

Os Limites das Sanções Administrativas na Lei 8.666/99

Francisco Arthur de Siqueira Muniz

Advogado, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Bacharel pela mesma IES, tendo cursado parte dos créditos da Graduação na Universidade de Coimbra. Ex-Bolsista pelo CNPq.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1. PRESSUPOSTOS PARA CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E AS NOTAS DISTINTIVAS ENTRE A SANÇÃO DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. 2. OS PROBLEMAS ADVINDOS DA “EMENTOLOGIA” DO STJ. 3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E FEDERAIS. 4. A POSIÇÃO DA DOUTRINA. 5. O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Busca-se neste artigo tecer considerações acerca da natureza jurídica e distinções entre as sanções insertas no art. 87, III e IV da Lei 8.666/93. Analisa-se a natureza das sanções sob o prisma da teleologia da norma e dos princípios que regem a Administração Pública. Comenta-se a jurisprudência do STJ, a posição da doutrina e dos tribunais de contas para, ao final, concluir pela limitação temporal e espacial do âmbito de incidência da penalidade de suspensão temporária ao órgão que aplicou a sanção e pelo alcance a toda a Administração Pública da declaração de inidoneidade.

Palavras-chave: Sanções administrativas. Limites. Distinções.

ABSTRACT: This article seeks to make remarks about the nature and legal distinctions between the sanctions embodied in the art. 87, III and IV, of the Act 8.666/93. It is analyzed the nature of sanctions through the prism of teleology of the Act and the principles of the public administration. Comments to the jurisprudence of the STJ, the position of the doctrine and the Courts of Accounts to, in the end, conclude that temporal and spacial limitation must be applied to the penalty of temporary suspension by the entity that imposed the penalty and the declaration of unfitness must reach all the Public Administration.

Keywords: Administrative sanctions. Limits. Distinctions.

Introdução

Em homenagem aos princípios que regem a Administração Pública insertos no *caput* do art. 37 da Constituição, o inciso XXI do mesmo dispositivo consigna pressuposto geral às contratações realizadas por entes públicos: o procedimento licitatório. No intuito de regular o referido inciso, a Lei 8.666/93 estabeleceu as normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública, que, norteadas pelos princípios da moralidade, igualdade e supremacia do interesse público, dispôs acerca das sanções administrativas aplicáveis no caso de inexecução total ou parcial do contrato.

O artigo 87 da Lei das Licitações enumera as quatro diferentes sanções administrativas que podem ser impostas por ente público, a saber: advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Busca-se neste artigo tecer considerações acerca das notas distintivas entre duas das sanções elencadas no art. 87, mais precisamente aquelas dispostas nos incisos III e IV, da Lei de Licitações e Contratos: a “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública” e a “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração”. Traz-se ao lume o *imbróglio* causado pela “ementologia” da jurisprudência do STJ, que, dissociada de análise do inteiro teor dos julgados paradigmas, parece não distinguir as sanções em questão. Com base no dissenso decorrente da mera análise das ementas dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, situamos a posição da doutrina, dos tribunais de contas e da jurisprudência brasileira em relação à matéria.

Ao final, destacamos a importância de analisar as sanções insertas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93 à luz dos princípios da legalidade, da razoabilidade, proporcionalidade e da reserva legal absoluta, ante a limitação dos direitos fundamentais dos jurisdicionados que são ínsitas às sanções administrativas impostas pelo poder público.

1. Pressupostos para a concretização normativa das sanções administrativas e as notas distintivas entre a sanção de suspensão temporária e declaração de inidoneidade

Respeitar as características que distinguem as sanções administrativas implica analisar a hipótese normativa descrita pelo legislador em consonância com a sua teleologia, com os princípios que as regem e interpretar de forma sistêmica o preceito, para melhor concretizá-las (MÜLLER, 2009, p. 305) no caso concreto. Ressalte-se que reconhecer a intencionalidade legislativa tal qual descrita na norma positivada não é o mesmo que aquiescer às intenções do legislador (WALDRON, 2004, p. 304), mas, tão-somente, admitir que a legislação indica os pontos de partida e traz em si elementos prescritivos (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 293) para a interpretação judicial, apesar de não se constituir a única ferramenta para a criação da norma jurídica aplicável ao caso concreto.

