da controvérsia em exame, consoante se passa a demonstrar.

Neste contexto, com exceção da hipótese de consórcio entre licitantes, previamente admitida pela administração pública e expressa no edital (Lei nº 8666/93, art. 33), não é possível que duas sociedades empresárias, com sócios em comum, participem do mesmo processo licitatório.

Destarte, consoante estabelece a Constituição da República de 1988, a administração pública é regida pelos princípios constitucionais setoriais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devendo a aludida previsão normativa ser interpretada sistematicamente com o princípio constitucional, também setorial, da licitação, segundo o qual o certame licitatório deve se concretizar em devido processo legal objetivo e impessoal, onde se assegure igualdade de condições entre todos os concorrentes (CR/88, art. 37, *caput* c/c inciso XXI).

Se é assim, desde logo, à luz da matriz constitucional, pode-se dizer que não há igualdade formal e nem tampouco substancial entre licitantes, individualmente considerados, em relação àqueles licitantes que se apresentam no certame com duas ou mais sociedades empresárias.

E a razão é simples: o licitante individualmente considerado tem menores oportunidades de oferta de propostas, notadamente no pregão, em relação àqueles licitantes que se apresentam no certame, com duas ou mais sociedades empresárias, o que não se coaduna com o princípio constitucional da isonomia entre os licitantes (CR/88, art. 37, XXI).

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

Ademais disso, os licitantes que se apresentam na disputa licitatória com duas ou mais sociedades empresárias têm, inegavelmente, maior poder de influência na formulação de propostas no certame, notadamente no pregão, quando em comparação com o licitante individualmente considerado, podendo, inclusive, provocar oscilações de propostas e preços prejudiciais não só à administração pública licitadora, mas, também, aos demais licitantes, em violação ao princípio constitucional da livre concorrência (CR/88, art. 170, IV), em prejuízo último e maior do interesse público que justificou a deflagração do processo licitatório, o que não se pode admitir.

No ponto, não se pode olvidar, em obséquio ao citado princípio constitucional da livre concorrência, a intolerância decorrente da Constituição da República de 1998 em relação ao abuso do poder econômico, seja por meio da dominação de mercados, seja por meio da eliminação da concorrência, seja, ainda, por intermédio do aumento arbitrário de lucros (CR/88, art. 173, par. 4º).

Como se sabe, essas práticas são plenamente passíveis de ocorrência em sede de licitações promovidas pelo Estado, notadamente no pregão, em especial quando os licitantes que se apresentam na disputa licitatória com duas ou mais sociedades empresárias, o que é inadmissível.

Nesta ordem de ideias, e densificando a normatividade constitucional brevemente revisitada, não se pode olvidar o sistema normativo constante do marco regulatório nacional das licitações e contratações administrativas, notadamente a necessidade de efetivação, no processo licitatório, dos princípios da isonomia, da moralidade, da probidade, da competitividade e da manutenção do sigilo das propostas (Lei nº 8666/93, art. 3º c/c art. 43), que são cabalmente violados na admissibilidade dos licitantes que se apresentam na disputa licitatória com duas ou mais sociedades empresárias.

Ao que parece, neste sentido já se manifestou o Colendo Tribunal de Contas da União, em precedente aplicável ao caso vertente. Confira-se:

**“Contratações públicas: 1 – Licitação com
a participação de empresas com sócios em comum e**



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

que disputam um mesmo item prejudica a isonomia e a competitividade do certame Auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - (Siasg) e do sistema Comprasnet, principais instrumentos gerenciadores das licitações e compras no âmbito do Governo Federal. A partir dos procedimentos efetuados, foram identificadas empresas com sócios em comum e que apresentaram propostas para o mesmo item de determinada licitação na modalidade pregão, o que poderia caracterizar, na opinião da unidade técnica, indício de conluio, com o propósito de fraudar o certame. Para ela, *"se houver a existência de sócios em comum de empresas que disputam o mesmo item de um mesmo certame, há evidente prejuízo à isonomia e à competitividade da licitação"*. Como consequência, ainda para unidade técnica, *"é possível que existam empresas atuando como 'coelho', ou seja, reduzindo os preços a fim de desestimular a participação de outros licitantes na etapa de lances, desistindo posteriormente do certame para beneficiar a outra empresa que esteja participando do conluio, que, por sua vez, acaba sendo contratada sem ter apresentado a melhor proposta, provocando, assim, prejuízo para a Administração"*. Para minimizar a possibilidade da ocorrência desses conluios, seria recomendável, então, que os pregoeiros e demais servidores responsáveis pela condução dos procedimentos licitatórios, tomassem ciência da composição societária das empresas participantes dos certames, mediante alerta por intermédio do Comprasnet, a partir de modificações no sistema a serem feitas pela SLTI, o que foi sugerido pela unidade técnica ao relator, que acolheu a proposta, a qual foi referendada pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 1433/2010 e 2143/2007, ambos do Plenário. **Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011.** Noticiado no *Informativo de jurisprudência sobre licitações e contratos do TCU nº 70, agosto de 2011.*

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Avançando nas considerações, relembre-se, também, a necessidade de observância da disciplina nacional infraconstitucional de proteção e defesa da livre concorrência, notadamente a Lei nº 12.529/2011, ao averbar que:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

[...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

[...]

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

costumes comerciais;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; [...]"

Assim, é certo que essa normatividade também restará comprometida na aceitação dos licitantes que se apresentem na disputa licitatória com duas ou mais sociedades empresárias que podem, sem qualquer sombra de dúvida, praticar ou tentar praticar quaisquer das condutas acima descritas, alcançando ou não os resultados indesejados pela ordenação jurídica da economia, o que é inaceitável.

