

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário
TC 027.014/2012-6
Natureza: Administrativo
Interessado: Tribunal de Contas da União

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário
TC 027.014/2012-6
Natureza: Administrativo
Interessado: Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO: ADMINISTRATIVO. ART. 46 DA LEI 8.443/1992. ESTUDOS SOBRE O ALCANCE E O LIMITE TEMPORAL DA CUMULAÇÃO DE DECLARAÇÕES DE INIDONEIDADE, IMPOSTAS PELO TCU, A UM MESMO AGENTE. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SANÇÃO ÀS LICITAÇÕES PROMOVIDAS POR ESTADOS E MUNICÍPIOS, CUSTEADAS COM RECURSOS PROVENIENTES DE TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS DA UNIÃO. CUMPRIMENTO SUCESSIVO DAS PENALIDADES. LIMITAÇÃO DO CONJUNTO DE CONDENAÇÕES A CINCO ANOS, COM BASE NA APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS PARÁGRAFOS 1º E 2º DO ART. 75 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO. DETERMINAÇÃO DE CARÁTER NORMATIVO.

1. A declaração de inidoneidade, emanada de decisão do TCU, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, abrange as licitações e contratações diretas promovidas por estados e municípios, cujos objetos sejam custeados por recursos oriundos de transferências voluntárias da União.
2. As sanções de declaração de inidoneidade impostas pelo TCU a um mesmo agente deverão ser cumpridas sucessivamente.
3. Aplica-se analogicamente os procedimentos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 75 do Código Penal Brasileiro, para limitar o cumprimento do conjunto das sanções ao limite de cinco anos.
4. Sobrevindo condenação, após o encerramento da execução, a nova sanção deve ser cumprida integralmente.
5. Cabe à Controladoria Geral da União – CGU aplicar os critérios estabelecidos nos §§ do art. 75 do CPB para estabelecer o tempo de cumprimento do conjunto de sanções.

RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo constituído por determinação do Plenário para a realização de estudos com vistas a averiguar a regularidade dos procedimentos adotados pela CGU, para o cadastro de múltiplas declarações de inidoneidade decretadas pelo TCU, com fulcro no 46 da Lei 8.443/1992, bem assim para verificar se tal sanção abrange as licitações realizadas por estados e municípios à conta de recursos federais voluntariamente transferidos.

Mediante o memorando peça 1, a Segecex solicitou à Conjur “estudo com vistas a verificar o alcance da declaração de inidoneidade efetuada pelo TCU, com base no art. 46 da Lei 8.443/1992”.

Transcrevo, a seguir, a nota técnica peça 2, elaborada pela referida unidade:

“Trata a presente nota técnica de consulta realizada pela Segecex sobre o alcance da declaração de inidoneidade efetuada pelo TCU, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/92, e a possibilidade de sua extensão às contratações realizadas por outros entes integrantes da federação à conta de recursos públicos federais.

Impende esclarecer que a presente Consulta objetiva fornecer subsídios para a realização pela Segecex de estudos determinada pelo Plenário da Corte de Contas por meio do Acórdão nº 560/2012, proferido no âmbito do TC 005.035/2009-2, tendo em vista as discussões travadas sobre o tema na referida ocasião.

II - DA VIABILIDADE DA EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR NAS CONTRATAÇÕES REALIZADAS POR OUTROS ENTES FEDERATIVOS À CONTA DE RECURSOS PÚBLICOS FEDERAIS.

A questão em debate versa sobre dispositivo da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92), vazado nos seguintes termos:

‘Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na **Administração Pública Federal.**’ (grifos nossos)

O comando referido, quando editado, teve por substrato as disposições dos já revogados Decreto-lei 200/67 e Decreto-lei 2.300/86, diplomas que, limitando o alcance da declaração de inidoneidade ao âmbito da Administração Pública Federal, faziam-se assim expressos, verbis:

Decreto-lei 200/67

‘Art. 136 – Os fornecedores ou executantes de obras ou serviços estarão sujeitos às seguintes penalidades:

(...)

III – declaração de inidoneidade para licitar na Administração Federal.

Parágrafo único – A declaração de inidoneidade será publicada no órgão oficial.

(...)

Decreto-lei 2.300/86

‘Art. 73. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções;

(...)

IV - Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a **Administração Federal**, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

(...)

§ 3º - A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista.’ (grifos nossos)

Com o advento da Lei nº 8.666/93, a matéria em questão mereceu disciplinamento mais amplo do verificado nos diplomas legais já referidos, conforme se apreende da utilização pelo novo dispositivo da expressão Administração Pública, sem o qualificativo 'federal', o que se comprova pelo teor de seu texto reproduzido abaixo, in verbis:

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

(...)

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

(...)

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

Neste ponto, faz-se mister desde logo esclarecer que, não obstante idênticas em sua denominação, a declaração de inidoneidade afeta ao poder sancionatório do TCU (art. 46, da Lei 8.443/92), não se confunde com a referida pela Lei 8.666/93, no seu art. 87, inciso IV, tampouco foi, por este último dispositivo, derogada.

Neste sentido, aliás, pronunciou-se o Supremo Tribunal de Federal, ao decidir Conflito de Atribuição entre o Ministro de Estado dos Transportes e o Tribunal de Contas da União, ao acolher o voto condutor da lavra do Exm.º Sr. Ministro Sepúlveda, que não só delimitou com clareza o âmbito de incidência de cada norma, como fixou a abrangência da sanção aplicada pela Corte de Contas vinculando-a à sua atuação fiscalizadora. Eis o seu teor:

VOTO:

O fato de não figurar, no precedente mencionado pela agravante, órgão estatal no exercício de atividade judicante não significa, por si só, a superação da jurisprudência citada na decisão agravada. Naquela ocasião, observou o Relator que a hipótese - sem previsão constitucional, sob a perspectiva da natureza eminentemente administrativa dos conflitantes - envolvia órgãos de membros diversos da federação (Ministério Público da União versus Ministério Público estadual), atraindo a competência originária do Supremo devido à alínea f do inciso I do artigo 102 da Constituição.

Ora, o precedente citado não afasta a orientação fixada nos julgamentos referidos na decisão agravada (CA 16 e CA 24), pois considerado fato suficiente para a instauração da competência deste Tribunal, inexistente neste e naqueles casos: o envolvimento de órgãos de membros diversos da federação. II De qualquer forma, o exame da questão dependeria da existência do próprio conflito, que penso não ocorrer na espécie. É que, conforme ressaltei na decisão agravada, são diversas e inconfundíveis as áreas de atuação dos requeridos. Vale recordar a lição do saudoso Victor Nunes Leal sobre o papel do Tribunal de Contas da União e a sua relação com a Administração Pública: '...Cumpra notar, porém, que a doutrina mais segura, baseando-se na natureza de sua principal atribuição, não o considera integrante do aparelhamento administrativo em sentido estrito: coloca-o acima da administração propriamente dita, pela ação fiscalizadora que sobre ela exerce. (...)

Nas palavras de Francisco Campos, '...as funções de controle exercidas pelo Tribunal de Contas, ele, as exerce em nome, por autoridade e com a sanção do Parlamento. São,

conseqüentemente, pela sua natureza e seus efeitos, funções congressionais ou parlamentares. Não é o seu controle um controle administrativo, mas constitucional'. 'O que torna ainda mais manifesta - escreve Guimarães Menegale - a natureza parlamentar ou congressional das funções do Tribunal de Contas é o fato de que a lei o coloca em relação direta com o Congresso, cominando-lhe a obrigação de a ele referir imediatamente os conflitos ocorridos entre o Tribunal e o Executivo'. O Tribunal de Contas - diz Castro Nunes - 'não é uma jurisdição administrativa, senão em certo sentido, sem confusão possível, entretanto, com as instâncias administrativas que funcionam como órgãos subordinados do Poder Executivo (...)'

Vê-se dos esclarecimentos do preclaro mestre - amparado em pronunciamentos de juristas de escol - que a atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre do controle interno insito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (art. 70 da Constituição Federal).

Daí porque o poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo presente na Lei das Licitações (art. 87), que - sendo dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente, conforme esclarece a doutrina: '...Mesmo na hipótese de se acreditar que o artigo 46 da Lei nº 8.443/92 não tenha sido derogado pela Lei nº 8.666/93, deve-se entendê-lo como de aplicação restrita ao TCU, em sua atuação fiscalizadora, e nunca como paradigma hermenêutico da declaração de inidoneidade nos moldes hoje postos no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93.

A uma, porque trata apenas de fraudes praticadas nos processos licitatórios, sem se preocupar com os ilícitos que possam ocorrer durante a execução do contrato, ou mesmo da contratação com dispensa e inexigibilidade.

A duas, porque estabelece o prazo da sanção, no caso por até 5 anos, enquanto a Lei nº 8.666/93 determina que a sanção durará até que seja promovida a reabilitação junto a Administração.

Como se percebe, a norma é outra e o espírito da lei é outro.' Não se exime, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis. Certo, ainda, que a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção - genericamente considerada - pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, prescinde da existência de conflito de atribuição com outra autoridade administrativa, sendo, portanto, indiferente para a solução do caso e passível de questionamento por outros meios processuais.

III

De tudo, nego provimento ao agravo: é o meu voto.'

(PET 3528, Pleno, M. Aurélio, DJ 3.3.06)

Denota-se, portanto, do teor do voto transcrito acima, que a declaração de inidoneidade para licitar emanada de decisão do TCU tem seu campo de incidência delimitado pela competência fiscalizadora que lhe confere à Constituição Federal. Esta é, aliás, a posição mais consentânea com a dicção da Lei, eis que a prerrogativa de declarar a inidoneidade de licitante para contratar

com a Administração Pública Federal, prevista no art. 46, da Lei 8.443/92, encontra-se inserto no Capítulo II que trata da 'Fiscalização a Cargo do Tribunal', e na Sessão IV 'Fiscalização de Atos e Contratos'.

Ora, entre as competências outorgadas à Corte de Contas pela Lei Maior está a de 'fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município', ex vi do art. 71, inciso XIII'. Partindo-se desta premissa, faz-se lícito afirmar, à luz da decisão do STF, e da competência conferida pela Constituição Federal ao TCU para fiscalizar o bom e regular emprego dos recursos públicos federais voluntariamente transferidos pela União, aos Estados, Distrito Federal, e Municípios, que os efeitos da declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Federal, abrange as contratações realizadas pelos citados entes integrantes da federação à conta da aplicação dos referidos recursos.