Antes de se posicionar, por conseguinte, acerca dos limites das sanções administrativas em comento, faz-se mister analisar os comandos normativos em que estão insertas, as características de cada uma e suas notas distintivas, pressuposto e ponto de partida dos limites da interpretação na concretização normativa.

No caso da declaração de inidoneidade e da suspensão temporária, por se tratarem de limitações impostas à liberdade dos jurisdicionados, assemelham-se às sanções de cunho penal, submetendo-se o Poder Público às mesmas limitações hermenêuticas para aplicá-las. É o entendimento do STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE COLETIVO E INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. TAXI. PENALIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA.

1. A aplicação de penalidades está sujeita ao princípio da legalidade estrita. Mesmo no âmbito do poder de polícia, a Administração não está autorizada a aplicar sanções não previstas em lei. Não é legítima a aplicação a motoristas de taxi, modalidade de transporte individual, de penalidades estabelecidas para infrações no âmbito do

transporte coletivo de passageiros. No âmbito do poder estatal sancionador, penal ou administrativo, não se admite tipificação ou penalização por analogia.

2. Recurso ordinário provido.

(RMS 21.922/GO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2007, DJ 21/06/2007 p. 273) (Grifos nossos)

Se “Não há que falar-se de um ilícito administrativo distinto de um ilícito penal” (CRETELLA JUNIOR, 2006, p. 397), impõe-se o atendimento ao princípio da reserva legal absoluta, sendo vedado o uso de qualquer outra espécie normativa para regular a questão, ou de aplicação analógica das sanções a casos não prescritos em lei. Noutros termos, é uma questão de competência, ou seja, todo e qualquer ato que venha a intervir no direito de liberdade ou de propriedade das pessoas carece de lei prévia que o autorize (STF, 2007).

Estabelecidas as balizas interpretativas das sanções administrativas, é de se ter em conta que as restrições à contratação com o poder público podem ser de duas espécies: a) Sanção por ato doloso, com declaração de inidoneidade para licitar, com efeitos *erga omnes*, que geram o impedimento de contratação com toda a Administração Pública¹ e por prazo não determinado em lei; b) Sanção culposa, com suspensão temporária do direito de licitar, que tem efeito territorialmente delimitado por força de lei e temporalmente restrito ao prazo máximo de dois anos.

A limitação territorial da sanção de suspensão temporária está delineada pelo termo “Administração”, utilizado pelo legislador no art. 87, III, da Lei 8.666/93, cujo art. 6º, XII, conceitua como o “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”. A intenção do legislador parece evidente: ao distinguir na própria lei os termos “Administração” e “Administração Pública”, delimita o âmbito de incidência das sanções, constituindo uma gradação necessária à

¹ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-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;

adequação da penalidade ao caso concreto, conforme rezam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cuja teleologia é a vedação de obrigações, restrições ou sanções em medida superior à necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins (MEDAUAR, 2002, p. 158). Também decorre da gradação das penalidades a impossibilidade de serem cumuladas as sanções dos incisos III e IV do art. 87, sob pena de se caracterizar *bis in idem*, vez que ambas apresentam eficácia e objetivos semelhantes, posição agora assumida também por Marçal Justen Filho, que retifica equívoco grave reiterado em edições anteriores de seus comentários à Lei 8.666/93 (JUSTEN FILHO, 2010, p. 896).

Outra distinção entre as duas sanções está na competência para a imposição. Ao passo que a declaração de inidoneidade é exclusivamente imposta por ministro de Estado ou autoridade equivalente, a suspensão temporária pode ser aplicada por qualquer gestor, conforme disponha o regimento interno da autoridade contratante (FURTADO, 2007, p. 451).

Apesar de a própria ontologia das sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade se encarregar de limitar a atuação interpretativa do operador do direito, há controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto à distinção dos referidos conceitos, que podem ser atribuídas à posição isolada de Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2010, p. 892) e do estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça limitado à análise das ementas dos acórdãos tidos por paradigmas acerca do tema, que abaixo serão minudenciados.