Por derradeiro, mas igualmente relevante, é a violação ao princípio da boa fé objetiva, na indissociável perspectiva das obrigações de lealdade e transparência negociais (CCB/2002, art. 422), quando o licitante se apresenta na disputa licitatória com duas ou mais sociedades empresárias, transmutando o devido processo legal licitatório em joguete para manobras empresariais ilícitas, antieconômicas para o Estado, prejudiciais aos demais concorrentes e violadoras do ordenamento jurídico.

No ponto, vale trazer à reflexão algumas considerações anteriores, de nossa autoria, constante do nosso **Temas de Licitações e Contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 179-215, a respeito da necessidade de segurança jurídica e boa fé nas parcerias contratuais do Estado.

Destarte, é do conhecimento imemorial e convencional que todas as condutas dos homens em sociedade devem ser informadas pela boa fé, sendo pacífica a ideia de que esse substrato ético geral de comportamento deve orientar todas as relações jurídicas, inclusive aquelas em que o Estado seja parte¹.

¹ Na pena clássica de FRANCISCO BILAC MOREIRA PINTO, em trabalho específico sobre o enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos, escrito no início da década de sessenta do século XX, mas que guarda plena atualidade: [...] Nunca se evidenciou tanto, como na fase contemporânea, a necessidade de reformulação do conceito de poder para que nele se insira um elemento básico indissociável: o seu fundamento ético. In: A importância da Ética no Estado Moderno, in: **Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, cap. VI, p. 05. No magistério doutrinário de NELSON SALDANHA: [...] não se pode pensar em um direito sem conexão com a ética: conexão com o sistema de vigências institucionais e com os valores que embasam, em cada sociedade, as condutas e os juízos. Mais adiante, prossegue afirmando que: [...] o



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

A ideia se reforça ainda mais com o movimento contemporâneo denominado pós-positivismo jurídico que, dentre as suas características gerais, destaca a indispensável reaproximação entre a Ética e o Direito².

Contudo, a título de premissa para a compreensão do tema que será desenvolvido, merece registro o fato de que, na trajetória contratual da administração pública brasileira, por diversos motivos e fatores que refogem ao âmbito deste exame, Estado e parceiros privados contratados, algumas vezes, deixaram de proceder de acordo com a boa fé legitimamente esperada das parcerias contratuais, incrementando, ainda mais, os custos das transações para toda a sociedade³.

problema das relações entre ética e direito deve envolver, certamente, a discussão das relações entre ética e poder ("o fato" do poder e os ideais da ética). A ética como um plexo de exigências e de indicativos, o poder como razão estruturadora ou como peso incontestável. Nisto se inclui a cobrança de um fundamento, ou uma legitimação, para o próprio Estado; e com isso, para a relação entre o Estado e os cidadãos. In: Sobre a Evolução das Relações entre Ética e Direito, in: **Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**, sendo Coordenadores PEREIRA, Antonio Celso Alves e MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.557-562.

² Sobre o tema, ver LUÍS ROBERTO BARROSO, Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) in: **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. BARROSO, Luís Roberto (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 28.

³ Neste sentido, em aguda observação sobre o tema, averba ALICE GONZALEZ BORGES: [...] Ora, em frontal violação a tão salutares princípios, freqüentemente entendem Administrações mal orientadas – impregnadas da filosofia da busca de resultados tão em voga atualmente – que é bom, é salutar, é válido, tirar o máximo de vantagem nas contratações, à custa dos contratados, embora com prejuízo destes, embora violando-se o anteriormente pactuado com os mesmos. Num equivocado entendimento do que seja o atendimento ao interesse público, confundido com o simples interesse fazendário de carrear mais recursos para os cofres públicos com o mínimo de gastos possível, freqüentemente é espezinhado, violado, em ações diuturnas, constantes, aquele superior princípio da *boa fé*, que agora norteia o Código Civil. Em nossa obra "Temas Atuais do Direito Administrativo" enumeramos algumas práticas que se vêm cristalizando na rotina diária das Administrações: *Pagar os valores contratados com sistemático atraso. Deixar de pagar os débitos já contraídos nas gestões anteriores, sobretudo se os antecessores pertencem a facções políticas diversas das dos atuais governantes. Recusar o pagamento de débitos contraídos em gestões anteriores, alegando-se, pura e simplesmente, que as contratações a que se referem foram superfaturadas, sem que tal fato se comprove de forma alguma e sem nenhuma apuração de responsabilidades. Obrigar o administrado a recorrer à via judicial para obter o pagamento de seus créditos, embora a legitimidade das importâncias a serem cobradas esteja amplamente reconhecida*

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

PGE/ES
PCA
Fls. N° 25
Nº Processo 58644911
R: D

Assim, em termos gerais, a boa fé contratual pode ser conceituada como a intenção e o padrão de comportamento objetivamente esperados do homem médio da sociedade, quando da celebração e execução de um contrato.

Essa intenção e comportamento devem ser, sempre, fundados na lealdade, na prudência, na honestidade e na obrigação de cooperação recíprocas que deve existir na relação jurídica contratual.

Destarte, a boa fé contratual sempre foi concebida como um princípio geral do Direito, permeando, orientando e integrando as relações jurídicas contratualizadas, regidas pelo Direito Público ou pelo Direito Privado. Por tal razão, sempre esteve implícita no ordenamento jurídico brasileiro, como verdadeiro instituto de correção⁴.

Não obstante isso, o estudo da boa fé contratual no Direito brasileiro foi empreendido, com maior vigor, pelos civilistas e, classicamente, voltado para o seu aspecto subjetivo, ou seja, para a pesquisa da intenção ou vontade do agente na formação, celebração

pelos órgãos técnicos administrativos competentes. A essa lista de expedientes e subterfúgios, ainda acrescentamos, em outra oportunidade, os seguintes, observados na prática: *Suspender por longos meses a execução de obras ou serviços por ordem meramente verbal - para não deixar documento - e, depois, alegando-se que o contrato já está "vencido", abrir nova licitação para a mesma obra ou serviço, sem nenhum ressarcimento do primeiro contratado. Usar de todos os privilégios processuais, de todos os recursos judiciais disponíveis, para protelar, ad infinitum, a solução final dos litígios, deixando os compromissos financeiros correspondentes para as próximas gestões dos sucessores.* In: **Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos**, disponível em jusnavegandi.com.br, acesso em 23.12.2006.