Releva notar que o fato do art. 46, da Lei nº 8.443/92, referir-se somente à Administração Pública Federal, não constitui óbice bastante para a extensão dos efeitos de seu comando a outras esferas da federação, quando apurada fraude na licitação e na contratação de empresas/entidades para realizar obras ou prestar serviços à conta de recursos públicos federais, eis que a Administração é una, e assim deve ser considerada em prol da preservação do interesse público e da moralidade administrativa. Este é, inclusive, o entendimento subjacente a diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, consoante ilustram as ementas a seguir reproduzidas com nossos destaques:

'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.'(STJ, REsp. 151.567/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 14/04/2003)

'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.'(STJ, REsp. 174.274, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJ 22/11/2004 p. 294)

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, descentralizada 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 n.º 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.' (STJ, RMS 9707, 2ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 20/05/2002 p. 115)

Do mesmo pensamento partilha o Tribunal Regional Federal, da 1ª Região, que, na linha adotada pelo STJ, assim se manifestou sobre a matéria, verbis:

'ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA IMPOSTA PELO ESTADO DA BAHIA. REGISTRO NO SICAF. LEGITIMIDADE. ART. 87, IV, DA LEI Nº 8.666, DE 1993. REMESSA PROVIDA. 1. Pretende a Impetrante impedir que pena 'de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Estadual Direta e Indireta' imposta a si pelo Estado da Bahia surta efeitos no âmbito federal em virtude do registro no SICAF. 2. O inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, ao mencionar 'inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública' não restringe o alcance da pena ao âmbito do ente federativo que a impôs. Seus efeitos se estendem à Administração Pública como um todo, na medida em que o fundamento da pena é o resguardo aos interesses públicos, que não se dividem em federais, estaduais, distritais e municipais. 3. Já decidiu o STJ que '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' (REsp nº 151.567/RJ, Rel. Min. Peçanha Martins). 4. Remessa oficial a que se dá provimento.' (TRF-1, REOMS 2004.34.00.04.38023, 5ª Turma, Rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes filho – Convocado, e-DJF1 de 13/08/2010, pág.178)

Também na doutrina encontramos autorizadas vozes a favor da extensão dos efeitos da declaração de impedimento a um licitante de participar de futuros certames ou contratar com a Administração de um ente federado, a órgãos e entidades vinculados aos demais integrantes da federação, valendo destacar artigo da lavra de Alexis Sales de Paula e Souza, - em cujo abalizado magistério, além de outros citados na ocasião, apoiou-se o Ministro do STF Marco Aurélio de Mello, ao submeter seu voto à apreciação de seus pares no julgamento da PET 3528, que alhures aludiu o presente parecer -, o qual conclusivamente assim se manifesta sobre a matéria in verbis:

'Em suma, não existe crime municipal, estadual ou federal. O crime é praticado contra a sociedade e não contra uma esfera de governo. Por isso, não tem sentido argumentar que aquele declarado inidôneo por praticar fraude contra uma esfera de governo esteja desimpedido de contratar com outra. Não é razoável entender que o licitante que participou de um conluio para superfaturar preços em processo licitatório da União e por este motivo tenha sido declarado inidôneo, não irá ter o mesmo comportamento nos certames Municipais ou Estaduais. Se o comportamento moral de um licitante, que por exemplo explore o trabalho infantil, desautoriza a sua contratação no município, que dirá em nível federal.'

Diante de todos os argumentos aqui expendidos, entende-se que a Declaração de Inidoneidade, na forma do inc. IV do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, impede o declarado de contratar e licitar com todos os órgãos da Administração Pública em qualquer de suas esferas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por tratar-se de norma geral obrigatória por força de determinação constitucional. Justamente por ser de competência

*exclusiva da União legislar sobre matéria de licitação, esse entendimento não afronta o princípio federativo.’ (SOUZA, Alexis Sales de Paula e. **Extensão da declaração de inidoneidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1514, 24/08/2007, disponível no endereço <http://jus.com.br/revista/texto/10278>)*

Vale frisar que a exegese sustentada no presente parecer não é nova, uma vez que a própria Corte de Contas, revendo posicionamento anterior, já se manifestou quanto à possibilidade de, em nome da proteção do interesse público e da moralidade administrativa, estender os efeitos da declaração de inidoneidade em questão, além dos limites do órgão, ou pessoa estatal que a infligiu, ao acolher o voto revisor proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, por ocasião da prolação do Acórdão nº 2.218/2011-1ª Câmara, cujas pertinentes considerações são em parte abaixo reproduzidas, in verbis:

VOTO REVISOR

A controvérsia destes autos diz respeito ao alcance da sanção de suspensão temporária (inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93) e à possibilidade de editais proibirem a participação, em licitações, de sociedades cujos diretores, sócios e dirigentes façam parte do ato constitutivo de pessoas jurídicas suspensas ou declaradas inidôneas para contratar com a Administração.

Conquanto tenha atuado como Relator do Acórdão 1.166/2010-TCU-1ª Câmara, ora recorrido, e ter defendido, na ocasião, tese idêntica à apresentada pelo Exmo. Ministro José Múcio, Relator do recurso em exame, solicitei vista dos autos, com fundamento no art. 119 do RITCU, por verificar que a matéria reclama reflexão mais aprofundada.

Esta Corte, em consonância com grande parte da doutrina, vem considerando que a ‘suspensão temporária para participação em licitação e impedimento para contratar com a Administração’, prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93, tem abrangência restrita ao órgão ou pessoa estatal que aplicar a sanção.

Assim, mesmo estando sob os efeitos da suspensão, o particular não estaria impedido de continuar a participar de licitações ou de contratar com distintos órgãos ou entidades dessa mesma Administração Pública, muitas vezes causando os mesmos incidentes que determinaram a aplicação das penalidades.

Por sua vez, a ‘declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública’, prevista no inciso IV do art. 87 da Lei 8.666, diz respeito a toda Administração Pública, impedindo o particular de licitar ou contratar com todos os órgãos e entidades, enquanto perdurarem seus efeitos.

Os defensores desse entendimento fundamentam a distinção entre a abrangência das sanções, essencialmente, na utilização pelo legislador das expressões ‘Administração’, no inciso III, e ‘Administração Pública’, no inciso IV, cujas definições foram estabelecidas nos incisos XII e XI do artigo 6º da Lei 8.666, in verbis:

‘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;’

Para efeito da aplicação da sanção de suspensão temporária, o raciocínio revela-se falho, quando se observa, a partir da inteligência do inciso XI, acima transcrito, que ‘administração’ é a expressão concreta da Administração Pública. Por conseguinte,

exclusiva da União legislar sobre matéria de licitação, esse entendimento não afronta o princípio federativo.' (SOUZA, Alexis Sales de Paula e. *Extensão da declaração de inidoneidade. Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1514, 24/08/2007, disponível no endereço <http://jus.com.br/revista/texto/10278>)

Vale frisar que a exegese sustentada no presente parecer não é nova, uma vez que a própria Corte de Contas, revendo posicionamento anterior, já se manifestou quanto à possibilidade de, em nome da proteção do interesse público e da moralidade administrativa, estender os efeitos da declaração de inidoneidade em questão, além dos limites do órgão, ou pessoa estatal que a infligiu, ao acolher o voto revisor proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, por ocasião da prolação do Acórdão nº 2.218/2011-1ª Câmara, cujas pertinentes considerações são em parte abaixo reproduzidas, in verbis:

'VOTO REVISOR

A controvérsia destes autos diz respeito ao alcance da sanção de suspensão temporária (inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93) e à possibilidade de editais proibirem a participação, em licitações, de sociedades cujos diretores, sócios e dirigentes façam parte do ato constitutivo de pessoas jurídicas suspensas ou declaradas inidôneas para contratar com a Administração.

Conquanto tenha atuado como Relator do Acórdão 1.166/2010-TCU-1ª Câmara, ora recorrido, e ter defendido, na ocasião, tese idêntica à apresentada pelo Exmo. Ministro José Múcio, Relator do recurso em exame, solicitei vista dos autos, com fundamento no art. 119 do RITCU, por verificar que a matéria reclama reflexão mais aprofundada.

Esta Corte, em consonância com grande parte da doutrina, vem considerando que a 'suspensão temporária para participação em licitação e impedimento para contratar com a Administração', prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93, tem abrangência restrita ao órgão ou pessoa estatal que aplicar a sanção.

Assim, mesmo estando sob os efeitos da suspensão, o particular não estaria impedido de continuar a participar de licitações ou de contratar com distintos órgãos ou entidades dessa mesma Administração Pública, muitas vezes causando os mesmos incidentes que determinaram a aplicação das penalidades.

Por sua vez, a 'declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública', prevista no inciso IV do art. 87 da Lei 8.666, diz respeito a toda Administração Pública, impedindo o particular de licitar ou contratar com todos os órgãos e entidades, enquanto perdurarem seus efeitos.

Os defensores desse entendimento fundamentam a distinção entre a abrangência das sanções, essencialmente, na utilização pelo legislador das expressões 'Administração', no inciso III, e 'Administração Pública', no inciso IV, cujas definições foram estabelecidas nos incisos XII e XI do artigo 6º da Lei 8.666, in verbis:

'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;'

Para efeito da aplicação da sanção de suspensão temporária, o raciocínio revela-se falho, quando se observa, a partir da inteligência do inciso XI, acima transcrito, que 'administração' é a expressão concreta da Administração Pública. Por conseguinte,

não se trata de conceitos contrapostos, um mais abrangente que o outro, mas de sinônimos.

Ademais, segundo o STJ, a Administração Pública é uma, sendo apenas descentralizado o exercício de suas funções, para melhor atender ao bem comum.

Vejamos o que dizem alguns de seus julgados:

‘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 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.’

(REsp 151.567 / RJ, Relator: Ministro Peçanha Martins).

‘Como bem acentuado pela Insigne Subprocuradora-Geral da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho Berger, não há ampliação punitiva ao direito da Recorrente, tão-somente a irrepreensível aplicação da letra da lei: ‘(...) verifica-se que a sanção de suspensão prevista no inciso II, do art. 87, na forma com que foi disposta, aplica-se a todo e qualquer ente que, componha a Administração Pública, seja direta ou indireta, mesmo porque esta se mostra uma, apenas descentralizada para melhor executar suas funções.’ (fl. 189)

A Administração Pública é a acepção subjetiva de Estado-administrador e sua natureza executiva é única. Apenas as suas atribuições são distribuídas de forma descentralizada, para melhor gerir o interesse de sua comunidade.

(STJ - RMS 9707 / PR, Relatoria: Ministra Laurita Vaz).

Caso tomemos ‘Administração’ com o sentido estreito dado no inciso XII do art. 6º, teremos que reconhecer a existência de incongruência no caput do art. 87, haja vista que, indubitavelmente, o Ministro ou Secretário que aplica a sanção de inidoneidade para licitar ou contratar não o faz enquanto responsável por órgão, entidade ou unidade administrativa. A competência é exercida em nome da Administração da esfera respectiva como um todo, ou ‘Administração Pública’, conforme definição do inciso XI do art. 6º.

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

I - advertência;

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

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

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

(...)

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

A exegese mais adequada do preceito perpassa pela inteligência dos princípios fundamentais da Administração Pública, bem como de sua teleologia.