2. Os problemas advindos da “ementologia” do STJ

O neologismo “ementologia” refere-se à atividade de estudo do entendimento dos tribunais limitado à análise das ementas dos acórdãos, que, nem sempre, reproduzem com fidelidade os aspectos fático-jurídicos debatidos nos autos, o que finda por induzir em erro aqueles que se restringem a esta análise perfunctória dos julgados. É justamente o caso dos Recursos Especiais nº 151.567/RJ e 174.274/SP, ambos provenientes da Segunda Turma do STJ e tidos por paradigmas sobre o tema, os quais em uma observação puramente “ementológica”, poderia levar a crer que o Superior Tribunal de

Justiça não distinguiria o alcance da sanção de suspensão temporária e da declaração de inidoneidade, ante a suposta indiferença entre os termos “Administração” e “Administração Pública”.

O REsp nº 174.274/SP² (STJ, 2004, p. 294) lançou-se contra a decisão exarada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. O TJSP debruçou-se de maneira percuciente sobre a matéria e fundamentou o julgado em diversos doutrinadores de escol, v. g. Hely Lopes Meirelles, Toshio Mukai, Carlos Ari Sundfeld e Márcia Walkiria Batista dos Santos. A conclusão do Tribunal paulista não poderia ser outra: a restrição dos efeitos da suspensão temporária de licitar com a Administração, entendida de forma diversa da expressão “Administração Pública”. Laconicamente, no entanto, o acórdão no recurso especial limita-se a lastrear sua fundamentação no único acórdão que também dispõe sobre a matéria, o REsp nº 151.567/RJ, sem realizar maiores digressões acerca do tema.

Por sua vez, o REsp nº 151.567/RJ³ (STJ, 2003, p. 208) buscou garantir a aplicação de punição de inidoneidade, ainda que por via canhestra, ao licitante recorrente, que se encaixava perfeitamente no art. 88, II, da Lei 8.666/93, ato passível de declaração de inidoneidade. O voto do Ministro

² Ementa: “ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado 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.

² Recurso especial provido.”

³ Ementa: “ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

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

- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido.”

Relator traz trecho do voto condutor do acórdão recorrido, que deixa transparecer os motivos da aplicação da sanção naquele caso concreto: "...art. 3º da Lei 8.666/93, não se harmoniza com a idéia de que a improbidade, decorrente da inadimplência do licitante no cumprimento do contrato, tenha por limite a jurisdição administrativa do órgão sancionador."

Para possibilitar, por conseguinte, que um licitante que atuou dolosamente e inadimpliu o contrato não sofresse a punição que por lei lhe era cabida, qual seja, a declaração de inidoneidade, o STJ arrimou-se no entendimento isolado de Marçal Justen Filho, cuja opinião não verbera a posição majoritária da doutrina, a qual conclui pela distinção entre os termos "Administração" e "Administração Pública", além de expressamente delimitarem a punição de suspensão temporária do direito de licitar para o âmbito do órgão da Administração que aplicou a sanção. Também o RMS nº 9707/PR⁴ (STJ, 2002, p. 115), apesar de não se debruçar acerca da distinção entre as penalidades dos incisos III e IV do art. 87, segue o entendimento de Justen Filho acerca da indiferença entre os conceitos "Administração" e "Administração Pública" para ampliar os efeitos de suspensão temporária decorrente de fraude contra a licitação decorrente da falsificação de documentos necessários à habilitação no certame, ato tipificado como crime no art. 90 da mesma Lei e, portanto, punível com declaração de inidoneidade.

Observa-se, pois, que o Superior Tribunal de Justiça, com a ampliação da sanção de suspensão temporária nos casos acima descritos, busca retificar em equívocos cometidos pela Administração ao aplicar a penalidade no caso concreto, o que circunscreve aquela interpretação a casos específicos e não podem ser tomados por paradigma de intelecção da Corte acerca do

4 Ementa: "RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SANÇÃO IMPOSTA A PARTICULAR. INIDONEIDADE. SUSPENSÃO A TODOS OS CERTAMES DE LICITAÇÃO PROMOVIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE É UNA. LEGALIDADE. ART. 87, INC. II, DA LEI 8.666/93. RECURSO IMPROVIDO.

I - A Administração Pública é una, sendo, apenas, descentralizado o exercício de suas funções.

II - A Recorrente não pode participar de licitação promovida pela Administração Pública, enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inc. III, da Lei nº 8.666/93). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos.

III - Não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal.

IV - Recurso improvido."

tema.