⁴ Sobre a evolução da boa-fé enquanto instituto de correção, não se pode deixar de referenciar a precisa digressão empreendida por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: [...] O abuso de direito, ontem como hoje, nada mais é do que um instituto de correção, destinado a evitar desvios morais, praticáveis na aplicação à *outrance* de um sistema de direito, como o são também a boa fé, a teoria da imprevisão, a teoria da lesão enorme e a teoria do abuso do direito [...]. Tão importante foi, então, a abertura dessa porta, que poe ela logo vieram a passar outros conceitos jurídicos indeterminados, impregnados de sentido moral, como o do locupletamento ilícito, o da obrigação moral, o do bom pai de família e tantos outros mais, que chegaram a nossos dias como sólida herança romanística, a ponto de um jurista do porte de RIPERT afirmar que não há desvão teórico do direito em que não penetre a luz da moral, pois não há como separá-los absolutamente. In: *Ética na Administração Pública (moralidade administrativa: do conceito à efetivação)*, constante da obra intitulada **Mutações do Direito Administrativo**. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 54-55.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Fls. Nº 26
Nº Processo 58644911
R: 2

e execução do contrato⁵. Ressalte-se que a mesma preocupação com o aspecto subjetivo da boa fé na relação contratual se fez presente no que tange aos contratos da administração pública⁶.

Esta perspectiva fundamentalmente subjetiva do exame da boa fé se justificava tendo em vista a sistemática vertente liberal e individualista do (hoje revogado) Código Civil de 1916, sede da teoria geral dos contratos e referência normativa e integrativa para os contratos da administração pública, sempre que houvesse lacuna no tratamento jurídico especial dos citados contratos⁷.

Todavia, com a massificação e despersonalização das relações jurídicas contratuais, fruto, em especial, da industrialização, da globalização e da revolução das tecnologias, se tornou muito difícil a pesquisa casuística da intenção do agente (boa fé subjetiva) em cada um dos milhares de contratos firmados na sociedade, inclusive naqueles em que o Estado fosse parte⁸.

Daí, pois, a necessidade se estabelecer parâmetros objetivos contratuais comportamentais, exigíveis em qualquer relação jurídica contratual, pública ou privada, independentemente da pesquisa da

⁵ No tema, vale conferir, por todos, a pena autorizada de ORLANDO GOMES: [...] O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível. In: **Contratos**. 17 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 42, atualizado por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. Adiante, na mesma página, embora o citado autor mencione o que viria a ser estudado no Brasil como a boa-fé objetiva, rechaça a possibilidade da idéia de colaboração como obrigação instrumental do contrato, um dos conteúdos possíveis do princípio em exame.

⁶ Sobre o tema, realçando o aspecto subjetivo da boa-fé nas contratações administrativas, destaque-se o entendimento de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO: [...] Demasiadamente subjetivas, tanto a boa fé como a má fé, caracterizando negligência ou imprudência, maculam o procedimento executório, incidem sobre obrigações de dar e fazer, exteriorizam conduta impertinente produtora de lesões no desenvolvimento da obra ou do serviço. In: **Contratos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 83. No mesmo sentido, confira-se a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, realçando, ao que parece, o aspecto subjetivo da boa-fé contratual: "[...] O que preside os contratos em geral e o chamado contrato administrativo em particular é o reverencial respeito à intenção das partes, absorvida em sua verdadeira substância, tal como surdiu no momento do ajuste." In: **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 621.

⁷ Lei nº 8666/93, art. 54.

⁸ Em sentido assemelhado, merece destaque o entendimento de BRUNO LEWICKI, em seu trabalho intitulado *Panorama da Boa-fé Objetiva* constante da obra coletiva organizada por GUSTAVO TEPEDINO e denominada **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 56-57.



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

intenção das partes contratantes.

Surge, por conseguinte, a noção de boa fé objetiva, como padrão de comportamento legitimamente esperado do homem médio da sociedade, quando da celebração e execução de um contrato, independentemente da sua intenção e vontade.

A doutrina aponta como marcos legislativos infraconstitucionais da boa fé contratual objetiva no Direito brasileiro o Código de Proteção e Defesa do Consumidor⁹ e o Código Civil brasileiro de 2002¹⁰.

No Direito Administrativo pátrio, merece destaque, em especial, as Leis nº 9784/99, art. 2º, p. único, IV c/c art. 54, a contrário senso, em combinação com a Lei nº 11.079/2004, art. 4º e a Lei nº 8666/93, art. 59.

Por ora, no entanto, cabe empreender um breve exame teórico da boa fé contratual, à luz da construção da doutrina civilista contemporânea, onde o tema vem sendo tratado com profundidade, para, depois, verificar a aplicabilidade dos pressupostos normativos e doutrinários da boa-fé no Direito Privado no âmbito das contratações administrativas do Estado.

Neste contexto, a doutrina costuma dividir o exame da boa fé em subjetiva e objetiva.

Em linhas gerais, a boa fé subjetiva corresponde à pesquisa da intenção do sujeito quando da prática e execução de determinado contrato. Noutro passo, a boa fé objetiva dispensa o exame da vontade do sujeito, investigando-se o padrão de comportamento que era objetivamente esperado quando da celebração e execução de certo contrato, independente - repita-se - da pesquisa da vontade do agente.

CLAUDIA LIMA MARQUES, ao abordar o princípio da boa fé objetiva, o define, com propriedade, nos seguintes termos:

“[...] Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e

⁹ Lei nº 8078/90, arts. 4º, III e 51, IV.