O art. 3º da Lei de 8.666 assim dispõe:

'Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.' (grifei)

Esse dispositivo incorpora à Lei das Licitações os princípios fundamentais da Administração Pública, previstos no art. 37 da Carta Magna, dentre os quais destaco o princípio da moralidade pública, cláusula geral de conduta imposta não apenas ao administrador, mas também ao particular que contrata com a Administração Pública.

O procedimento licitatório tem como finalidade primordial selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, assim considerada aquela que melhor abrigar o interesse público, cujas principais diretrizes se consubstanciam na eficiência, na economicidade e na moralidade.

Com base nesse entendimento, depreende-se que as sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666 buscam impelir o particular a executar o contrato administrativo em observância princípio da moralidade pública e ao interesse público, assim como proibir acesso ao certame licitatório de particulares cujas condutas tenham se revelado atentatórias a esses preceitos, como é o caso do particular punido com uma das sanções previstas nos incisos III e IV do artigo.

Na linha interpretativa ora desenvolvida, argumenta Marçal Justen Filho (in Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 13ª edição, 2009, p. 856), ao defender o entendimento de que as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 teriam o mesmo efeito perante toda a Administração Pública:

'(...) afigura-se ofender a lógica reconhecer que a conduta ilícita do sujeito acarretaria sanção restrita ao âmbito de um único e determinado sujeito administrativo. Se o agente apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Sob um prisma sistêmico, nenhum órgão da Administração Pública poderia contratar com aquele que teve seu direito de licitar 'suspenseo.'

Em consonância com esse entendimento, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, o REsp 151.567 / RJ. Na ocasião, o Ministro Francisco Peçanha Martins, relator do voto que decidiu o recurso, reproduziu trecho do voto condutor do acórdão recorrido, do qual transcrevo o seguinte excerto:

'A premissa em que se fundamenta o julgado, ou seja, a diferença conceitual entre órgão da administração pública e órgão da administração, em que se assenta a conclusão de que a penalidade aplicada por este último tem a sua eficácia limitada à jurisdição administrativa do órgão sancionador; não se compadece com o sistema instituído pela lei de regência, até porque o princípio da moralidade administrativa, insculpido no 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.'

No mesmo sentido, o já aludido RMS 9707 / PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz:

'A garantia da honorabilidade e probidade dos licitantes é qualidade indissociável ao trato da coisa pública. O resguardo da Administração à regularidade da concorrência pública denota, sobretudo, o respeito ao interesse comum.

Ora, se a lei exige do administrador que aja com probidade ao promover a licitação pública, com maior razão que também se prescreva ao particular essa exigência.'

A proibição de contratação de particular que já revelou ser indigno de ser contratado pela Administração, descumprindo obrigações anteriormente pactuadas, como é o caso do particular punido com a sanção prevista no inciso III do art. 87, tem o nítido propósito de evitar fraudes e prejuízos ao erário.

Não procede a ideia de que o legislador tenha deliberadamente impedido o administrador de evitar tais prejuízos e fraudes. A Administração tem a obrigação de evitar a produção de evento que supõe danoso, ante a presença de elementos que permitam formar fundada convicção quanto ao resultado.

A esse respeito, Juarez Freitas (in Discricionariiedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, Ed. Malheiros, 2ª edição, p. 99-102), ensina:

'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 competenciais 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 discricionariiedade 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 fundamentamente 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.'

No mesmo sentido, o entendimento do STJ, esposado no REsp 174.274 / SP, relatado pelo Ministro Castro Meira:

'O entendimento do Tribunal a quo, no sentido de que a suspensão imposta por um órgão administrativo ou um ente federado não se estende aos demais, não se harmoniza com o objetivo da Lei nº 8.666/93, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propostas.

Há, portanto, que se interpretar os dispositivos legais estendendo a força da punição a toda a Administração, e não restringindo as sanções aos órgãos ou entes que as aplicarem. De outra maneira, permitir-se-ia que uma empresa, que já se comportara de maneira inadequada, outrora pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando esta suspensão desprovida de sentido.'

Por essas razões, entendo que esta Corte deva rever seu posicionamento anterior, para considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista no incisos III da Lei 8.666/93.

II

Não raro, integrantes de comissões de licitação verificam que sociedades empresárias afastadas das licitações públicas, em razão de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, retornam aos certames promovidos pela Administração valendo-se de sociedade empresária distinta, mas constituída com os mesmos sócios e com objeto social similar.

Por força dos princípios da moralidade pública, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público, o administrador público está obrigado a impedir a contratação dessas entidades, sob pena de se tornarem inócuas as sanções aplicadas pela Administração.

O instituto que permite a extensão das penas administrativas à entidade distinta é a desconsideração da personalidade jurídica. Sempre que a Administração verificar que pessoa jurídica apresenta-se a licitação com objetivo de fraudar a lei ou cometer abuso de direito, cabe a ela promover a desconsideração da pessoa jurídica para lhe estender a sanção aplicada.

Desse modo, não estará a Administração aplicando nova penalidade, mas dando efetividade à sanção anteriormente aplicada pela própria Administração.

Ressalto que, no Estado da Bahia, a Administração chega a contar com dispositivo legal específico que a autoriza a estender, a outra entidade, a pena que foi imposta a determinada pessoa jurídica, desde que se verifique, em sua constituição, uma ou mais pessoas físicas que integravam a entidade apenada. Trata-se do art. 200 da Lei Estadual 9.433/2005, que disciplina o regime jurídico das licitações e contratos administrativos, in verbis:

'Fica impedida de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida.'

No âmbito federal, tramita o Projeto de Lei de Lei 7709/2009, que inclui o inciso IV, no art. 28 da Lei 8.666, a fim de que na fase de habilitação seja exigida do licitante declaração de que não está incurso nas sanções previstas nos incisos III e IV, e acrescenta parágrafo único ao dispositivo 28, nos seguintes termos:

'Parágrafo único. Não poderá licitar nem contratar com a Administração Pública pessoa jurídica cujos diretores, gerentes ou representantes, inclusive quando provenientes de outra pessoa jurídica, tenham sido punidos na forma do § 4º do art. 87 desta Lei, nos limites das sanções dos incisos III e IV do mesmo artigo, enquanto perdurar a sanção.'

Embora não haja ainda expressa previsão legal para a aplicação do referido instituto pela Administração Federal, o ato administrativo de afastamento da personalidade não fere a legalidade, já que se fundamenta no princípio da juridicidade, ou seja, no conjunto de normas e princípios que constituem o Direito como um todo e que representam um dever a ser seguido e cumprido pelo administrador público.

Ao debruçar-se sobre o tema, assim se manifestou Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 13ª ed., 2009, pág. 799):

'Não se trata de ignorar a distinção ente a pessoa da sociedade e a de seus sócios, que era formalmente consagrada pelo art. 20 do Código Civil/1916. Quando a pessoa jurídica for a via para realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas.'

Sobre a matéria, é importante destacar trecho do voto do Exmo. Ministro Castro Meira, Relator da paradigmática decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no ROMS 15.166 / BA, em que foi considerada legítima a aplicação do instituto desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração Pública:

'Firmado o entendimento de que a Recorrente foi constituída em nítida fraude à lei e com abuso de forma, resta a questão relativa à possibilidade de descon sideração da personalidade jurídica, na esfera administrativa, sem que exista um dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública.

A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles.

Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermeneuta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo.

A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público.

Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais mezinhos princípios de direito administrativo, em especial, ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público.

A concepção moderna do Princípio da Legalidade não está a exigir, tão-somente, a literalidade formal, mas a intelecção do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o Princípio da Moralidade Administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da descon sideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica.'

Outra não pode se; portanto, a ratio legis a orientar a interpretação do art. 46, da Lei nº 8.443/92, eis que, com mais razão, a sanção nestes moldes infligida pelo TCU, no exercício pleno da função fiscalizadora que lhe outorga a Constituição Federal, tem o objetivo de conferir justamente eficácia à sanção e prevenir, seja na órbita federal, estadual, distrital, ou municipal, que contra o erário sejam perpetuadas fraudes pela ação de licitante já declarado inidôneo para licitar e contratar com a Administração.

V - CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Assim, em atenção ao questionamento posto ao descortino desta Consultoria na presente nota técnica, e tendo em vista o precedentemente exposto, mister se faz concluir pela legitimidade da extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade para licitar com a Administração Pública, lavrada pelo TCU no exercício da competência constitucional prevista no art. 71, inciso XIII, às contratações efetuadas por outros entes integrantes da federação à conta de recursos públicos federais."

Tendo em vista informação, constante do expediente peça 5, de que a Conjur estava preparando parecer técnico relativo à acumulação de penas aplicadas à mesma empresa, restitui estes autos àquela unidade, que carrou aos autos o parecer peça 8, *in verbis*:

I) INTRODUÇÃO

“Trata-se de despacho do Exmo. Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, determinando à Conjur que se manifeste sobre consulta realizada pela Segecex sobre o alcance da declaração de inidoneidade efetuada pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, concernente, em particular, ao procedimento a ser adotado para a execução de sucessivas penas de declaração de inidoneidade aplicadas à mesma empresa.

II) DA ORIGEM REMOTA DA CONSULTA

2. *Impende esclarecer que a presente consulta objetiva fornecer subsídios para a realização pela Segecex dos estudos determinados pelo Plenário da Corte de Contas por meio do Acórdão 560/2012, proferido no âmbito do TC 005.035/2009-2, tendo em vista a seguinte preocupação expressa em declaração de voto formulada pelo Exmo. Min. Benjamin Zymler:*

‘Após me debruçar sobre a matéria, concluí não haver impedimento de ordem legal para que o Tribunal venha a aplicar nova sanção às licitantes, em função das fraudes verificadas neste processo.

O art. 46 da Lei n.º 8.443/1992 estabelece que ‘verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal’.

Seria incorreto, e mesmo incoerente, que o Tribunal deixasse de aplicar, neste processo, punição às licitantes que perpetraram graves irregularidades em razão de já terem sido apenadas em outras assentadas, por outros atos. As apenações anteriormente aplicadas podem ser sopesadas, mas isso não chega ao ponto de impedir o julgador de aplicar nova sanção quando está diante de grave violação à norma legal, passível de enquadramento no art. 46, transcrito.

Tendo em vista a natureza dos atos praticados pelas licitantes, que frustraram o caráter competitivo do Convite 007/2002, a aplicação de nova pena de inidoneidade pelo prazo de um ano, como proposto pela relatora, não se me afigura desarrazoada ou desproporcional.

De acordo com informações obtidas por meu Gabinete junto à Controladoria-Geral da União (CGU), o setor responsável pelo cadastro de sociedades empresárias consideradas inidôneas para licitar com a Administração Pública Federal limita-se a relacionar o impedimento para licitar com a Administração Pública Federal no período que se segue à decisão condenatória. É dizer, os tempos das penas terminam por sobrepor-se, a depender da data da decisão do Tribunal.