A inexistência de entendimento formado acerca da matéria fica ainda mais evidente quando se observa que o Resp nº 914.087/RJ⁵ (STJ, 2007, p. 190) consignou expressamente que as sanções dispostas no art. 87 são caracterizadas por uma gradação e devem ser balizadas pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ao revés do que ocorrera, por conseguinte, com os arestos supra minudenciados, que não fizeram distinção entre as sanções e aplicaram à suspensão temporária os efeitos *erga omnes* da declaração de inidoneidade.

Patente, pois, a inexistência de uma jurisprudência consolidada acerca da matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, observa-se uma profusão de decisões divergentes nas instâncias inferiores, o que ocasiona grave insegurança jurídica. A situação demonstra ainda mais a necessidade de os intérpretes do direito buscarem em outras fontes a solução para a controvérsia, ao exemplo da doutrina e dos tribunais de contas.

⁵ Ementa: “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade militar que aplicou a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação devido ao atraso no cumprimento da prestação de fornecer os produtos contratados.

2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal.

3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.

(...)

6. Recurso especial não-provido, confirmando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com o Ministério da Marinha, pelo prazo de 6 (seis) meses.”

3. A jurisprudência dos tribunais estaduais e federais

A ausência de posição assente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça sobre o alcance das sanções descritas no art. 87 da Lei de Licitações reverbera nos sodalícios estaduais e federais de forma negativa, posto que os entendimentos dissonantes submetem os jurisdicionados a situação de incerteza e tratamentos desiguais em situações idênticas.

Mesmo após quatro anos do primeiro acórdão tido por paradigma acerca da questão federal em comento, ilustrava a existência de entendimentos conflitantes a posição do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, na Apelação Cível nº 1.0071.06.028499-0/001⁶ (TJMG, 2007), limitou a sanção de suspensão temporária ao âmbito da Administração que aplicou a penalidade. No mesmo ano, entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Reexame Necessário nº 70021006465⁷ (TJRS, 2007) estendeu a qualquer órgão da Administração Pública os efeitos da suspensão temporária para licitar com a Administração.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, 2004), do Maranhão (TJMA, 2008) e, após o ano de 2007 também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG, 2009), acolheram o raciocínio lançado pelo STJ e consideraram espacialmente ilimitada a sanção de suspensão temporária para licitar. Em posição distinta encontra-se, no entanto, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região. No ano de 2009, na Remessa Oficial em Mandado de Segurança nº 101440/PE (TRF5, 2009b), aplicou-se a distinção entre as expressões Administração e Administração Pública, tal qual consignados no art. 6º da Lei 8.666/93, e determinou-se a limitação dos efeitos de sanção de suspensão temporária ao órgão da Administração que o aplicou. No mesmo ano, o

⁶ O acórdão restou assim ementado: “ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO LICITATÓRIO - SUSPENSÃO TEMPORÁRIA PARA LICITAR E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE - ÂMBITO DE EFICÁCIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA. A decisão imposta pela comissão julgadora consistente em punir a empresa com pena de suspensão temporária de participar em licitação e impedi-la de contratar com o Poder Público, limita-se ao âmbito da Administração correspondente.”

⁷ Ementa: “REEXAME NECESSÁRIO. direito administrativo. mandado de segurança. LICITAÇÃO. Os efeitos da suspensão de participação de licitação se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.”

TRF-5ª Região aplicou raciocínio idêntico e, portanto, divergente daquele consignado pelo STJ, na Apelação Cível nº 375240-CE (TRF5, 2009a).

Ainda que se observe uma inclinação dos Tribunais no sentido de se curvar ao entendimento refletido nas ementas dos arestos do Superior Tribunal de Justiça acima minudenciados, persistem nos Tribunais casos divergentes, o que demonstra a necessidade de se buscar em outras fontes do direito subsídios para a interpretação das sanções administrativas e se firmar um posicionamento jurisprudencial único, prestigiando-se a isonomia entre os jurisdicionados e a segurança jurídica.

4. A posição da doutrina

Conforme adiantado e abaixo se comprova, o entendimento da doutrina brasileira, tirante a posição de Marçal Justen Filho, é uniforme no sentido de que, se a lei distingue os termos “Administração” e “Administração Pública”, delimitando expressamente as penalidades que derivam da competência de um órgão isolado (da “Administração”) ou de todo o corpo administrativo brasileiro (da “Administração Pública”), é vedado ao interprete desconsiderar tais definições.