¹⁰ Lei nº 10.406/2002, arts. 113, 187 e 422.



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

leal, tutelada em todas as relações sociais. [...] a *boa-fé objetiva* é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé *subjetiva* do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada. [...] É o compromisso expresso ou implícito de “fidelidade” e “cooperação” nas relações contratuais, é uma visão mais ampla, menos textual do vínculo, é a concepção leal do vínculo, das expectativas que desperta (confiança). Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, se obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.”¹¹

TERESA NEGREIROS, em trabalho específico sobre os novos paradigmas das relações contratualizadas, ao cuidar dos denominados novos princípios contratuais, tratou da boa fé com maestria. Sobre os aspectos da boa fé subjetiva e objetiva acima aludidos, deixou assentado que:

“[...] A boa-fé tratada como novo princípio do direito contratual distingue-se daquela outra boa-fé, consistente numa análise subjetiva do estado de consciência do agente por ocasião da avaliação de um dado comportamento. Esta última, denominada boa-fé *subjetiva*, é desde há muito conhecida da legislação brasileira. [...] Analisada sob a ótica subjetiva, a boa-fé apresenta-se como uma situação ou fato psicológico. Sua caracterização dá-se através da análise das intenções da pessoa cujo comportamento se queira qualificar. [...] A dita boa-fé objetiva, muito além de um critério de qualificação do comportamento do sujeito, impõe-lhe deveres, constituindo-se numa autêntica norma de conduta. [...] Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta.

¹¹ In: **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4 ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, pp. 180-182.



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado¹²."

Com efeito, a autora associa o princípio em exame ao indispensável valor ético que deve estar presente nas relações contratualizadas, destacando a necessidade de lealdade, correção e veracidade como elementos estruturantes de qualquer contrato¹³.

Neste contexto, em busca de uma ética solidarista nas relações contratuais, consoante o magistério doutrinário em exame, abre-se um expressivo leque de funções do princípio da boa fé, seja funcionando como princípio de interpretação e integração do contrato, quer operando como princípio criador de obrigações jurídicas aos contratantes, seja, ainda, como parâmetro de limitação do exercício de posições jurídicas na relação contratual.

Pela pertinência, pede-se vênica para a transcrição de parte do entendimento de TERESA NEGREIROS:

"[...] Na promoção de uma ética de solidariedade contratual, o princípio da boa-fé opera de diversas formas e em todos os momentos da relação, desde a fase de negociação à fase posterior à sua execução, constituindo-se em fonte de deveres e de limitação de direitos de ambos os contratantes. A abrangência do princípio é contornada mediante uma tripartição das funções da boa-fé, quais sejam: (i) cânon interpretativo-integrativo; (ii) norma de criação de deveres jurídicos; e (iii) norma de limitação ao exercício de direitos

¹² In: **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 119-123.

¹³ In: **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 116.



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

subjetivos. Em comum, estas três funções atribuídas à boa-fé compartilham uma mesma concepção acerca da relação contratual como sendo uma relação de cooperação e de respeito mútuo (e não de perseguição egoísta da satisfação individual)¹⁴.

É certo, também, que estas perspectivas funcionais da boa fé contratual (vetor de interpretação e integração contratual, norma criadora de obrigações contratuais de lealdade, transparência, clareza e cooperação e, ainda, norma de limitação de posições jurídicas de vantagem no contrato) não atuam isoladamente e de maneira estanque, mas sim em conjunto sistemático e complementar, fazendo parte do amplo conteúdo de limites e possibilidades normativas do princípio em exame¹⁵.

E mais: em relação à função criadora de obrigações exercida pelo princípio da boa fé, com especial importância para o presente exame, destaque-se, desde logo, a impossibilidade fática e jurídica de exaurimento da previsão dessas obrigações no instrumento contratual, por mais previdentes e pró-ativas que fossem as partes do negócio jurídico.

Por tal razão, a doutrina costuma falar em obrigações ou deveres instrumentais, diluídos em conceitos jurídicos indeterminados, mas determináveis diante da complexa realidade contratual sobre os quais incide, na hipótese concreta e específica de cada relação contratualizada. Na doutrina de TERESA NEGREIROS:

“[...] Tais deveres, não abrangidos pela prestação principal que compõem o objeto do vínculo obrigacional, caracterizam a correção do comportamento dos contratantes, um em relação ao outro, tendo em vista que o vínculo obrigacional deve traduzir uma ordem de cooperação, exigindo-se de ambos os obrigados que atuem em favor da consecução da finalidade que, afinal, justificou a formação daquele vínculo. [...] Mais uma vez, constata-se que o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta leal, correto e honesto que, contudo, se materializa em exigências que não podem ser

¹⁴ In: **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 118-119.

¹⁵ In: **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 140.



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PG/ES
PCA
Fls. N° 31
Nº. Processo 5864911
R: [assinatura]

de antemão definidas.”¹⁶

Do que foi brevemente exposto, parece-me possível sustentar que as premissas normativas e teóricas acima lançadas são aplicáveis aos contratos da Administração Pública.

Em primeiro lugar, porque a boa fé (subjetiva e objetiva) se constitui em princípio geral do Direito, devendo permear todas as relações jurídicas contratualizadas, públicas ou privadas, sendo irrelevante, neste particular, a natureza e a finalidade do vínculo contratual.

Nesta ordem de ideias, realçando o amplo espectro normativo da boa fé, incidente, portanto, sobre todas as relações jurídicas, confira-se a pena clássica de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“[...] O princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade. Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso”¹⁷.

Em sentido assemelhado, realçando a natureza da boa fé como princípio geral do Direito, com irradiação normativa direta sobre todas as relações contratualizadas, massificadas e despersonalizadas - e não só às relações de consumo, frise-se - confira-se a pena autorizada de CLAUDIA LIMA MARQUES:

“[...] Como novo paradigma para as relações contratuais de consumo de nossa sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa, propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais do direito há muito conhecido e sempre presente desde o movimento do direito natural: o princípio geral da boa-fé. Este princípio ou “novo mandamento” (*Gebot*) obrigatório a todas as relações contratuais na

¹⁶ In: **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 149-152.