Tal procedimento, em princípio, pode ser tido como passível de crítica, já que a duração do conjunto das apenações aplicadas pode vir a ser aleatória, pois dependerá da data em que for proferida a decisão do Tribunal de Contas da União (não mais passível de recurso com efeito suspensivo). Se, por exemplo, forem proferidas na mesma data três decisões com declaração de inidoneidade de uma mesma sociedade, todas com prazo de um ano, a sociedade empresária ficará impossibilitada de participar de licitações por apenas 1 ano. Se as decisões forem proferidas com intervalo de um mês cada, a sociedade estará, na prática, impedida de participar de licitação por 1 ano e 2 meses. Se o intervalo das decisões for superior a 1 ano, a suspensão ocorrerá pelo prazo total de 3 anos.

Ora, a extensão da pena não pode depender de fatores aleatórios, como a data de julgamento ou comunicação aos órgãos de controle. Na hipótese de existirem diversos processos, relacionados entre si, tal circunstância deve ser considerada para fins de apenação - como no presente caso.

Por conseguinte, esta Presidência determinará que a Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) realize estudos com vistas a averiguar a regularidade dos procedimentos até aqui adotados pela CGU, para futuras correções, se necessárias.

[...]

Portanto, tendo em vista a relevância da matéria, a Segecex será instada por esta Presidência a realizar estudos com vistas a verificar o alcance da declaração de inidoneidade efetuada por este Tribunal com base no art. 46 da Lei n.º 8.443/1992. [...]

III) DA DELIBERAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RESP 993.658 - SC

3. *Ao julgar o REsp 993.658 - SC, na sessão de 15/10/2009, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça defrontou-se com a questão da concomitância de sanções de suspensão de direitos políticos, aplicadas ao mesmo réu, por atos de improbidade administrativa contemporâneos, com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa - LIA (8.429/1992), análoga à que se coloca na presente consulta. A extensa discussão travada naqueles autos e a decisão então adotada servem como guia para o deslinde da matéria ora analisada.*

4. *Segundo relatado no voto-vista vencedor do Exmo. Min. Luiz Fux:*

'O caso pode ser assim resumido:

1) Na ação n. 032.01.000107-9, Alois Zator, Carlos Alberto Caetano e Hilda de Melo Custódio foram condenados à pena de suspensão de direitos políticos por 5 (cinco) anos, dentre outras;

2) Na ação n. 032.01.000341-1, Alois Zator foi condenado por mais 5 (cinco) anos;

3) Na ação n. 032.01.000351-9, Alois Zator e Tereza Zator foram condenados por 3 (três) anos.

Observe-se, pois, que os direitos políticos de Alois Zator foram suspensos por um prazo total de 13 (treze) anos (5 + 5 + 3).

Todavia, o Meritíssimo Juiz houve por bem aplicar o disposto no art. 20 da Lei n. 8.429/92, determinando que a contagem de cada prazo fosse iniciada com o trânsito em julgado da respectiva decisão condenatória.

Fácil perceber que, a considerar-se como marco inicial as datas em que as sentenças transitaram em julgado, a suspensão perdurará até 10.05.2011, perfazendo um total de 7 (sete) anos e 7 (sete) meses.

Isto porque o primeiro trânsito ocorreu em 15.08.2003. A partir desta data conta-se 3 (três) anos (032.01.000351-9). O segundo, se deu em 6.10.2003. A partir daí conta-se 5 (cinco) anos (032.01.000341-1). Por fim, em 10.05.2006 inicia-se a contagem de mais 5 (cinco) anos (032.01.000107-9). Em suma, as penalidades começaram em 15.08.2003, data do trânsito mais remoto, e finalizarão em 10.05.2011.'

5. *Em face da decisão do juízo de primeiro grau, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs agravo de instrumento, em desfavor de Alois Zator. Então, ainda segundo o relato do voto-vencedor:*

'O il. magistrado rejeitou o pedido (fls. 299/300) e o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, analisando o recurso interposto, decidiu a controvérsia nos termos da seguinte ementa:

'PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEI N. 8.429/02 - SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS - MULTIPLICIDADE DE CONDENAÇÕES - SOMATÓRIO DAS PENAS - FALTA DE PREVISÃO LEGAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

Por força do disposto no art. 20 da Lei n. 8.429/92, a suspensão dos direitos políticos imposta ao réu em ação civil pública por ato de improbidade administrativa deve ter início a partir do trânsito em julgado da respectiva decisão condenatória, pouco importando que o cumprimento se dê de forma cumulativa, quando existem sanções decorrentes de processos distintos.

Não se afigura justo e razoável, portanto, que condenado em mais de uma ação civil pública, as penas sejam simplesmente somadas.’ (fl. 324).

No presente recurso especial, interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea ‘a’, da Constituição Federal, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA alega violação ao artigo 20, da Lei nº 8.429/92, dispositivo que em momento algum obsta o somatório das penas na hipótese de multiplicidade de condenações ao mesmo agente, no que as penalidades de suspensão dos direitos políticos, na hipótese, deveriam ser somadas, iniciando-se a contagem do lapso temporal total (13 anos) a contar do mais antigo trânsito em julgado.’ (Grifou-se).

6. O deslinde do referido recurso especial foi objeto de intensa controvérsia na Corte Superior. Em voto-vista, o Exmo. Min. Teori Albino Zavascki alinhou-se à tese do Ministério Público Estadual e do Exmo. Min.-Relator Fernando Falcão, com base nos seguintes argumentos:

‘O concurso material de ilícitos é mais uma das múltiplas relações de proximidade entre improbidade administrativa e ilícito penal e que impõem, mais uma vez, a invocação dos princípios do direito e do processo penal para suprir lacunas nas normas do direito administrativo sancionador. Peço licença para reproduzir o que sustentei, em sede doutrinária, a propósito da aplicação da pena, na parte em que enfoca hipótese assemelhada à dos autos:

[...]

Situação delicada é a que diz respeito ao concurso de infrações. É possível, com efeito, que o mesmo fato acarrete mais de um resultado ilícito (concurso formal) ou que o agente cometa vários ilícitos num determinado período de tempo (v.g., durante um único mandato eletivo). Não há dúvida de que, quanto ao ressarcimento do erário (que sequer tem natureza de penalidade) e quanto à perda do produto obtido ilicitamente, as sanções devem ser cumuladas e integrais, levando em consideração cada um dos atos praticados. O mesmo se pode dizer em relação à pena de multa pecuniária, que há de ser proporcional e compatível com o montante global do dano causado pelos vários atos e com o proveito patrimonial deles auferido pelo agente. Todavia, essa solução nem sempre pode ser adotada na aplicação das penas de suspensão e interdição de direitos. Relativamente aos direitos políticos, a Constituição prevê, para os casos de improbidade, a aplicação da pena de suspensão (art. 37, § 4º), não a de perda ou cassação, que é expressamente vedada (CF, art. 15, caput). Ora, havendo concurso material ou formal, a cumulação das penas pode, na prática, importar verdadeira cassação dos referidos direitos, o que seria inconstitucional. Por outro lado, não se mostra compatível com os predicados de dignidade da pessoa humana, assegurados pela Constituição, a aplicação de sanções pessoais (v.g, interdição de direitos) em caráter perpétuo. A soma do tempo de cada uma das penas eventualmente aplicáveis em situações de concurso de ilícitos pode caracterizar a perpetuidade da proibição de contratar com o poder público ou de receber incentivos ou benefícios fiscais e creditícios.

Em casos tais, havendo concurso de ilícitos, a fixação das penas restritivas de direito (suspensão de direitos políticos e proibição de contratar e de receber benefícios do poder público) há de ser promovida mediante aplicação analógica das normas do Código Penal: ‘Se os fatos ocorrerem em concurso material, somam-se as sanções correspondentes a cada fato. Se ocorre concurso formal, aplica-se a sanção mais grave, graduando-se o quantum sancionatório em patamar mais elevado dentro dos limites legais. Se acontece continuação de infrações, o que se poderia perceber pela semelhança de condições de tempo, local, circunstâncias lato sensu e modo de execução, seria o caso, também aqui, da exacerbação do

patamar sancionatório, respeitados os limites legais'. Em qualquer caso, respeitar-se-á o limite temporal máximo de trinta anos, previsto no art. 75 do referido Código.

É indispensável, ademais, que, a exemplo do que ocorre no processo penal, haja aqui individualização da pena com a indicação dos fundamentos e das razões para a aplicação de cada uma delas. A devida fundamentação é requisito essencial da sentença (CPC, art. 458, II) e compõe o devido processo legal constitucional, pois é ela que ensejará ao sancionado o exercício do direito de defesa e de recurso (CF, art. 5º, LIV e LV). A ausência desse requisito acarreta a nulidade da decisão (CF, art. 93, IX).' (Processo Coletivo, RT, 3ª ed., p. 130/132).

Mantenho convicção de que a solução apontada, que tem apoio em doutrina (v.g.: OSÓRIO, Fábio Medina, Direito Administrativo Sancionador, 2ª ed., RT, p. 412), é a que melhor concretiza os princípios e valores do sistema sancionador. Não se pode deixar de considerar, com efeito, que a imposição de penas ao administrador ímprobo tem, a exemplo do que ocorre no âmbito penal, função pedagógica e intimidatória, visando a inibir novos ilícitos. Por isso mesmo se exige que tais penas devem ser adequadas, não apenas à natureza e a gravidade do ilícito, mas também à quantidade dos ilícitos cometidos: para cada fato típico autônomo, haverá aplicação adequada e também autônoma, normalmente aplicada em processo autônomo. Ora, essa imposição de ordem jurídica, para assumir contorno real e não apenas formal, deve também se refletir no cumprimento da pena. A consequência natural é que as penas tenham cumprimento autônomo e cumulativo. Isso ocorre, sem questionamento, quando a sanção tem natureza pecuniária (multa, ressarcimento de danos). A sanção de perda do cargo, pela sua especial natureza, não comporta cumulações, já que tem caráter instantânea e cria situação consolidada definitivamente na primeira vez que é imposta. Mas, nos demais casos, a aplicação cumulativa deve ser buscada sempre que possível, sob pena de ficar frustrada a própria razão da sua aplicação.

No caso de concurso material em que há pena de suspensão de direitos políticos, a solução dada nos votos divergentes (de permitir o cumprimento simultâneo, contado o prazo do início da pena a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença), gera consequências práticas de difícil justificação. Veja-se: na hipótese de coincidência na data do trânsito em julgado das sentenças, haverá, na prática, apenas o cumprimento de uma das penas, a de maior prazo; o cumprimento das demais será apenas formal, não real, o que acarreta a própria inutilidade da sua aplicação e a impunidade do ilícito a que se refere. E se o trânsito em julgado de cada sentença não for coincidente, a quantidade da pena será, na prática, variável para mais ou para menos, dependendo apenas de uma circunstância inteiramente aleatória ao direito material sancionador, que é a data do trânsito em julgado de cada sentença. Não há como sustentar, juridicamente, uma orientação que acarreta resultados dessa espécie, a começar pelo princípio constitucional da igualdade. Ofende o princípio admitir que dois agentes na mesma situação, que cometeram os mesmos ilícitos e que foram condenados em concurso material às mesmas penas, sejam, na prática, tratados de modo diferente, um sofrendo suspensão de direitos políticos por tempo maior que o outro em função apenas da data em que transitou em julgado a sua sentença.' (Grifou-se).

