

TCU volta a discutir a acumulação de sanções de inidoneidade



Júlio Marcelo de Oliveira
procurador junto ao TCU

O Tribunal de Contas da União está em vias de debater e deliberar

novamente sobre a sistemática de cumprimento das declarações de inidoneidade, previstas no artigo 46 da Lei 8.443/1992, no caso de o TCU aplicar mais de uma pena ao mesmo licitante, em processos distintos.

Por meio do Acórdão 348/2016 – Plenário, o TCU decidiu que:

“9.2.4. a cumulação de mais de uma sanção de declaração de inidoneidade, cominada à mesma licitante, com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992, está temporalmente limitada, em seu conjunto, ao total de cinco anos, tendo por base a aplicação analógica da regra estampada nos §§ 1º e 2º do artigo 75 do Código Penal Brasileiro, de sorte que, sobrevindo nova condenação:

9.2.4.1. por fato posterior ao início do cumprimento da punição anterior, far-se-á nova unificação, somando-se o período restante da pena anterior com a totalidade da pena posterior, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido; e

9.2.4.2. por fato anterior ao início do cumprimento da punição anterior, deve ser lançada no montante total já unificado.”

O Ministério Público de Contas recorreu dessa decisão, propondo que seja adotada a seguinte redação:

“9.2.4. a cumulação de mais de uma sanção de declaração de inidoneidade, cominada à mesma licitante, com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992, não está temporalmente limitada em seu conjunto, devendo as punições serem cumpridas integral e sucessivamente, sem necessidade de somá-las ou unificá-las, iniciando-se a pena subsequente imediatamente após o cumprimento da pena anterior;”

Sucessivamente, o MP de Contas defende que seja adotado o prazo máximo de trinta anos para a cumulação de penas de declaração de inidoneidade, aplicadas à mesma licitante. Nesta hipótese, a redação seria a seguinte:

“9.2.4. a cumulação de mais de uma sanção de declaração de inidoneidade, cominada à mesma licitante, com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992, está temporalmente limitada, em seu conjunto, ao total de trinta anos, tendo por base a aplicação analógica da regra estampada no artigo 75 do Código Penal Brasileiro, devendo as punições serem cumpridas sucessivamente, sem necessidade de somá-las ou unificá-las, iniciando-se a pena subsequente imediatamente após o cumprimento da anterior.”

Em sua deliberação anterior, o TCU contou com subsídios de sua Consultoria Jurídica, que sustentou a aplicação às declarações de inidoneidade concomitantes do instituto do concurso material, na forma do artigo 69 do Código Penal Brasileiro e, “tendo em vista a vedação constitucional à aplicação de sanções pessoais de caráter perpétuo, propõe que, ultrapassando cinco anos a soma das penas aplicadas, seja adotado o procedimento de unificação de penas de restrição de liberdade previsto no artigo 75, § 2º, do Código Penal Brasileiro, que consiste em, sobrevindo nova condenação, desprezar o tempo já cumprido e somar o tempo a cumprir”.

Em face do pedido de reexame interposto pelo Ministério Público de Contas, a Secretaria de Recursos do TCU opinou no seguinte sentido:

“9.2.4. a cumulação de mais de uma sanção de declaração de inidoneidade ao mesmo licitante, com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992, está temporalmente limitada, em seu conjunto, ao total de dez anos, tendo por base a aplicação analógica do artigo 22, § 3º, da Lei 9.605/1998. Para a cumulação, observam-se os critérios dos §§ 1º e 2º do artigo 75 do Código Penal, de sorte que:

9.2.4.1 as sanções são executadas sucessivamente, na ordem dos respectivos trânsitos em julgado, observando-se o limite temporal de dez anos contados, como regra, do início do cumprimento da primeira sanção da série;

9.2.4.2. caso o agente cometa novo ilícito no curso da execução das sanções, a contagem do prazo de dez anos é reiniciada a partir da data do fato superveniente, desprezando-se, assim, o período de punição já cumprido.”

Ao ver do Ministério Público de Contas, não deve prevalecer o juízo de que o cumprimento do conjunto das sanções de declaração de inidoneidade da empresa para licitar com a administração pública, com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992, deva se limitar a cinco ou a dez anos.

Como não há expressa previsão legal do prazo para a cumulação de mais de uma pena de declaração de inidoneidade, aplicada a uma mesma licitante, não deve o TCU estabelecer o citado prazo máximo de cinco ou de dez anos. Do mesmo modo, pela mesma razão, não cabe a adoção, por analogia ao Direito Penal, do limite de 30 anos.

A limitação em cinco anos, fixada na deliberação recorrida, configura ofensa a diversos princípios norteadores da administração pública, em especial os da legalidade, da finalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da supremacia do interesse público e da moralidade.

A ausência de previsão legal sobre o prazo para o cumprimento conjunto das sanções de declaração de inidoneidade obsta a imposição de limite pelo tribunal, sobretudo de limite tão reduzido de cinco anos. Neste caso, não é alcançada a finalidade da lei, qual seja, a de defender o interesse público e de afastar, das licitações públicas, infratores contumazes do ordenamento jurídico.