Para Hely Lopes Meirelles “A sanção aplicada pela União, pelo Estado ou pelo Município só impede as contratações com órgãos e entidades de cada um desses entes estatais, e, se declarada por repartições menores, só atua no seu âmbito e no de seus órgãos subalternos.” (MEIRELLES, 2002, p. 237). Na mesma linha de Hely Lopes, o entendimento de Toshio Mukai (MUKAI, 2008, p. 207-208):

De modo algum se pode entender que aquela sanção possa ter o condão de ter eficácia perante qualquer órgão ou entidade pública que promova licitação. É que os efeitos jurídicos da sanção aplicada estão indissolavelmente atrelados, sendo mesmo produtos dela, à competência do agente que aplica a sanção. Ou seja: o efeito sancionatório não pode ir além do âmbito da competência do agente público aplicador da sanção. É que se trata, em primeiro lugar, de um ato administrativo (punitivo)

onde avulta a competência do agente público; e este tem seu âmbito de atribuições demarcado pelo princípio da especialidade e pela legislação. Nesta, o inciso III do art. 87 diz que a pena é de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar *com a Administração*, por prazo não superior a dois anos. Porquanto o âmbito de validade da pena é na Administração. Já aquela prevista no inciso IV (declaração de inidoneidade) valerá para o âmbito geral, visto que, como veremos abaixo, essa pena decorre de uma norma penal em branco (art. 97) e o próprio inciso diz que tal penalidade abrange a Administração Pública. (...) Qual a diferença, para os efeitos da Lei n. 8.666/93, entre as expressões Administração e Administração Pública? O art. 6º nos dá a resposta legal sobre essa indagação. Com efeito, Administração é o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente (inciso XII do art. 6º). Administração Pública é 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 (inciso XI do art. 6º). Eis aí as diferenças (legais) entre as expressões Administração e Administração Pública quanto aos âmbitos de aplicação de uma ou outra pena. Sublinham tais diferenças, dentre outros, Hely Lopes Meirelles, Wolgram Junqueira Ferreira, Carlos Ari Sundfeld, Marcos Juruena Villela Souto.

Na mesma linha de Jorge Ulysses Jacoby Fernandes (FERNANDES, 2008, p. 287), Jessé Torres Pereira Junior segue a linha da distinção conceitual entre os termos Administração e Administração Pública e ressalta que o art. 97 da Lei 8.666/93 tipifica como crime ‘admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo’, o que abrange todo o território nacional dada a competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF/88, art. 22, I), porém não há crime em admitir à licitação ou contratar empresa suspensa (PEREIRA JUNIOR, 2002, p. 791). Observa-se, pois, que a distinção entre o alcance das sanções de suspensão

temporária e a declaração de inidoneidade é verberada pela doutrina majoritária e diverge do suposto entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, conforme minudenciado segue a linha de raciocínio adotada por Marçal Justen Filho para justificar situações peculiares, não se podendo falar em posição assente sobre a matéria no âmbito daquela Corte.

5. O entendimento dos tribunais de contas

Além da doutrina e dos julgados do Poder Judiciário, outra importante fonte no intuito de dirimir a controvérsia instaurada sobre o alcance das sanções administrativas de suspensão temporária e declaração de inidoneidade são as decisões dos tribunais de contas, órgãos de controle que, “no caso brasileiro, deve, em primeira medida averiguar a compatibilidade do exercício do exercício da função administrativa com a lei” (NÓBREGA, 2009, p. 340).

Ao analisar Representação formulada contra o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União, na decisão plenária 352/98 (TCU, 1998, p. 19), julgou a (i)legalidade de cláusula de edital de licitação formulado pelo STJ, onde restou afastada a possibilidade de participação de empresas que estivessem apenas com suspensão temporária para licitar. A Corte de Contas entendeu que a cláusula restringia o caráter competitivo da licitação e afrontava o princípio da isonomia, uma vez que a sanção imposta de suspensão temporária estaria adstrita ao órgão que a aplicou. Ao final, frisa que “caso desejasse que a punição de suspensão temporária do direito de licitar fosse estendida a toda a Administração Pública, certamente o legislador teria expressamente a ela se referido no texto legal”. E conclui: “Como não o fez, e tratando-se de matéria de natureza penal (em sentido amplo), deve-se interpretar o comando normativo de forma restritiva.”