7. Em seu voto-vista vencedor, argumentando em sentido contrário, o E. Min. Luiz Fux ponderou que:

'Sob esse enfoque, à guisa de elucidar o thema decidendum, colacionamos excerto do voto-condutor do acórdão recorrido:

'[...] Cinge-se a quaestio à possibilidade de que sejam somadas as penas de suspensão de direitos políticos a que foi condenado o ora agravado nas ações civis públicas ns. 032.01.000107-9, 032.01.000341-1 e 032.01.000351-9.

[...]

Não obstante os argumentos consignados pelo agravante, entendo que assiste razão ao Magistrado a quo.

O art. 20 da Lei n. 8.429/92 estabelece que 'a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória'.

Na falta de previsão legal específica, o julgador aplicou o dispositivo ao caso vertente, mesmo havendo mais de uma condenação, sob o entendimento de que o termo inicial para a contagem da pena de suspensão de direitos políticos será sempre o trânsito em julgado da decisão, independente do número de condenações.

Registrou o insigne Magistrado:

'A matéria, sem dúvida, é possivelmente inédita no País e decorre da particularidade de que tramitam na comarca dezenas de ações civis públicas por alegados atos de improbidade administrativa, com a maioria delas já sentenciadas.

'Justamente em razão de tal ineditismo, e porquê não há, na Lei 8.429/92, qualquer previsão quanto ao tema, não se aplicam ao caso os princípios gerais de direito, salvo melhor juízo.

'Após muito refletir sobre o tema convenci-me que a solução preconizada no requerimento do autor não é a mais adequada, por fugir ao princípio da razoabilidade. Com efeito, soa por demais despropositado agir-se como se se tratasse de crime comum e se aplicasse a regra do concurso material, que é, em última análise, o que representa a pretensão do autor.

'A propósito, em consulta informal ao Cartório Eleitoral observei que o próprio TSE, embora de forma transversa, tratou do tema e determinou que as penas de suspensão dos direitos políticos devem ser inseridas no sistema, através do 'FASE' respectivo, a partir da data do trânsito em julgado da sentença.

'Anoto-se, a propósito, que apesar de acirrada discussão em torno do tema, até hoje não se pacificou entre os operadores do direito se as sanções previstas na LIA têm, ou não, caráter penal. Bem por isso, não há como se aplicar regra de direito material penal (concurso material) para solver a questão.' (fls. 299/300).

Conclui-se, a despeito de posição diversa defendida pelo recorrente, que não seria justo e razoável somar-se as penas, simplesmente, sem que tal operação tenha amparo legal. A entender-se desse modo, estar-se-ia a agasalhar critério desprovido de qualquer lógica jurídica. Ora, se os intervalos entre os trânsitos em julgado fossem maiores, em situação diametralmente oposta à que aqui se analisa, o condenado à suspensão de direitos políticos seria prejudicado com penalização

o superior àquela previamente fixada, haja vista que as eleições ocorrem de 4 (quatro) em 4 (quatro) anos.

Forçoso concluir, portanto, em análise perfunctória, pelo acerto do decreto judicial hostilizado.

[...]

Os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, corolários do princípio da legalidade, são de observância obrigatória na aplicação das medidas punitivas, como soem sem ser as sanções encartadas na lei 8249/92, por isso que é da essência do Poder Sancionatório do Estado a obediência aos referidos princípios constitucionais.

[...]

A sanção de suspensão temporária dos direitos políticos, decorrente da procedência de ação civil de improbidade administrativa ajuizada perante o juízo cível estadual ou federal, somente perfectibiliza seus efeitos, para fins de cancelamento da inscrição eleitoral do agente público, após o trânsito em julgado do decisum, mediante instauração de procedimento administrativo-eleitoral na Justiça Eleitoral.

Consectariamente, o termo inicial para a contagem da pena de suspensão de direitos políticos, independente do número de condenações, é o trânsito em julgado da decisão, à luz do que dispõe o art. 20 da Lei 8.429/92. (Grifou-se).

8. Em apoio a essa tese, a E. Min. Denise Arruda também proferiu voto-vista, em que se destacam as seguintes considerações:

'A análise da hipótese examinada permite afirmar que é indiscutível que o cumprimento dos prazos de penas de suspensão de direitos políticos a partir do trânsito em julgado das condenações proferidas em ação civil de improbidade administrativa serve como verdadeiro elemento motivador para a prática reiterada de atos de improbidade administrativa, bem como demonstra, no caso concreto, o total descaso e desrespeito do agente político ao responder por tais atos.

Entretanto, a norma legal apontada como violada, conforme consignado, determina que a sanção de suspensão de direitos políticos em decorrência de ato de improbidade administrativa somente será efetivada com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assim, ainda que a situação fática contrarie o senso comum de justiça e que exista sobreposição de prazos da sanção, não é possível ao julgador, em face da omissão legislativa, impor forma mais gravosa do cumprimento da pena, tampouco determinar a simples somatória dos referidos prazos, pois, sem o amparo da lei, haveria grave ofensa ao princípio da legalidade, princípio basilar de nosso ordenamento jurídico e elemento indissociável do Estado Democrático de Direito.

[...]

Portanto, é manifesto que a imposição cumulativa dos períodos de suspensão dos direitos políticos, postergando o termo inicial do cumprimento da referida sanção, fere o princípio da legalidade.

[...]

Por outro lado, é notório que as sanções por ato de improbidade administrativa contidas nos incisos do art. 12 da Lei 8.429/92 são: multa civil, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, perda da função pública, ressarcimento integral do dano e perda de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

Por expressa previsão legal, a aplicação das penalidades previstas no referido artigo exige que o magistrado considere, no caso concreto, 'a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente' (conforme determinação expressa contida no parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429/92).

Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades.

[...]

Na hipótese dos autos, conforme consignado pelo Tribunal de origem, a somatória dos prazos de suspensão de direitos políticos imposta ao recorrido seria de treze (13) anos, e a totalização dos prazos com termo inicial no trânsito em julgado das condenações seria de sete (7) anos e sete (7) meses.

Efetivamente, é inegável que a interpretação da Lei 8.429/92, tanto na esfera doutrinária quanto jurisprudencial, não obstante a sua natureza civil, traça, em momentos específicos, um paralelo com o direito penal para adequar a defesa da probidade administrativa ao ordenamento jurídico e à própria ordem constitucional, como, por

exemplo, no tocante à tipicidade dos atos de improbidade ou em relação ao foro competente para julgar as mencionadas ações.

Entretanto, a pretensão recursal que objetiva a somatória dos prazos em que o recorrido foi condenado, como uma espécie de simetria prevista na esfera penal, data maxima venia do entendimento contrário, não estaria em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que também decorrem do princípio da legalidade, principalmente pelo fato de que o prazo máximo para a suspensão dos direitos políticos previsto na Lei 8.429/92 é de dez (10) anos, bem como pela própria gravidade da sanção que determina a suspensão dos direitos políticos.' (Grifou-se).

9. *Ao final, a 1ª Turma do STJ pronunciou-se em favor da tese esposada pelos Ministros Luiz Fux e Denise Arruda, que contou com a adesão do Min. Benedito Gonçalves, restando vencidos os Ministros Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki. A ementa do REsp 993.658 - SC foi então vazada, em suma, nos seguintes termos:*

'PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI 8.429/92. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MULTIPLICIDADE DE CONDENAÇÕES. SOMATÓRIO DAS PENAS. TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 20, LEI 8429/92. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. A concomitância de sanções políticas, por atos de improbidade administrativa contemporâneos, impõe a detração como consectário da razoabilidade do poder sancionatório.

2. A soma das sanções infringe esse critério constitucional, mercê de sua ilogicidade jurídica.

3. Os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, corolários do princípio da legalidade, são de observância obrigatória na aplicação das medidas punitivas, como soem sem ser as sanções encartadas na Lei 8429/92, por isso que é da essência do Poder Sancionatório do Estado a obediência aos referidos princípios constitucionais.

4. É cediço em doutrina sobre o tema que: '(...) Princípio da proporcionalidade. Este princípio enuncia a ideia - singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujo conteúdo ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifique o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência [...]. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público. [...]' grifos nossos 'in Curso de Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello, 25ª ed. Malheiros, 2008, p. 108/112

5. A sanção de suspensão temporária dos direitos políticos, decorrente da procedência de ação civil de improbidade administrativa ajuizada perante o juízo cível estadual ou federal, somente perfectibiliza seus efeitos, para fins de cancelamento da inscrição eleitoral do agente público, após o trânsito em julgado do decisum, mediante instauração de procedimento administrativo-eleitoral na Justiça Eleitoral.

6. Consectariamente, o termo inicial para a contagem da pena de suspensão de direitos políticos, independente do número de condenações, é o trânsito em julgado da decisão, à luz do que dispõe o art. 20 da Lei 8.429/92, verbis: 'a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória'.

[...].'

10. Segundo os termos do aresto, aparentemente ficou assente que o réu teria seus direitos políticos suspensos, simplesmente, pelos prazos de cada uma das penas que lhe foram imputados, contados a partir do trânsito em julgado das respectivas condenações, independentemente de serem concomitantes. Assim, no caso, a condenação perduraria somente entre o início da primeira pena e o término da última, perfazendo, como observado pela Min. Denise Arruda, apenas sete anos e sete meses, em vez dos treze anos que decorreriam da soma das três penas.

11. No entanto, o Ministério Público interveio novamente nos autos, por meio de embargos de declaração, em que requereu:

'(...) seja esclarecido no presente acórdão se a regra a ser aplicada no caso em exame é aquela estabelecida no art. 75 do CP e art. 111 da LEP, no que respeita à unificação das penas até o limite máximo previsto no Código Penal, no caso de 10 anos previstos na lei de Improbidade Administrativa, isso quando exceder este prazo e, se sobrevindo condenação por fato posterior, deva considera-se nova unificação, desprezando-se para esse fim o período da pena cumprido (...).'

12. Ao apreciar os embargos opostos, na sessão de 9/3/2010, a 1ª Turma do STJ, dessa vez por unanimidade, decidiu que:

'PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI 8.429/92. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MULTIPLICIDADE DE CONDENAÇÕES. SOMATÓRIO DAS PENAS. TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 20, LEI 8429/92. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DETRAÇÃO. ART. 11 (sic) DA LEI 7.210/84. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA.

1. O cumprimento de sanções políticas concomitantes, por atos de improbidade administrativa contemporâneos (art. 20 da Lei 8.429/92), deve observar as disposições encartadas no art. 11 (sic) da Lei 7.210/84.