De acordo com o princípio da igualdade, cuja máxima é tratar os iguais na medida de sua igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade, tem-se que o prazo de cinco anos trata do mesmo modo empresas em situações assaz distintas, igualando aquelas que cometeram uma irregularidade grave em caso isolado àquelas que adotaram uma multiplicidade de condutas ilícitas reiteradas, sendo violadoras contumazes das normas de regência e dos princípios administrativos.

No caso, para a apropriada observância desse princípio, as empresas que adotam reiteradamente condutas violadoras das leis devem cumprir cumulativamente as penas a ela aplicadas, sem limite de prazo para o seu somatório, sob pena de inefetividade das sucessivas sanções.

A adoção de prazo tão reduzido para o cumprimento do conjunto das sanções de declaração de inidoneidade constitui inobservância ao princípio da supremacia do interesse público. Isso porque não alcança o efeito de preservar o interesse público dos órgãos lesados, privilegiando o interesse de empresas violadoras contumazes da lei.

O princípio da razoabilidade também resta ferido no caso em tela. A adoção do mesmo tratamento a empresas em situações tão distintas não se mostra razoável e justa. A fixação de prazo máximo reduzido, de uma pena muito branda, estimula sobremaneira a prática reiterada de graves condutas antijurídicas. Ou seja, a definição de um patamar máximo de cinco anos, independentemente do número de infrações cometidas, deixa de dissuadir comportamentos reiteradamente violadores da lei e acaba por estimular o senso de impunidade e o indesejado desprestígio às normas sancionadoras e às instituições, sinalizando para toda a sociedade que o crime compensa.

Em um Estado Democrático de Direito, o poder público deve repudiar comportamentos imorais e inidôneos. O princípio da moralidade vincula não somente a conduta do administrador, mas também a conduta dos particulares que porventura participem dos concursos licitatórios, visando a impedir, por exemplo, a realização de conluio entre os licitantes.

A adoção do prazo máximo de cinco anos ofende o princípio da moralidade, eis que privilegia empresas reincidentes em detrimento daquelas que, após uma sanção de declaração de inidoneidade, regressam ao comportamento lícito.

Além disso, a adoção de limite tão diminuto para o cumprimento da totalidade das sanções (cinco anos) mitiga a finalidade preventiva da punição.

A pena de declaração de inidoneidade, em seu caráter repressivo e preventivo, tem como fim último evitar o cometimento de novas condutas, tanto pelo apenado como por outras empresas.

Com efeito, a aplicação da pena de declaração de inidoneidade, por concurso material, pelo somatório de cada uma delas não constitui sanção perpétua.

O significado literal de perpétuo é eterno, vitalício. No entanto, o conceito de perpetuidade da pena não se aplica, no caso em tela, à pessoa jurídica, pois a vigência da sociedade empresária é, em princípio, indeterminada. Ou seja, o cidadão tem uma expectativa média de vida, o que justificaria a restrição da pena ao prazo de trinta anos para inviabilizar a vitaliciedade, já as empresas em atividade, como regra, têm vigência indeterminada (vide, v.g., os arts. 1.029 e 1.033 do Código Civil).

No caso, não resta caracterizada a perpetuidade da pena, vedada no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal, tampouco equivale à sentença de morte da empresa sancionada cumulativamente por prazo superior a cinco anos, limite este estabelecido na deliberação recorrida.

A empresa declarada inidônea para licitar com a Administração Pública, com fulcro no artigo 46 da Lei 8.443/1992, não está necessariamente fadada a desaparecer. Tem ela a opção de se voltar para o mercado privado interno e, até mesmo, o mercado externo, especialmente no caso das grandes empresas.

De toda sorte, não é tarefa do TCU a tutela de direito subjetivo da empresa. Se a empresa não quer perder o direito de contratar com a administração pública, deve ela respeitar a legislação de regência, abolindo as condutas ilícitas, sobretudo aquelas reiteradas.

A sobrevivência, a sobrevivência das empresas não pode e não deve estar condicionada a contratações pelo poder público, até porque a administração pública não tem, nem poderia ter, interesse em contratar empresas fraudadoras, enquanto não houver a justa e devida reabilitação dos inidôneos.

Além disso, se porventura alguma empresa apenas deixar de reunir condições econômico-financeiras de subsistir, sua atuação certamente será substituída por outras empresas, que proverão a Administração dos bens e dos serviços por ela necessários, mas em padrão de conduta ético. Nessa linha, o desaparecimento de empresas praticantes de ilícitos graves e sua substituição por outras observadoras das regras legais é altamente salutar para a economia. Isso induz o mercado a uma redução de custos e aumento da produtividade, em razão da concorrência real, não fraudada, entre as empresas.