¹⁷ In: **Instituições de Direito Civil**. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, v. III, p. 20, atualizado por REGIS FICHTNER.



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

sociedade moderna, e não só as relações de consumo, será aqui denominado de princípio da boa-fé objetiva para destacar a sua nova interpretação e função¹⁸.”

Em segundo lugar, o princípio em tela decorre diretamente do sistema da Constituição da República de 1988, permeando e orientando as relações jurídicas de Direito Público e de Direito Privado, de modo que a administração pública, por evidente e em especial nas suas relações contratualizadas, deve plena submissão e conformação.

Em terceiro lugar, porque as premissas normativas e doutrinárias destacadas em nada conflitam com o regime jurídico dos contratos da administração pública. Ao revés, não se pode conceber uma parceria contratual do Estado que não seja informada pela boa fé, destacando-se, em especial, as respectivas obrigações especiais de lealdade, prudência, honestidade e cooperação recíprocas que deve existir na relação jurídica contratual administrativa.

Em quarto lugar, como adiantado acima, na ausência de tratamento normativo específico da boa fé nas parcerias contratuais do Estado, a própria ordenação contratual administrativa se socorre da disciplina do Direito Privado¹⁹.

Com estes argumentos, fundados no sistema normativo pátrio vigente e na doutrina contemporânea especializada sobre o tema, parece-me irrefutável o entendimento de que as noções desenvolvidas sobre a boa fé, no âmbito do Direito Privado, quer em seu aspecto subjetivo, seja na sua vertente objetiva, se aplicam às parcerias contratuais do Estado.

Frise-se que o presente estudo voltado, com maior ênfase, para o aspecto objetivo da boa fé, não aniquila a utilidade da noção de boa fé subjetiva, que continua importante para as parcerias contratuais do Estado.

Contudo, pela relevância social e econômica que a celebração de contratos, públicos e privados, representa, a boa fé objetiva se

¹⁸ In: **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4 ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p. 180.

¹⁹ Lei nº 8666/93, art. 54.



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

constitui como uma técnica mais justa de auxílio na interpretação, integração, execução e pacificação de conflitos de interesses decorrentes das relações jurídicas contratualizadas, daí o seu maior realce contemporâneo.

Não obstante as considerações gerais supramencionadas e que integram o conhecimento convencional sobre o tema, parece-me possível sustentar, como adiantado acima, à luz do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que a boa fé, tanto no seu aspecto subjetivo quanto na sua vertente objetiva, pode ser extraída diretamente do sistema constitucional presente na Constituição da República de 1988.

Sob o ponto de vista constitucional, a boa fé pode ser considerada como elemento normativo do sub-princípio da segurança das relações jurídicas, que, por seu turno, decorre do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput*).

Assim, o sub-princípio da segurança das relações jurídicas, consoante se infere da doutrina e jurisprudência que cuidaram do tema²⁰, comportaria uma abordagem sob os aspectos objetivo e subjetivo. O aspecto objetivo corresponde à intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CR/88, art. 5º, XXXVI), ao passo que o aspecto subjetivo estaria relacionado à boa-fé e à proteção da confiança²¹.

Essa boa fé que implicitamente decorre da Constituição da República de 1988 diz respeito tanto ao seu aspecto subjetivo quanto

²⁰ Neste sentido, por todos, veja-se a pena autorizada de ALMIRO DO COUTO E SILVA, em seu clássico texto intitulado O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9784/99). In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 237, pp. 271-315, jul./set. 2004. Na jurisprudência do E. STF, confira-se o MS nº 24268-MG, Relatora originária Min. ELLEN GRACIE e Rel. para o acórdão, Min. GILMAR MENDES, noticiado no Informativo de Jurisprudência do STF nº 343, ano 2004, que é citado, inclusive, por ALMIRO DO COUTO E SILVA, no texto referido.

²¹ Embora sem se referir ao Texto Constitucional brasileiro, ao que parece, no sentido aqui defendido, averba ALICE GONZALEZ BORGES: [...] por sua vez, tal princípio decorre do *princípio da confiança*, tão zelosamente defendido pelos tribunais da Comunidade Européia, como alicerce da *segurança jurídica*, que é um dos pilares do Estado de Direito. In: **Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos**, disponível em jusnavegandi.com.br, acesso em 23.12.2006.



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

o objetivo, por força do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, na linha do efeito expansivo e irradiante das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, como tem ressaltado os constitucionalistas e publicistas contemporâneos²².

Ainda que assim não fosse, a doutrina também vislumbra o princípio da boa fé como uma decorrência lógica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que constituem, respectivamente, fundamento e objetivo primordial da República federativa do Brasil (CR/88, art. 1º, III c/c art. 3º, I).

Neste sentido, TERESA NEGREIROS deixou acertadamente consignado que a livre determinação do conteúdo dos contratos vincula-se ao sistema normativo trazido pela CR/88, o que traduz, no campo dos valores constitucionalmente consagrados, a concepção do contrato como legítimo instrumento para a efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana²³.

Significa dizer, com o movimento contemporâneo de constitucionalização do Direito, mais do que a inserção de normas no texto constitucional, afirma-se a idéia geral de que a legitimidade de qualquer norma, negócio ou ato jurídico passa pelo filtro axiológico da sua prévia conformação ao sistema de normas, valores e objetivos consagrados pela CR/88²⁴.