2. É que a inexistência de legislação específica acerca da forma de cumprimento das sanções políticas, por atos de improbidade administrativa contemporâneos, deve ser suprida à luz das disposições encartadas no art. 11 (sic) da Lei 7.210/84, que instrui a Lei de Execuções Penais, verbis:

'Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.'

3. Embargos de declaração acolhidos, apenas, para esclarecer que cumprimento das sanções políticas, por atos de improbidade administrativa contemporâneos, deve observar as disposições encartadas no art. 11 da Lei 7.210/84, mantendo incólume o acórdão de fls. 383/423.' (Grifou-se).

13. Apesar do enunciado da deliberação da Corte Superior, na verdade, o provimento dos embargos introduziu um tertius em relação às alternativas que se apresentavam quando da discussão do acórdão contestado.

14. Como visto, o Ministério Público questionou sobre a possibilidade de unificação das penas a cada condenação concomitante imposta ao réu, tendo por parâmetro o limite máximo de 10 anos previsto na Lei 8.429/1992, de forma análoga à prevista no art. 111 da Lei de Execução Penal (7.210/1984).

15. A matéria da unificação de penas é regulada, originariamente, pelo art. 75 do Código Penal:

'Limite das penas

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984). (Grifou-se).

A esse respeito, merece destaque a lição de Guilherme de Souza Nucci:

'Modo de unificação: para que o limite de cumprimento de penas (30 anos) não tornasse o sentenciado imune a qualquer outra condenação advinda durante a execução de sua pena, o legislador estabeleceu que, sobrevivendo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. Assim, temos o seguinte: a) nova condenação por fato anterior ao início do cumprimento da pena deve ser lançada no montante total já unificado, sem qualquer alteração; b) nova condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena unificada, desprezando-se o tempo já cumprido. Se for o caso (ultrapassar 30 anos), far-se-á nova unificação. Além disso, lança-se, também, no montante total, para efeito de cálculo dos benefícios. Exemplo da primeira situação: réu condenado a 300 anos, recebe nova pena de 20 anos por crime cometido anteriormente ao início do cumprimento da pena. Lança-se esse quantum no cômputo geral, totalizando agora 320 anos, sem fazer nova unificação. Se o sentenciado entrou na cadeia no dia 10 de março de 1960, sairá da prisão no dia 9 de março de 1990, com 300 ou 320 anos, o tempo máximo de cumprimento da pena não se altera. Exemplo da segunda situação: réu condenado a 300 anos, com pena unificada em 30, tendo cumprido 10 anos, comete novo crime no interior do presídio. Condenado a 25 anos, esse quantum é lançado na pena unificada, desprezando-se o tempo já cumprido: de 30 anos, cumpriu 10, período que é desprezado; portanto, aos 20 anos faltantes para terminar a pena adicionam-se os novos 25, totalizando agora 45. Deve-se fazer nova unificação, porque o montante (45) ultrapassou o limite de 30 anos. Isso significa que, tendo começado inicialmente a cumprir a pena em 10 de março de 1960, deveria sair em 09 de março de 1990; ocorre que em 1970 recebeu mais 25 anos, que, somados aos 20 restantes, tornaram-se 45, unificados novamente em 30. Sairá da cadeia, agora, somente no ano 2000. (in Código Penal Comentado, 7ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 434/435). (Grifou-se).

16. *Com as devidas vênias, o julgamento dos embargos, em vez de esclarecer, lançou novas dúvidas sobre o critério de execução das penas concomitantes de que se trata. Nota-se que o STJ, nessa decisão, eximiu-se de pronunciar-se claramente sobre a questão posta pelo Ministério Público, que dizia respeito à possibilidade de unificação das penas concomitantes. Mas a admissão desta possibilidade é intrínseca à determinação de observância do art. 111 da Lei de Execução Penal, que expressamente a prevê.*

17. *Ocorre que a unificação tem por pressuposto que a soma das penas seja superior ao máximo legal. E a soma das penas foi justamente o que o STJ havia rejeitado no julgamento originário. A reintrodução desse critério, apenas para o caso de superação do máximo legal, gera os resultados ilógicos e incoerentes que, desde o princípio, se buscava evitar.*

18. *Tome-se, por exemplo, o caso de réu condenado a duas penas de suspensão de direitos políticos de cinco anos, fundadas no art. 12, inc. II, da Lei 8.429/1992. Suponha-se que o trânsito em julgado da segunda tenha ocorrido exatamente um ano após o da primeira. Como a soma das penas é de exatos 10 anos, dentro, portanto, do limite legal aventado pelo Ministério Público*

(embora o do inc. II, especificamente, seja de oito anos), não se cogita de unificação. Com a aplicação independente das penas, a partir de seu trânsito em julgado, como definido pelo acórdão originário, a pena final imposta ao réu seria de seis anos.

19. Suponha-se agora, que outro réu tenha sofrido condenação às mesmas penas, nas mesmas datas, mas que a segunda tenha sido pelo prazo de cinco anos e um mês. Agora, a soma das penas superará os 10 anos e deverá ser aplicada a unificação, como decidido no julgamento dos embargos. Como na data da segunda condenação ainda restavam quatro anos a serem cumpridos da primeira, a pena seria unificada em nove anos e um mês, a contar dessa data, resultando em uma pena final imposta ao réu de dez anos e um mês.

20. Verifica-se que uma ínfima diferença nas penas cominadas acaba por resultar em expressiva diferença no total da pena a ser cumprida pelos dois réus, embora em todo o restante seus casos sejam objetivamente idênticos. Esse resultado, que repugna às mínimas noções de justiça e de isonomia, decorre da adoção de dois critérios distintos e incompatíveis para seu cômputo, albergada pelo STJ.

21. De nada adiantaria limitar a duração da pena a dez anos a contar da primeira condenação. Novamente, se chegaria a resultados teratológicos caso, por exemplo, o réu fosse condenado a dez anos (com base no inc. I do art. 12) e recebesse nova pena, por idêntico período, dias antes do término do cumprimento da primeira, caso que tornaria a segunda praticamente letra morta.

IV) DA APLICAÇÃO DE PENAS CONCOMITANTES DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PELO TCU

22. O precedente do STJ discutido acima, repita-se, serve como excelente parâmetro para a discussão do objeto da presente consulta, dada a estreita analogia entre ambos. Entretanto, entende-se, com as devidas vênias, que se deva afastar, de pronto, o principal entendimento firmado por aquela Corte, que propõe a aplicação imediata de cada uma das penas, a partir do respectivo trânsito em julgado, independentemente de virem a sobrepor-se.

23. Como já observara o Min. Benjamin Zymler e também ressaltou o Min. Teori Albino Zavascki, tal critério introduz uma inadmissível aleatoriedade na determinação da pena final, fazendo-a depender das venturas e desventuras que cercam os trâmites processuais. Num caso extremo, poderia ocorrer de um licitante praticar fraude, por exemplo, em três licitações, com intervalo de alguns anos entre cada um desses ilícitos, e, no entanto, ser condenado a três penas de inidoneidade na mesma sessão de julgamento, caso em que as três se reduziriam a uma, o que é, evidentemente, absurdo. Interessante, nesse sentido, a manifestação da Min. Denise Arruda, que, embora, ao final, tenha-se filiado à tese vencedora, reconhece que pode gerar situações fáticas que contrariem o senso comum de justiça, notadamente em razão da sobreposição de prazos das sanções.

24. A deliberação do STJ, atendo-se tenazmente à observância do critério de aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos a partir do trânsito em julgado, fixado no art. 20 da LIA, em nome do princípio da legalidade, esqueceu-se de que, assim fazendo, acaba por induzir ao descumprimento de vários outros princípios constitucionais, tais como os da razoabilidade, da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena.

25. Além disso, aplica interpretação questionável do referido dispositivo legal, o qual ao estatuir que 'A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória' não está, a rigor, a exigir a aplicação de tais penas na data desse evento, mas apenas que isso não ocorra antes dele.

26. A solução do concurso material, discutida logo adiante, é a que melhor atende à regra da ponderação, segundo a qual deve ser reduzida a esfera de aplicação de cada um dos postulados

jurídicos em aparente conflito, de molde a encontrar a solução para a questão sem sacrifício de qualquer um dos princípios considerados. Enquanto o cúmulo material sacrifica minimamente o princípio da legalidade, aplicar indistintamente a pena a partir do trânsito em julgado fere de morte os outros princípios listados acima. Não é de admirar, à vista disso, que a solução afinal acolhida pelo STJ o tenha sido por tão estreita maioria.

27. Ademais, é importante frisar que, ao contrário da LIA, a Lei Orgânica do TCU não fixa o termo inicial da aplicação da pena de declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar de licitação na Administração Pública Federal, prevista no art. 46. O entendimento de que situa tal termo na data do trânsito em julgado da condenação, todavia, é albergado pela pacífica jurisprudência da Corte de Contas (e.g., Acórdãos 140/2010, 457 e 775/2011, 1.047, 1.546, 2.425 e 2.809/2012, todos do Plenário). Note-se, de qualquer forma, que o argumento baseado no princípio da legalidade não é aplicável ao caso da declaração de inidoneidade, o que é mais um motivo para que o TCU não se filie ao critério estabelecido no precedente do STJ.

28. Discutiu-se, no STJ, sobre a aplicabilidade de institutos do direito material penal às sanções previstas na LIA, cujo caráter penal seria objeto de controvérsia no meio jurídico. Tal aplicação analógica, a nosso ver, é perfeitamente possível e até mesmo recomendável, desde que seja devidamente aferida a similaridade entre as hipóteses comparadas, seja utilizada para o suprimento de lacuna na lei administrativa, e que se tenham em vista os princípios constitucionais e seus consectários. Esse método salvaguarda, na verdade, a unidade e consistência do ordenamento jurídico, garantindo que os mesmos procedimentos, em essência, sejam aplicados a hipóteses análogas. Ademais, atende melhor ao princípio da legalidade prevenir, sempre que possível, a persistência de lacunas na lei, prestigiando, assim, sua eficácia normativa. É preferível suprir tais lacunas por meio de critérios objetivos, como as regras adotadas em outros campos do ordenamento jurídico, do que por meio de critérios deixados ao arbítrio do julgador.

29. Nesse mister, considerando-se que a Lei Orgânica do TCU não prevê procedimento algum aplicável à execução de penas concomitantes de declaração de inidoneidade de licitante, é de todo recomendável que se aplique às declarações de inidoneidade concomitantes o instituto do **concurso material**, previsto no seguinte dispositivo do Código Penal:

'Concurso material

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11/7/1984).' (Grifou-se).

Ou, segundo a lição de Fernando Capez:

'Conceito: prática de duas ou mais condutas, dolosas ou culposas, omissivas ou comissivas, produzindo dois ou mais resultados, idênticos ou não, mas todas vinculadas pela identidade do agente, não importando se os fatos ocorreram na mesma ocasião ou em dias diferentes.' (in *Curso de Direito Penal*, 11^ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 505).