Como resultado da decisão do TCU, ficou a determinação ao STJ que, em observância ao princípio da legalidade, não mais incluísse nos seus editais de licitação cláusula impeditiva de participação de interessados eventualmente apenas por outro órgão ou entidade da Administração Pública. Impende consignar a importância deste entendimento para todos os entes públicos, uma vez que a Súmula 222 do Tribunal de Contas da União (TCU,

1995) dispõe expressamente que: “As decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. O mesmo entendimento firmado na Representação 352/98 foi reiterado no Acórdão nº 1.727/06, da 1ª Câmara (TCU, 2006), bem como no Acórdão nº 842/05 (TCU, 2005), do Plenário daquele mesmo Tribunal.

Entendimento similar foi fixado pelo Tribunal de Contas de Pernambuco (TCPE, 2009) em resposta a Consulta formulada pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco e relatada pelo Conselheiro Marcos Loreto, cujo voto foi fundamentado no parecer elaborado pela Procuradora Geral Adjunta do Ministério Público de Contas, Eliana Maria Lapenda Moraes Guerra.

O referido parecer interpreta o alcance das sanções administrativas de acordo com a teleologia da norma, e infere ser decorrência do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e do caráter pedagógico punitivo, a gradação das penalidades impostas aos particulares pelos órgãos públicos. Entende, outrossim, que a declaração de inidoneidade estende seus efeitos a todos os entes públicos e em qualquer esfera de Poder, enquanto a suspensão temporária estaria restrita ao órgão sancionante.

Além das notas distintivas e da teleologia de cada uma das sanções, há, por conseguinte, de se levar em conta uma questão de lógica evidenciada na técnica legislativa que instituiu as penalidades ora em comento: “À evidência, a declaração de inidoneidade, diferentemente da suspensão temporária, seria aplicada em último caso e dada a gravidade da conduta do particular, caso contrário não haveria por que dispô-las em incisos distintos.” (GUERRA, 2009, p. 64).

Conclusões

O intuito deste artigo foi externar observações concernentes ao art. 87 da Lei 8.666/93, em especial, os limites das sanções de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública” e a “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar

com a Administração". Nesse sentido, analisar as características e a teleologia das duas sanções mostra-se pressuposto gnoseológico imprescindível ao estabelecimento de balizas interpretativas para o operador do direito, em sua atitude de concretização da norma em questão frente ao caso concreto.

Evidenciada a natureza jurídica de cunho penal das sanções administrativas, demonstrou-se a impossibilidade de serem aplicadas analogicamente ou realizadas interpretações extensivas dos dispositivos, ante a observância do princípio da reserva legal, que deve norteá-las. Além de topograficamente situadas em incisos distintos, o que, *de per se*, já denota a existência de penalidades diversas, o âmbito territorial e temporal das sanções é estabelecido pelo legislador de forma a prestigiar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que devem reger a Administração Pública. As distinções entre a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade são, pois, formal e materialmente explicitadas pelo próprio legislador.

Apesar das restrições interpretativas na aplicação das sanções estatuídas pelo próprio legislador ao delimitar os conceitos utilizados na norma, que se adicionam às limitações inerentes à natureza e aos princípios que regem a norma, uma análise perfunctória do entendimento do Superior Tribunal de Justiça poderia levar à idéia de que aquela Corte não distingue as duas sanções, exorbitando os efeitos da suspensão temporária a todos os entes da Administração Pública. Uma análise mais acurada revela, entretanto, que os julgados tidos por paradigmas estão circunscritos a situações específicas e não podem ser considerados como entendimento consolidado sobre a matéria.

A falta de um posicionamento firme no STJ implica insegurança jurídica, dada a profusão de entendimentos diversos nas instâncias inferiores e, para auxiliar a dirimir a controvérsia instaurada, destacamos o importante papel da doutrina no estudo da natureza e dos limites das sanções administrativas, bem como as luzes colhidas do entendimento dos Tribunais de Contas, cuja especialização técnico-jurídica sobre a matéria é cediça e serve de importante auxílio não só ao Poder Judiciário, como também a todos os entes públicos na interpretação e aplicação das sanções administrativas.