Assim, a legitimidade instrumental do contrato, enquanto relevante instrumento da Ordem Econômica, em busca da efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, supõe que o seu conteúdo seja a síntese e a expressão dos valores, objetivos e normas que a CR/88 fixou como relevantes, dentre eles, a justiça social, a solidariedade, a erradicação da pobreza e a livre iniciativa, razão pela qual a autora defende, com propriedade, a

²² Neste sentido, vale referenciar o entendimento de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em seu **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 71. Ver, também, LUÍS ROBERTO BARROSO, Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) in: **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. BARROSO, Luís Roberto (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²³ In: **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 107.

²⁴ Sobre o tema, ver LUÍS ROBERTO BARROSO, Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) in: **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. BARROSO, Luís Roberto (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 44.



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

quebra da ampla e irrestrita autonomia contratual ²⁵ ²⁶.

Ademais, a boa fé pode ser considerada, ainda, como elemento nuclear indissociável do princípio constitucional da moralidade administrativa (CR/88, art. 37, *caput*), pois não se pode falar em moralidade nas condutas do Estado sem se passar, necessariamente, pelo exame da boa ou má fé comportamental do agente público e privado parceiro do Estado.

Sobre o tema, MARCELO FIGUEIREDO averba, com propriedade:

“[...] Entendemos que os princípios da boa-fé, da lealdade administrativa, da proibição do enriquecimento sem causa da Administração, são princípios implícitos (contidos) no princípio da moralidade administrativa. [...] De fato, a boa-fé, a proibição do enriquecimento sem causa do particular, são temas edificadas no campo do direito “privado”. [...] Nas relações de direito público o tema reaparece, paulatinamente, com a teoria do abuso do poder. Ademais, percebeu-se que, de fato, o Estado não pode estar alheio aos aludidos princípios. Deveras, o cidadão, o indivíduo, deve poder contar com que o Estado aja com lealdade, com boa-fé²⁷.”

²⁵ In: **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 107-108.

²⁶ Neste sentido, vale conferir o abalizado magistério doutrinário de TERESA NEGREIROS, ao averbar que: [...] A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que esta se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado, cuja vontade em si mesma fosse absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica. Neste sentido “a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana.” In: **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 117-118. Da mesma autora e em sentido semelhante, confira-se a obra intitulada **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 261.

²⁷ In: **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 104-105.



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

A propósito do princípio constitucional da moralidade administrativa, seu relacionamento com a boa-fé e a segurança jurídica das relações jurídicas, vale conferir trecho de substancial acórdão unânime proferido pelo C. STJ, com a relatoria do eminente MIN. JOSÉ DELGADO:

"[...] A CF de 1988 dispõe, expressamente, que o Direito Administrativo, ao ser aplicado a fatos concretos, está subordinado a princípios explícitos: da legalidade (art. 5º, II, 37, *caput*); da impessoalidade (art. 37, *caput*); da publicidade (art. 37, *caput*); da moralidade (art. 37, *caput*, 85, V); da eficiência, conforme está no *caput* do art. 37; o da igualdade ou da isonomia (art. 5º, *caput*); da boa-fé. Outros princípios implícitos derivam da Magna Carta e obrigam a Administração a cumpri-los: finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Enquanto o princípio da legalidade, exige ação administrativa de acordo com a lei, o da moralidade prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração. No cumprimento do princípio da legalidade o administrador não tem necessidade de dedicar a sua atenção com o motivo da própria ação, pois suficiente que se encontre autorizada por lei. O contrário, porém, acontece com o princípio da moralidade, que exige do administrador uma postura que faça com que os seus atos exteriorizem a própria idéia do dever de haver atuado com base em "*regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa*" [...]. Não há condições de se analisar qualquer norma jurídica fora dos pressupostos de moralidade. Essa verdade é intocável. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa a nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores desse princípio. Insurge-se, assim, o administrado, com base em preceito constitucional, contra o erro, o dolo, a violência, a arbitrariedade e o interesse pessoal quando presentes na prática da ação administrativa pública. A moralidade tem a função de limitar a atividade da administração. Exige-se, com base nos postulados que a formam, que o atuar dos agentes públicos atenda a uma dupla necessidade: de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria administração, a fim de que se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo no alcance da imposição do bem comum. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível só com a mera ordem legal. Exige-se muito mais. Necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. Está, portanto, obrigada a se exercitar de forma que sejam atendidos os padrões normais de conduta que são considerados relevantes pela comunidade e que sustentam a própria existência social. Nesse contexto, o cumprimento da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado. Pela efetiva aplicação do princípio da moralidade, está demonstrado que não se pretende restringir o atuar administrativo, pelo contrário, defende-se o desenvolvimento de suas ações com considerável largueza, de modo que as aspirações e necessidades dos administrados sejam atendidas, especialmente, no momento atual, quando o Estado absorveu para si a responsabilidade de prestar inúmeros serviços essenciais à comunidade. Tanto em situação de normalidade, como em estado de anormalidade, o administrador não pode, sob qualquer pretexto, deixar de exercer as suas atribuições longe do princípio da moralidade. Nada justifica a violação desse dogma, por mais iminente que seja a necessidade da entrega da prestação da atividade administrativa. Resta, da parte do agente público, se o ato for indispensável para a administração, praticá-lo de qualquer modo, porém, sempre com o conteúdo da moralidade. Nada justifica o desvio de