Hipótese em que, como aduz o ilustre autor:

'Aplicação de penas: as penas devem ser somadas. O juiz deve fixar, separadamente, a pena de cada um dos delitos e, depois, na própria sentença, somá-las. A aplicação conjunta viola o princípio da individualização da pena, anulando a sentença (...)' (op. cit., p. 506).

Ou, como bem pontua Júlio Fabbrini Mirabete:

'Pode ocorrer, também, que após o início da execução sejam proferidas novas condenações contra o preso. Impostas novas penas, são elas somadas a fim de ser determinado o regime de cumprimento daí em diante. Cabe então ao juiz encarregado da execução determinar o

regime de cumprimento das penas somadas, obedecendo às regras estabelecidas para a hipótese do regime inicial de cumprimento.' (in *Execução Penal*, São Paulo: Atlas, 9ª ed., p. 322). (Grifou-se).

30. *A finalidade da sanção administrativa, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, 'é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade'.*

31. *Desse modo, não se pode equiparar a situação do sujeito que comete uma infração única à situação daquele que comete múltiplas infrações, corolário direto do princípio da máxima efetividade da aplicação da sanção administrativa, associado ao princípio da proporcionalidade e da moralidade vigentes na Administração Pública.*

32. *Tal raciocínio está implícito, por exemplo, na discussão doutrinária sobre a aplicação das regras penais de concurso real em matéria de sanção administrativa. Heraldo Garcia Vitta aponta para o fato de que, em sendo omissa a lei, o **cúmulo material é de rigor**, pelo fato de que o **sujeito que comete vários ilícitos merece um tratamento mais rigoroso**, verbis:*

'Segundo Fábio Medina Osório, no concurso formal de infrações 'pertinente se mostra o aumento da pena contemplada ao ilícito de maior gravidade, mas de forma alguma ultrapassado o patamar máximo de apenamento'. Quanto à continuidade de infrações, 'aumenta-se o quanto sancionatório de um fato ilícito e afastam-se as sanções cumulativas de outros fatos ilícitos'. Finalmente, admite o cúmulo material de infrações, pois o 'sujeito que comete vários ilícitos merece um tratamento mais rigoroso'.

Régis Fernandes de Oliveira, de forma objetiva, resume seu entendimento, explicando que, no silêncio da lei, aplicam-se as regras do cúmulo material, isto é, as penas são somadas para todos os efeitos.

Susana Lorenzo entende não ser possível utilizar, analogicamente, normas do Direito Penal; segundo a autora 'em derecho administrativo, la regla es que sancionará por todas las infracciones que se cometan, aplicándose las penas en su totalidad'.

Perfilhamos o entendimento segundo o qual, na falta de texto expresso, ocorre o cúmulo material, pois nas palavras de Zanobini, 'Se a pessoa tinha um duplo dever de não cometer o fato, cometendo-o, viola duas diversas obrigações e deve suportar as consequências da dupla transgressão'.

(...)

*A forma de sancionar é instituída pelo legislador, segundo critérios de discricionariedade. Compete-lhe elaborar ou não regras a respeito da concorrência de infrações administrativas. No silêncio, o cúmulo material é de rigor.' (in *A Sanção no Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003).*

33. *Na mesma linha de pensamento, cumpre ressaltar a incidência do princípio da proporcionalidade na fixação da pena, no sentido de que as sanções devem guardar uma relação de proporcionalidade com as condutas praticadas e as gravidades das infrações. Assim, as múltiplas ocorrências de fraudes licitatórias devem ser punidas com maior severidade, não se podendo igualá-las à situação daquele que pratica uma infração singular.*

34. *Todavia, do acúmulo de penas decorre naturalmente a questão do limite máximo de sua soma. No precedente do STJ, como visto acima, o Min. Teori Albino Zavascki, que defendeu em seu voto-vista o cúmulo material, propôs o limite de 30 anos, previsto no art. 75 do Código Penal, sob*

o fundamento de que a Constituição Federal veda a aplicação de sanções pessoais em caráter perpétuo (como disposto no art. 5º, XLVII, 'b').

35. No entanto, é preciso guardar conscienciosamente as diferenças entre as situações abordadas. Enquanto, no caso tratado pelo STJ, tratava-se da suspensão de direitos políticos de indivíduos, no caso vertente, trata-se da suspensão do direito de participar de licitações, usualmente imposta a empresas. Enquanto, naquele caso, dificilmente se vislumbraria uma ameaça à vida da pessoa, em razão do direito suspenso, neste, a ameaça à existência da empresa é bem mais real e palpável. Não seria de admirar que, em razão de penas muito extensas, diversas empresas viessem a fechar suas portas, o que, apesar da gravidade da infração cometida, não é o propósito da lei.
36. A adoção do limite de 30 anos ao caso vertente representaria, por conseguinte, estender demasiadamente os limites da analogia, em prejuízo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que a adoção do cúmulo material pretende, justamente, preservar. Assim, na ausência de previsão legal específica, e na impossibilidade de integração analógica, defende-se que prevaleça o limite máximo previsto no próprio art. 46 da Lei Orgânica, que é de cinco anos. É fato que esse limite, claramente, tem em vista apenas cada ocorrência isolada do tipo delitivo previsto naquele dispositivo. Porém, seria incabível, à luz do princípio da legalidade, a definição arbitrária de qualquer outro limite.
37. Note-se que não haverá maiores problemas quando a soma das penas concomitantes aplicadas for igual ou inferior a cinco anos. Nesse caso, o prazo somado deve ser contado a partir do trânsito em julgado da primeira condenação, independentemente das datas das demais.
38. Quando a soma das penas aplicadas superar cinco anos, abrir-se-ão duas possibilidades para a contagem desse limite: 1) a partir do trânsito em julgado da primeira condenação; 2) mediante a unificação de penas prevista no art. 75 do Código Penal. É preferível a segunda alternativa, tanto por possuir fundamento normativo, ainda que só utilizável mediante analogia, quanto pelo resultado prático de sua utilização, em confronto com o da primeira. O emprego de dois exemplos extremos presta-se bem a comprovar essa afirmação.
39. Suponha-se, em primeiro lugar, que uma empresa tenha sido condenada a duas penas de inidoneidade para licitar pelo período de cinco anos, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido, respectivamente, no início de 2011 e no início de 2012. As duas penas, somadas, perfazem dez anos. Considerando-se como termo inicial desse prazo a data da primeira condenação, a pena final se estenderia de 2011 a 2020. Aplicando-se o limite de cinco anos, todavia, sua duração passaria a ser de 2011 a 2015.
40. Em 2012, por ocasião da imposição da segunda pena, ainda restariam quatro anos da primeira a cumprir. A pena unificada nessa data seria, portanto, de nove anos. Aplicado o máximo legal, se reduziria a cinco anos, a contar da segunda condenação, de modo que o período total de cumprimento da pena passaria a ser de 2011 a 2016.
41. Como se vê, nesta hipótese, praticamente não se verifica diferença entre os dois critérios, que se mostram, aliás, igualmente inadequados, por virtualmente cancelar os efeitos da segunda condenação.
42. Outro seria o caso de uma empresa que fosse condenada a essas mesmas duas penas de inidoneidade, mas com trânsito em julgado no início de 2011 e no início de 2014. Pelo primeiro critério, a duração da pena se estenderia, a princípio, de 2011 a 2020. Aplicado o limite de cinco anos, porém, seria reduzida, passando a estender-se de 2011 a 2015, o que anularia, na prática, a segunda pena.

43. Pelo critério da unificação, contudo, na data da segunda condenação (2014), despreza-se o tempo já cumprido da primeira e soma-se o tempo ainda a cumprir, que é de um ano, resultando em nova pena de seis anos. Unificada para cinco anos, esta pena se estenderia de 2014 a 2018, resultando em uma pena final bem mais severa, com duração de 2011 a 2018.

44. Pelo menos nesta segunda hipótese, o procedimento da unificação refletiria melhor o fato de a empresa ter cometido por duas vezes fraudes gravíssimas à licitação (a ponto de lhe ser cominada a pena máxima, em cada ocorrência). A pena final resultaria extensa, é verdade, mas ainda bem longe dos 30 anos propostos pelo Min. Zavascki para o caso da suspensão de direitos políticos prevista na LIA. Ademais, como se destacou acima, trata-se de caso extremo. A maioria se situará em limites intermediários, bem mais módicos, mas em que a unificação das penas produzirá resultados mais rigorosos – e, conseqüentemente, mais razoáveis e proporcionais – que os da fixação do trânsito em julgado da primeira condenação como termo inicial do limite máximo.

45. No caso, por exemplo, de empresa condenada, no início de 2011 e no início de 2013 a duas penas de inidoneidade de três anos (no total de seis anos), a pena final se estenderia, pelo primeiro critério, de 2011 a 2015, ao passo que, pelo segundo, duraria de 2011 a 2016, o que demonstra um moderado rigor adicional.

V) CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

46. Ante todo exposto, esta Consultoria Jurídica é de parecer que:

- 1) com base na aplicação do princípio da máxima efetividade da aplicação da sanção administrativa e na devida ponderação dos princípios constitucionais da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da individualização da pena, deve-se aplicar à cominação à mesma empresa de penas concomitantes de declaração de inidoneidade pelo TCU, com base no art. 46, da Lei 8.443/1992, por analogia, o concurso material de crimes previsto no art. 69 do Código Penal, somando-se, por conseguinte, os prazos de duração das penas em que tenha incorrido;
- 2) a soma das penas impostas à empresa deve restringir-se ao limite máximo de cinco anos, previsto no art. 46 da Lei 8.443/1992;
- 3) para o cômputo desse limite, deve-se empregar, por analogia, o procedimento de unificação das penas previsto no art. 75 do Código Penal e no art. 111 da Lei de Execução Penal, desprezando-se o período da pena anterior já cumprido, tendo em vista que tal procedimento é o que melhor atende aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação da duração final das penas.”

Encaminhados os autos ao meu Gabinete, novamente os restitui à Segedam, para sua manifestação, por entender que o parecer da Conjur, que não integra a Segecex, foi oferecido para fornecer subsídios para os estudos a cargo da Segecex, mas não para substituí-los.

Em atendimento ao despacho peça 10 do Secretário-Geral de Controle externo, a Serur manifestou-se com relação ao segundo tema (procedimento a ser adotado para a execução de sucessivas penas de declaração de inidoneidade), nos seguintes termos:

1. Discute-se nos autos o alcance da declaração de inidoneidade proferida pelo Tribunal com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992 e a sistemática de cumprimento das sanções caso um mesmo licitante seja responsabilizado por fatos distintos, em mais de um processo, em períodos que se sobreponham.

1.1. Ambas as questões foram objeto de análise pela Consultoria Jurídica, nas manifestações de peças 2 e 8, respectivamente.

1.2. Por despacho da Segecex (peça 10), foi solicitada a manifestação desta unidade técnica quanto ao segundo ponto, ou seja, sobre “o procedimento a ser adotado para a execução de sucessivas penas de declaração de inidoneidade aplicadas à mesma empresa” – ou, mais genericamente, a um mesmo licitante, pessoa física ou jurídica (pois os parâmetros em discussão nos autos podem aplicar-se indistintamente a ambas as situações).