Ainda que se faça analogia com o Direito Penal, as conclusões serão as mesmas que as ora defendidas, no sentido de que o exíguo prazo de cinco anos não se mostra apropriado em comparação ao limite de trinta anos ali estabelecido, eis que enfraquece o caráter retributivo e preventivo da pena de declaração de inidoneidade.

Ressalte-se que, no Direito Penal, a reincidência é normatizada com medidas mais gravosas para o condenado, com vistas a dissuadi-lo de novas práticas delituosas. Assim, o condenado que persiste nas condutas criminosas deve ser tratado com maior rigor.

A respeito, cumpre trazer a lume o entendimento do STF sobre a matéria (RE 453.000), no qual o

instituto da reincidência foi considerado constitucional.

No caso, o Relator da matéria, Ministro Marco Aurélio Mello, salientou que, na reincidência, “leva-se em conta, justamente, o perfil do condenado, o fato de haver claudicado novamente, distinguindo-o daqueles que cometem a primeira infração penal”. “Vê-se que a reincidência repercute em diversos institutos penais, compondo consagrado sistema de política criminal de combate à delinquência”. E “o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala”.

Se o próprio direito penal, que tutela bem jurídico mais sensível e valioso, com penas privativas de liberdade, prevê o agravamento da pena pela reincidência e o cumprimento do somatório de sanções pelo período de trinta anos, ou até mais, no caso de sobrevir nova condenação, com mais razão deve o direito administrativo fazê-lo, mas, no caso, sem limitar o prazo para cumprimento sucessivo das sanções de declaração de inidoneidade tratadas nestes autos.

A adoção, sem expressa previsão legal, de prazo tão limitado para o cumprimento do conjunto das sanções de declaração de inidoneidade previstas no artigo 46 da Lei 8.443/1992 mostra-se temerária, eis que traz o risco de indevida restrição à atuação do TCU no exercício de sua missão constitucional de controle externo e ao seu poder sancionador legalmente fixado, com indesejável descrença na instituição e no ordenamento jurídico por parte dos infratores contumazes.

Essa restrição fragiliza o controle externo, visto que deixa de punir adequada e suficientemente as empresas que, de forma reiterada, violam a lei. Reduz, assim, o alcance da atuação do TCU no sentido de prevenir e de reprimir as irregularidades perpetradas por estas empresas.

A exemplo da pena de multa, que deve ser aplicada em virtude de cada ilícito cometido, sem limite máximo, não deve o Tribunal restringir, sem respaldo legal, o seu poder-dever de punir aqueles que desafiam a ordem jurídica vigente, sob pena de prevalecer a impunidade.

A declaração de inidoneidade é pena importante para a conformação de um sistema de sanções que cumpra com sua missão de não só reprimir e sancionar condutas reprováveis, como também de dissuadir os agentes econômicos de cometerem novas condutas ilícitas.

O Estado tem o poder-dever de punir e a punição deve ser exemplar, de modo que não reste dúvida alguma, seja para a sociedade empresária e para seus dirigentes, seja para os operadores do Direito e para a comunidade em geral, do altíssimo grau de reprovabilidade das condutas lesivas ao procedimento licitatório. A exemplaridade é um dos atributos mais importantes da pena e nela reside seu poder de dissuasão.

No âmbito do controle externo, esse altíssimo grau de reprovabilidade das condutas lesivas é dado a conhecer por meio da fixação da pena de inidoneidade pelo TCU. É a dosimetria, o quantum da sanção, que evidencia a todos quão ilegítima a conduta é.

Tenha-se presente que a função social da empresa deve ser a preocupação primeira das próprias empresas. Estas, sim, devem ter como norte, permanentemente, o bem comum, o efetivo respeito às leis,

vigas mestras do Estado Democrático de Direito.

A partir do momento em que, por opção própria, as empresas decidem transgredir e efetivamente transgridem, mais de uma vez, os pilares de boa-fé e de probidade do ordenamento jurídico, assumem o risco da cumulação de sanções naturalmente mais gravosas e devem responder por todas as consequências de cada um dos atos ilícitos a que deram causa.

Não é preciso lembrar que a declaração de inidoneidade para participar de licitação na administração pública federal (artigo 46 da Lei 8.443/1992) tem por substrato fático o cometimento de fraude e que a finalidade da sanção é justamente a de coibir a prática de fraude, não somente em licitações, no sentido estrito, mas também em procedimentos similares ([Acórdão 1.946/2015 – Plenário](#)).

Não há óbice algum à aplicação de mais de uma pena de inidoneidade para participar de licitação na administração pública federal (artigo 46 da Lei 8.443/1992) à mesma empresa, se os fatos que determinaram a aplicação das penalidades ocorreram no âmbito de diferentes contextos fáticos (Acórdão 758/2015 – Plenário, Boletim de Jurisprudência TCU 77/2015).

A sanção precisa ser efetiva e a efetividade advém, na prática, do cumprimento das sanções de forma integral, sem a redução de qualquer dia do prazo de cada uma das condenações.

Date Created

20/11/2018