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

proceder desse modo. Nada justifica a ruptura dos laços que envolvem esse princípio. Vive-se, na atualidade, o fenômeno de o Estado não se conformar em ser simples mantenedor da ordem social. Isso porque a própria sociedade está a lhe exigir a prestação de mais serviços e, conseqüentemente, a utilização de grandiosas somas de dinheiro. Os novos encargos assumidos pelo Estado determinam o crescimento do seu aparelho administrativo, fazendo aumentar, consideravelmente, a responsabilidade dos agentes públicos. Isso implica ampliar o controle sobre o poder de decisão e enquadrá-lo a regras rígidas de legalidade, impessoalidade, moralidade, continuidade, publicidade e finalidade pública. O princípio da moralidade administrativa não deve acolher posicionamentos doutrinários que limitem a sua extensão. Assim, imoral é o ato administrativo que não respeita o conjunto de solenidades indispensáveis para a sua exteriorização; quando foge da oportunidade ou da conveniência de natureza pública; quando abusa no seu proceder e fere direitos subjetivos públicos ou privados; quando a ação é maliciosa, imprudente, mesmo que somente no futuro uma dessas feições se tornem visíveis. O administrador deve se conscientizar que a moral do dever começa na base de sua atividade. Agindo de acordo com ela, nada mais está alcançando do que a necessidade comum, em face da moralidade ser pressuposto de ação administrativa. A razão de tão larga expressividade do princípio da moralidade no texto da Carta Magna é reflexo do constrangimento vivido pela sociedade brasileira em ser testemunha de desmandos administrativos praticados no trato da coisa pública, sem que se apresentasse, no ordenamento jurídico, qualquer perspectiva de controle eficaz e de determinação de responsabilidade. O bem administrar se constitui numa atuação conjuntural que produza, eficazmente, condições para que o fim a que se destina o Estado seja atingido. Por isso, torna-se claro que bem comum e moralidade administrativa são ideais que jamais podem ser objetivados de modo total em um simples regramento de direito positivo. Eles se caracterizam e se tornam visivelmente presentes através das ações concretas do agente público quando se apresentam totalmente desprovidas de qualquer desvio ou abuso de poder. A

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

violação do princípio da moralidade administrativa implica tornar inválido e censurável o ato praticado com apoio na norma, mesmo que não exista qualquer dispositivo normativo expresso dizendo a respeito. A eficácia e a efetividade do princípio da moralidade nos leva a proclamar que evita a existência de administradores relapsos. Contribuem, outrossim, para conscientizar os cidadãos dos seus direitos de receberem uma boa administração estatal, repelindo, conseqüentemente, um contexto conflitivo permanente entre a administração e o povo. A extensão do princípio da moralidade conduz ao entendimento de que a administração pública tem o "dever de melhor administrar" que ultrapassa o conceito de "bem administrar". Isso representa que, em face de quatro ou cinco hipóteses boas, o administrador público, ao contrário do particular, não tem o direito de escolher qualquer uma delas. É o seu dever adotar a melhor. Se não o fizer, em face de como está posto na Constituição Federal, o juiz tem mais do que o poder jurisdicional, tem o dever de, no exercício do controle da referida atividade administrativa, desfazer a decisão por ser reflexo de uma ação que infringiu a obrigação de "melhor administrar". Esse poder constitucional do juiz é, somente, o de desconstituir o ato administrativo. Não lhe é permitido que substitua a ação administrativa, sob pena de ferir um outro princípio que é o da independência e harmonia dos poderes. O controle da moralidade administrativa permite que o Poder Judiciário avalie e julgue o mérito do ato administrativo, com a finalidade de vedar ao administrador o abuso ou o desvio de poder sob o escudo da discricionariedade e da não-obrigação de motivar. É atividade que se identifica com a obrigação constitucional de controlar os limites da edição do ato administrativo. Este deve se apresentar para o administrado expungido de abuso ou desvio, convergindo para a realização do interesse público. Em suma, o Judiciário tem competência constitucional, do que se extrai do atual texto da Carta Magna, especialmente do art. 37, de anular atos administrativos, mesmo discricionários, que se apresentem viciados por terem sido fundados em objeto desconforme, impossível ou ineficiente no tocante à sua eficácia e efetividade, em relação à finalidade pública. Igual tarefa lhe é exigida quando se depara com atos que se

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

sustentam em motivo inexistente, insuficiente, desproporcional, incompatível ou inadequado, se comparado com o conteúdo idôneo que deve possuir para que sejam atendidos os fins que a lei elegeu para a produção dos seus efeitos²⁸.

Nesta ordem de ideias, a boa fé contratual, que decorre diretamente do sistema da Constituição da República de 1988, deve expandir e irradiar os seus efeitos normativos por todos os contratos, inclusive aqueles em que o Estado seja parte, orientando a sua formação, execução, interpretação, integração e extinção. Daí, pois, a sua relevância enquanto parâmetro de conformação dos contratos da administração pública.

Esses parâmetros normativos, doutrinários e jurisprudenciais devem sempre nortear as parcerias contratuais do Estado e são aplicáveis no caso vertente.

Por tais razões, e com a devida vênia daqueles que entendem em sentido contrário, penso que o ordenamento constitucional e infraconstitucional, notadamente o marco regulatório das licitações e contratações da administração pública, como sucintamente realçado acima, possui robusta normatividade apta a ensejar o afastamento do certame de licitante que se apresente na disputa licitatória com duas ou mais sociedades empresárias.

Essas considerações teóricas são plenamente aplicáveis no caso vertente, em que as sociedades empresárias ÁGILE SERVIÇOS E LIMPEZA LTDA e OFICIAL CONSULTORIA E GESTÃO LTDA, foram indevidamente utilizadas por um dos sócios de ambas, o Sr. DURVAL LICÉRIO FILHO, ao participarem da presente licitação, sob a mesma representação legal, provocando a quebra dos princípios inerentes ao devido processo legal licitatório, notadamente os princípios da isonomia, da competitividade, da moralidade, da probidade, do sigilo das propostas, da livre concorrência e da boa fé objetiva, razões pelas quais as aludidas sociedades empresárias devem ser desclassificadas. A essa altura, é possível ofertar

²⁸ Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL Nº 579.541 - SP (2003/0129889-6), RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO, RECORRENTE: PASCHOAL THOMEU, RECORRENTE : EMPRESA JORNALISTICA FOLHA METROPOLITANA S/A, RECORRIDO : NÉFI TALES. Votação unânime, DJ de 19.04.2004.



PGE/ES
PCA
Fls. N° 41
Nº. Processo 58644911
R: 27

**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

proposições conclusivas, consoante se passa a fazer adiante.

