

executados, deve ser aplicada a pena mais rigorosa, a declaração de inidoneidade”.

Quanto à aplicação das penalidades de advertência, de suspensão temporária e da declaração de inidoneidade, a mesma não ocorre de forma automática, logo, em observância ao princípio constitucional do devido processo legal, previsto no art. 5º, LV, da CF, deve-se dar ao acusado o direito de defesa, que nos termos do art. 87, §2º, da Lei 8.666/93, deverá ser realizado no prazo de cinco dias.

**2.2. Do alcance da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no inc. III, do art. 87, da Lei nº 8.666/91.**

A consulta encaminhada a esta Corte de Contas, pelo Secretário de Estado da Fazenda, diz respeito aos efeitos decorrentes da aplicação da sanção de suspensão temporária, tema divergente na doutrina e jurisprudência.

Isso porque o legislador utilizou o termo “Administração” quando tratou da sanção de suspensão temporária (III) e, na declaração de inidoneidade (IV) já utilizou o termo “Administração Pública”, expressões que para uma parte da doutrina possuem o mesmo significado.

Contudo, a própria lei que prevê as sanções, faz distinção, nos incisos XI e XII, do artigo 6º, entre as expressões utilizadas, “Administração” e “Administração Pública”. Transcreve-se:

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

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

Nesse cenário, surgiram duas correntes. A primeira corrente defende que o efeito é restritivo, logo, restringe-se ao ente federativo que aplicou a sanção, com fundamento nos princípios do Federalismo (autonomia dos entes políticos), e da Competitividade, previsto no inciso I, §1º, do Art. 3º, da Lei de Licitações e Contratos, e sob o argumento da impossibilidade de interpretação ampliada em matéria de infração.

A segunda corrente, por sua vez, adota o efeito extensivo, argumenta com base nos princípios da moralidade administrativa, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público.

**2.2.1. Da Doutrina e da Jurisprudência**

Entre os que defendem a aplicação da penalidade restrita ao âmbito do órgão, entidade ou unidade administrativa que aplica a penalidade, o administrativista Jessé Torres Pereira Junior, pondera que:

*“A diferença do regime legal regulador dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade reside no alcance de uma e de outra penalidade. Aplicada a primeira, fica a empresa punida impedida perante as licitações e contratações da Administração; aplicada a segunda, a empresa sancionada resulta impedida perante as licitações e contratações da Administração Pública”*

Com base na Decisão nº 36/2001 do TCU, a seguir transcrita, passa-se a argumentar.

Da análise detida da Lei 8.666/93 observa-se o cuidado que legislador teve ao trazer no corpo da lei uma definição precisa dos termos Administração e Administração Pública, com o intuito de deixar claro que se trata de termos distintos para os fins que se propõe.

Num primeiro momento, com base na simples leitura dos artigos 6º, XI e XII e 87, III, do Estatuto das Licitações, chegar-se-ia à conclusão de que a tese do efeito extensivo estaria descartada, uma vez que de acordo com o jargão jurídico, “a lei não contém palavras inúteis”.

Ademais, não cabe ao intérprete ampliar os efeitos da lei quando se está diante de norma que estabelece uma sanção, qual seja: restrição ao direito de licitar e ser contratado.

Ainda que haja uma certa distinção entre as sanções penais e administrativas, ambas de cunho punitivo, certo é que os princípios de Direito Penal deverão ser observados, em particular a proibição da analogia.

Concluir pela aplicação da penalidade de suspensão temporária a toda Administração, nos exatos termos em que o é para a declaração de inidoneidade, significa criar uma hipótese não prevista na lei, o que fere de morte o princípio da reserva legal (art.5º, XXXIX, da CFR/88).

Na realidade, como os conceitos foram trazidos pela própria lei, cabe ao intérprete, tão somente, fazer a interpretação contextual, que nada mais é do que a interpretação autêntica (aquela que emana do criador da lei) trazida no próprio texto da lei interpretada.

Outrossim, as penalidades de suspensão temporária e declaração de inidoneidade são institutos distintos, o que se conclui não apenas em razão da graduação que possuem, mas também em

razão da duração e da autoridade competente para sua aplicação. Enquanto a suspensão temporária possui um prazo máximo de dois anos e pode ser aplicada pelo gestor, a declaração de inidoneidade não possui prazo certo, aplicável pelo Ministro de Estado ou autoridade competente.

Por fim, outro argumento, no sentido de confirmar a distinção de abrangência existente entre elas, está fundamentado no art. 97, da Lei de Licitações e Contratos, que apenas considera crime licitar ou contratar com empresa declarada inidônea:

*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.*

Por todo o exposto, não tem como ser dado a essas sanções um tratamento semelhante no que diz respeito a sua abrangência, como quer fazer a corrente extensiva, se resta claro que o legislador fez questão de criar institutos distintos.

Transcreve-se a tese defendida pelo jurista José dos Santos Carvalho Filho, um dos adeptos da corrente extensiva, que assim se manifestou:

*“Na verdade, não conseguimos convencer-nos, data vênia, de qualquer dos pensamentos que concluem no sentido restritivo dos efeitos punitivos. Parece-nos que o efeito deva ser sempre extensivo. Em primeiro lugar, não conseguimos ver diferença de conceituação naqueles incisos do art. 6º, já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art. 87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeitá-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é uma, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura.”*

Da leitura do texto, como dito alhures, os adeptos da corrente extensiva fundamentam seus argumentos basicamente nos princípios da moralidade administrativa e da supremacia do interesse público.