Entendemos ser tarefa árdua para o ente público estabelecer critérios objetivos que diferenciem, no caso concreto, quando aplicar a pena de sus-

pensão temporária e quando fazer incidir a declaração de inidoneidade. Definida, entretanto, qual a pena a ser aplicada, impõe-se a limitação dos efeitos da sanção ao preceituado no texto legal.

Após o estudo das notas distintivas e da finalidade das sanções administrativas, temperadas pela incidência dos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, nos filiamos, por conseguinte, à corrente doutrinária e jurisprudencial, bem como ao entendimento do Tribunal de Contas da União, que limita a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração ao âmbito de incidência do ente público que aplicou a punição, enquanto a declaração de inidoneidade abrangeria a todos os órgãos da Administração Pública, em todas as esferas de poder. A conclusão a que chegamos possui razão simples de ser: o Poder Judiciário e a Administração não podem inovar procedimentos nem criar preceitos, salvo se expressamente previstos em lei, sob pena de ruptura do princípio da legalidade, desembocando em abuso de poder (ALCOFORADO, 1998, p. 43).

Referências

ALCOFORADO, Luis Carlos. **Licitação e contrato administrativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 de junho de 1993.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADI 2.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, **Diário da Justiça da União**, Brasília, 27 jun. 03.

_____, Superior Tribunal de Justiça. REsp 151567/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2003. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 14 abr. 2003, p. 208

_____, _____. REsp 174.274/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2004. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 22 nov. 2004, p. 294

_____, _____. REsp 914087/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2007. **Diário da Justiça da União**, Brasília 29 out. 2007, p. 190

_____, _____. RMS 9707/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2001. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 20 mai. 2002, p. 115

_____, Tribunal de Contas da União. Pleno, Decisão nº 352/98. **Diário Oficial da União**, Brasília, nº 116, 22 de junho de 1998, p. 19

_____, _____. Pleno, Acórdão nº 842/05. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de julho de 2005, p. 88.

_____, _____. 1ª Câmara, Acórdão 1727/2006, rel. Min. Guilherme Palmeira. **Diário Oficial da União**, Brasília 05 de julho de 2006.

_____, _____. Súmula 222. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 de janeiro de 1995.

_____, Tribunal de Contas de Pernambuco. Pleno, Processo nº 0904623-9, rel. Cons. Marcos Loreto, acórdão unânime julgado em 04 de novembro de 2009. **Diário Oficial do Estado**, Recife, 01 de dezembro de 2009.

_____, Tribunal de Justiça do Maranhão. 1ª Câm. Cível, Agravo de Instrumento nº 017026/2007, rel. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto, julgamento em 29/05/08. **Diário da Justiça**, São Luis, 18 de junho de 2008, p. 5.

_____, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 1ª Câm. Cível, Reexame Ne-

cessário nº 1.0674.08.005521-5/001, rel. Des. Alberto Vilas Boas, julgamento em 16/12/08. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 13 fev. 2009.

_____, _____. 6ª Câ. Cível, Apelação Cível nº 1.0071.06.028499-0/001, rel. Des. Edilson Fernandes, julgamento unânime em 10/07/07. **Diário da Justiça**, Belo Horizonte, 24, jul, 2007.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 21ª Câ. Cível, Reexame Necessário nº 70021006465, rel. Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 16/08/2007. **Diário da Justiça**, Porto Alegre, 24 ago. 2007.

_____, Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câ. de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 357.281-5/9-00, rel. Des. Aloísio de Toledo Cesar, julgamento em 06/04/04. **Diário da Justiça**, São Paulo, 2004.

_____, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 3ª Turma, AC375240-CE, rel. Des. Fed. Conv. Amanda Lucena, julgado em 03/11/2009, **Diário da Justiça**, 21 set. 2009.

_____, _____. 3ª Turma, REOMS101440-PE, rel. Des. Fed. Vladimir Souza Carvalho, julgamento em 26/03/09. **Diário da Justiça da União**, 17 abr. 2009.

CRETELLA JUNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 3ª. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUERRA, Eliana Maria Lapenda de Moraes. O alcance das sanções administrativas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 8, n.º. 96, p. 59-66, dez. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 14ª. ed. – São Paulo: Dialética, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6ª.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27ª. ed. – São Paulo: Malheiros, 2002.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2ª. ed. – São Paulo: RT, 2009.

NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos Tribunais de Contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. In BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco Queiroz (orgs.). **Princípio da Legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 5ª. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.