3 Conclusão

Pelo exposto, podem ser apresentadas as seguintes proposições conclusivas:

1 As sociedades empresárias ÁGILE SERVIÇOS E LIMPEZA LTDA e OFICIAL CONSULTORIA E GESTÃO LTDA, foram indevidamente utilizadas por um dos sócios de ambas, o Sr. DURVAL LICÉRIO FILHO, ao participarem da presente licitação, sob a mesma representação legal, provocando a quebra dos princípios inerentes ao devido processo legal licitatório, notadamente os princípios da isonomia, da competitividade, da moralidade, da probidade, do sigilo das propostas, da livre concorrência e da boa fé objetiva (CR/88, art. 37, *caput* e inciso XXI c/c art. 170, IV c/c art. 173, par. 4º c/c Lei nº 8666/93, art. 3º c/c art. 43 c/c Lei nº 12.529/2011, art. 36 c/c CCB/2002, art. 422), razões pelas quais as aludidas sociedades empresárias devem ser desclassificadas.

2 Todas as sociedades empresárias que se encontrem na mesma situação, no presente certame, qual seja, a participação de duas ou mais sociedades empresárias com sócios em comum, devem ter as suas propostas desclassificadas, pela ostensiva quebra dos princípios inerentes ao devido processo legal licitatório, notadamente os princípios da isonomia, da competitividade, da moralidade, da probidade, do sigilo das propostas, da livre concorrência e da boa fé objetiva (CR/88, art. 37, *caput* e inciso XXI c/c art. 170, IV c/c art. 173, par. 4º c/c Lei nº 8666/93, art. 3º c/c art. 43 c/c Lei nº 12.529/2011, art. 36 c/c CCB/2002, art. 422).

3 Recomenda-se a observância do devido processo legal sancionador para a aplicação das penalidades devidas, previstas em lei e no edital regente do certame, aos licitantes que se encontrarem na situação descrita acima, qual seja, a participação de duas ou mais sociedades empresárias com sócios em comum, na presente licitação, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002 c/c o art. 87 da Lei nº 8666/93.

4 Recomenda-se, ainda, a remessa de cópia integral dos presentes autos, assim como dos respectivos autos do processo

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



PGE/ES
PCA 42
Fls. N°
Nº. Processo 58644911
R: 2

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

licitatório respectivo, ao Douto Ministério Público do Estado do Espírito Santo, tendo em vista que as condutas descritas nos presentes autos, ao que tudo indica, se adequam tipicamente às figuras descritas nos arts. 90 e 94 da Lei nº 8666/93.

5 Recomenda-se a modificação dos instrumentos padronizados de editais de licitações, no âmbito deste Estado, para constar expressamente, dentre as vedações de participação nos certames licitatórios, a seguinte redação:

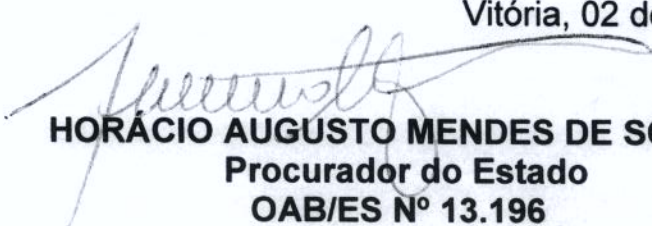
“Fica vedada, também, a participação de duas ou mais empresas que tenham sócios e/ou representantes legais em comum.”

Por derradeiro, sugere-se a edição de Enunciado, pelo Colendo Conselho Superior desta PGE, com o seguinte teor:

“Com exceção da hipótese de consórcio entre licitantes, previamente admitida pela administração pública no edital, é vedada a participação na licitação de duas ou mais empresas que tenham sócios e/ou representantes legais em comum.”

É o que me parece, s.m.j.

Vitória, 02 de agosto de 2012__


HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA
Procurador do Estado
OAB/ES Nº 13.196__



GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROCESSO: 58644911

RUBRICA: g

FOLHA: 43

Recebi e encaminho ao Procurador Chefe da PCA/PGE.

Em, 08/08/2012


Maria Inês Valadão

Secretária da PCA – PGE/ES



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

PGE/ES	
Fls. 17-42	44
Nº	58644911
IR	

Processo nº 58644911

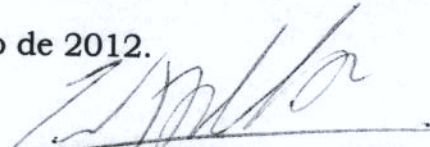
D E S P A C H O

Aprovo, por seus próprios fundamentos, o R. Parecer PGE/PCA nº 1072/2012 lavrado às fls. 17-42 pelo Ilustre Procurador do Estado, Dr. Horácio Augusto Mendes de Sousa, que analisou consulta formulada pela Agência Reguladora de Serviços Públicos (ASPE), relativa ao procedimento licitatório na modalidade pregão eletrônico para contratação de empresa prestadora de serviços de limpeza, copa e conservação, **devendo ser atendidas integralmente as recomendações apontadas pelo eminente parecerista.**

Além das providências indicadas pelo Nobre Colega referente à alteração das minutas padronizadas e propositura de Enunciado Administrativo, que serão objeto de pronta apreciação nesta Consultoria Administrativa, recomendo o encaminhamento de cópia de sua manifestação a todos os órgãos da administração estadual, direta e indireta, o que poderá ser efetivado por meio da Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos (SEGER).

À Subprocuradoria Geral para Assuntos Administrativos (SPGA).

Vitória, 10 de Agosto de 2012.


LEANDRO MELLO FERREIRA
Procurador do Estado

Procurador- Chefe da Procuradoria de Consultoria Administrativa – PCA

MMM

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel:27-3636-5050 – Fax:27-3636-5056 – e-mail:pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2012.02.001069