Não é demais citar o posicionamento do renomado doutrinador Marçal Justen Filho, precursor da referida tese:

*“(…) pode-se contrapor que a lógica excluiria o cabimento de sancionamento ao sujeito no estrito âmbito de um único e determinado sujeito administrativo. Se o agente apresenta desvio de conduta que o inabilitam para contratar com um determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda a Administração Pública. Assim se passa porque a prática do ato reprovável, que fundamenta a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança. Um exemplo prático permite compreender o raciocínio. Suponha-se que o contratado deixe de adimplir às obrigações assumidas num contrato de empreitada de obra pública. Entrega à Administração uma obra defeituosa. Sancionado com a suspensão do direito de licitar, estaria ele livre para contratar com outros entes da Administração pública? Reputa-se que a resposta negativa é a mais compatível com a ordem jurídica.”*

Acrescenta-se ainda a doutrina de Juarez Freitas, que trouxe novos argumentos a fim de justificar a aplicação da sanção de suspensão temporária a toda Administração, *in verbis*:

*“O princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui que a administração pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de que determinada atividade implicará dano injusto, se encontra na obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições, competências e possibilidades orçamentárias. Quer dizer, tem o dever incontornável de agir preventivamente, não podendo invocar juízos de conveniência ou de oportunidade, nos termos das concepções de outrora acerca da discricionariedade administrativa.”*

*Já o princípio constitucional da precaução, igualmente dotado de eficácia direta e imediata, estabelece (não apenas no campo ambiental, mas nas relações de administração em geral) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentalmente temidos (juízo de forte verossimilhança). O Estado precisa agir com precaução, na sua versão balanceada, se e quando tiver motivos idôneos a ensejar a intervenção*

*antecipatória proporcional.”*

**Da Jurisprudência**

**2.2.2. Do STJ**

Vejam-se alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência consolidada abarca a tese da corrente extensiva: *“É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.*

*- A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.*

*- A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação em licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estende a qualquer órgão da Administração pública.” (STJ. 2ª Turma. RESP 151.567/RJ. Registro nº199700732487. DJ de 14.04.2003)*

*“A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federativo que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.” (REsp nº 174.247/SP, 2º T., rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.11.2004)*

*“Por fim, não é demais destacar que neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a sanção de impedimento de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela”. (RMS nº 32628/SP, 2º T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 14.09.2011)*

**2.3.2. Do TCU**

Nesse diapasão, veja-se a decisão nº 36/2001 do TCU, cuja tese encampada é a corrente restritiva:

*“4.3 Existem duas interpretações possíveis para o dispositivo: a de que o termo ‘Administração’ refere-se apenas ao órgão que aplica a penalidade e aquela que o DNER apresenta em sua justificativa, de que o impedimento abrangeria todos os órgãos da Administração Pública na esfera do órgão sancionador. O responsável traz em sua defesa a tese do Administrativista Marçal Justen Filho, in verbis:*

*‘(…) essa interpretação não apresenta maior consistência, ao mesmo enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, não haveria sentido em circunscrever os efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. (...) A mais nítida diferença entre as figuras é a do prazo.(…)’*

*4.3 Não é esse o entendimento do Tribunal, conforme podemos observar nas Decisões 369/99, 226/00 e 352/98 do Plenário. Desta última, proferida no Processo TC 017.801/95-8, destaco três fortes argumentos para combater a tese acima:*

*As sanções elencadas no art. 87 da Lei n.º 8.666/93 encontram-se em escala gradativa de gravidade: advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Percebe-se a intenção do legislador de distinguir as duas últimas figuras, de forma a permitir ao administrador que penalize uma falta não tão grave apenas com a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos. Por outro lado, a sanção mais grave seria declarar o licitante inidôneo para contratar com a Administração Pública. O legislador utilizou os conceitos da própria Lei, art. 6.º, incisos XI e XII, para definir a abrangência das duas sanções: a primeira aplica-se apenas à Administração como órgão, entidade ou unidade administrativa que atua concretamente, e a segunda aplica-se à administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

*Tais dispositivos cuidam de restrição de direitos, pelo que devem ser interpretados de forma restritiva. Não se permite estender a lei penal, aplicá-la por analogia ou paridade, reprimindo ações e aplicando penas sem fundamento legal específico e prévio. A impropriedade de termos ou lapso na redação não se presume, deve ser demonstrada cabalmente, sob pena de se praticar a injustiça.*

*O art. 97 da Lei comprova a diversidade de abrangência das duas sanções, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade.*

*É crime ‘admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo’, para o qual existem penas de detenção de 6 meses a 2 anos e multa. ‘Essa constatação ratifica o entendimento de que o impedimento de licitar ou contratar com alguém apenas com a sanção do art. 87, inciso III, restringe-se ao órgão ou entidade que aplicou a sanção, já que não há quaisquer óbices a que outros órgãos venham a fazê-lo.’*