1.3. Dada a complexidade e relevância do tema, é natural que a questão suscite entendimentos diversos. O objetivo desta instrução é o de contribuir para o debate a ser realizado pelo Tribunal, apresentando conclusões alternativas à da Conjur quanto a dois aspectos centrais do problema, a saber:

a) o período máximo de cumprimento ininterrupto das várias sanções aplicadas, que não pode ser extenso o bastante para caracterizar a perpetuidade da punição, mas também não deve ser demasiadamente curto, sob pena de restarem comprometidas as finalidades preventivas e repressivas da sanção;

b) o procedimento a ser observado para assegurar a execução de todas as sanções aplicadas, pois embora igualmente se conclua pela inadequação da sistemática atual (de cumprimento simultâneo), entende-se que há no direito penal fundamento mais específico para hipótese tratada nos autos (porque referente a penas de restrição de direitos) e que dispensa a soma das sanções (prevista para penas privativas de liberdade).

1.4. Por fim, serão acrescentadas considerações sobre alguns impactos procedimentais da sistemática em debate, haja vista que, ao contrário do procedimento atual, que parte da autonomia de cada acórdão, tanto a soma quanto o cumprimento sucessivo das sanções requerem a consideração conjunta de decisões proferidas em processos distintos, não raro por relatores diversos e cujo acompanhamento pode estar sob responsabilidade de diferentes unidades técnicas do Tribunal. Nesse contexto, torna-se necessário ajustar a atual forma de execução das decisões, ante a influência recíproca dos acórdãos sancionatórios.

1.5. Algumas premissas essenciais a esta instrução já foram demonstradas no parecer antecedente, dispensando-se a repetição da análise. Entre elas destaca-se, por sua importância, a possibilidade de aplicação analógica de regras e princípios do direito penal para suprir lacunas existentes no direito administrativo sancionador, respeitados, obviamente, os requisitos próprios dessa forma de integração do direito.

I. TEMPO MÁXIMO DE DURAÇÃO CONTINUADA DAS SANÇÕES

2. A duração das sucessivas sanções é ponto de fundamental importância na sistemática proposta. O equacionamento da questão exige, como bem discutido no parecer antecedente, a invocação dos princípios do direito penal para suprir as lacunas que se observam no direito administrativo sancionador.

2.1. O Código Penal, em seu art. 75, estabelece que “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos”.

2.2. Note-se que o Código faz referência a penas “privativas de liberdade”. Não há, no Código, limite expresso para a duração sucessiva e ininterrupta das penas restritivas de direitos, até mesmo pelas razões históricas que serão apresentadas no item “1.3”, infra.

2.3. Essa omissão não chega a ser tão relevante no sistema do Código Penal, pois, nele, a restrição de direitos é sempre pena substitutiva: primeiro é fixada a pena privativa de liberdade, com observância de todos os limites; depois, decide-se sobre a conversão em pena restritiva de direitos, cuja duração será a mesma da pena privativa de liberdade substituída e já limitada (CP, art. 55). Desse modo, em certa medida os limites impostos à duração das penas privativas de liberdade aproveitam às de restrição de direitos, porque estas, no sistema do Código Penal, decorrem daquelas – já limitadas antes da substituição.

2.4. No caso em exame, porém, a restrição ao direito de licitar é sanção principal, cominada diretamente, e não punição substitutiva. E ante a possibilidade de múltiplas sanções, torna-se necessário discutir o limite máximo de duração continuada a que poderá estar sujeito um mesmo responsável.

2.5. No parecer antecedente defendeu-se que os trinta anos previstos no art. 75 do Código Penal não constituiria parâmetro adequado a esse fim, pois esse longo período violaria o princípio da proporcionalidade, que é uma das bases do direito punitivo. Assim, e na inexistência de outra previsão legal sobre o assunto, propôs-se adotar como máximo para a soma das sanções o prazo de cinco anos, fixado no art. 46 da Lei 8.443/1992 como teto para cada punição individualmente considerada (peça 8, § 36).

2.6. Pelas razões abaixo, entende-se que essa conclusão não deva subsistir. Na sequência, serão examinados: a) os inconvenientes de limitar-se em cinco anos o tempo de duração das sucessivas sanções de inidoneidade (item I.1); a razoabilidade de adotar-se o mesmo limite de trinta anos que o Código Penal prevê para a pena privativa de liberdade (item I.2) e a inexistência de analogia "in malam partem", caso se considere esse mesmo referencial (item I.3).

I.1 – Os inconvenientes do limite de cinco anos

3. Como exposto nas preocupações formuladas no Acórdão 560/2012-TCU-Plenário, que deu origem a este processo, não há impedimento a que se aplique nova sanção a um mesmo licitante que já esteja sob efeito de anterior declaração de inidoneidade, desde que por fatos diversos, objeto de processos distintos.

3.1. Aliás, tal ocorrência não é incomum, como indica o demonstrativo de peça 11, do qual consta todos os licitantes que, em maio/2014 (data do levantamento no Cadastro de Licitantes Inidôneos mantido na página do TCU), sujeitavam-se a sanções aplicadas em processos distintos.

3.2. Observa-se nesse demonstrativo, ademais, que há uma correlação entre a gravidade das fraudes e a reiteração da conduta. Em praticamente quase todos os casos, o licitante que cometeu mais de uma fraude foi punido por condutas graves, como se infere da dosimetria da sanção aplicada (de cinco anos, em 36 das 37 ocorrências de punições múltiplas).

3.3. Esse cenário agrava os inconvenientes de um baixo limite para a totalidade das sanções, apresentados abaixo.

a) risco de inefetividade das punições subsequentes:

4. Uma premissa básica a ser considerada no exame deste processo é a de que a cada fato deve corresponder uma punição e cada punição aplicada deve ser, tanto quanto possível, integralmente cumprida. Se é certo que o mesmo agente não pode ser sancionado duas vezes pelo mesmo fato ("ne bis in idem"), igualmente não deve deixar de sofrer novas consequências oriundas da prática de condutas distintas.

4.1. O baixo limite para o conjunto das sanções contraria essa diretriz. Com efeito, quanto menor o limite, mais facilmente ele será atingido e, a partir daí, as punições subsequentes terão pouco ou nenhuma efetividade, já que seus efeitos práticos estarão em grande parte obstados pelo alcance da duração máxima admissível para um mesmo continuum de sanções.

b) mitigação da finalidade preventiva da punição:

5. A declaração de inidoneidade, como é próprio de toda sanção, apresenta não só um caráter retributivo (reação ao ilícito praticado), mas também finalidades preventivas, quer na forma de prevenção geral (desestimulando os demais licitantes a adotar condutas semelhantes), quer na forma de prevenção especial (inibindo o próprio agente de reincidir na conduta, impedindo-o de participar de licitações durante o período de inidoneidade).

5.1. Se o máximo de sanção a ser cumprido por diferentes condutas for pouco expressivo, o fraudador contumaz de licitações facilmente atingirá esse limite e, como referido antes, a partir desse ponto novas punições terão pouca efetividade prática.

5.2. Eleva-se, com isso, o risco de serem estimulados comportamentos ilícitos nos certames públicos, já que a multiplicidade de fraudes, quando descoberta, acarretará consequências que pouco ou nada agravarão a situação do agente já sancionado no limite de uma só dessas condutas.

5.3. Para que a sanção cumpra efetivamente seus papéis de retribuição e prevenção, não se pode mitigar o efeito inibitório que o receio de novos gravames desempenha.

c) violação aos princípios da isonomia e da proporcionalidade:

6. Por fim, um dos princípios constitucionais penais, extensível ao direito administrativo sancionador, é o da individualização da pena.

6.1. Individualizar a pena importa em atribuir a sanção adequada a cada caso, considerando a gravidade da infração praticada e a situação particular do agente. Essa tarefa exige, por sua vez, a observância de dois outros princípios: o da isonomia e o da proporcionalidade. E ambos são comprometidos se o limite estabelecido para a soma das punições for baixo.

6.2. Quanto à proporcionalidade, o limite previsto na lei para uma única punição (cinco anos) não representaria resposta adequada se também utilizado como balizador para todo um conjunto de sucessivos ilícitos. É que as situações em comento (uma ou várias fraudes) apresentam distintos graus de lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma, sendo certo que a conduta mais grave (várias fraudes) deve receber tratamento proporcionalmente mais severo.

6.3. O baixo limite para a soma das sanções igualmente afeta a observância do princípio da isonomia. Como exigência de individualização da pena, é necessário tratar desigualmente responsáveis cujas condutas demonstrem diferentes graus de reprovação. O baixo limite para o total de punições, no entanto, dificulta ou mesmo inviabiliza esse tratamento diferenciado, já que tende a uniformizar a resposta sancionatória, em termos práticos.

6.4. Considere-se, por exemplo, um responsável por uma única fraude grave e que, por isso, seja sancionado no máximo de cinco anos previsto no art. 46 da Lei 8.443/1992. Caso seja esse também o limite para a soma de várias punições, esse responsável cumprirá o mesmo tempo de inidoneidade a que ficará sujeito outro responsável que tenha cometido sucessivas infrações igualmente graves, pois, não obstante o Tribunal aplicar ao segundo responsável múltiplas sanções, a soma delas ficará limitada aos mesmos cinco anos.

6.5. Evidentemente que não haverá uma solução definitiva para esse problema, já que, por ser necessário limitar as sanções, em algum momento o limite estabelecido, qualquer que seja, será atingido. Mas é inegável que quanto mais baixo for esse limite, mais facilmente as situações dos diferentes responsáveis tendem a se equiparar. E essa uniformidade de tratamento, facilitada por um baixo limite, constitui a antítese do ideal de sanção individualizada, dimensionável segundo os distintos graus de ofensa ao bem tutelado pela norma e os diferentes níveis de culpabilidade de cada agente.

I.2 – Razoabilidade de adoção do mesmo limite previsto no Código Penal

7. Se é certo que a resposta do Estado à violação das normas legais não pode ser excessiva, igualmente não pode conferir proteção insuficiente aos bens jurídicos tutelados.

7.1. No item antecedente discorreu-se sobre os inconvenientes do limite de cinco anos, o qual, como resposta a reiteradas fraudes a procedimentos licitatórios, representaria proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado pelo art. 46 da Lei 8.443/1992, que é a lisura nos certames públicos.

7.2. *Passa-se agora a examinar se o limite de trinta anos seria reação excessiva. Pelas razões que se seguem, entende-se que esse limite não é excessivo, podendo ser utilizado analogicamente pelo direito administrativo sancionador.*

7.3. *Isso não implica que o alcance desse limite deva ser usual. Conforme consignado no Voto que deu origem a este processo (cf. peça 1), o Tribunal pode perfeitamente, ao prolatar uma nova condenação, sopesar a sanção a ser aplicada com as já vigentes, de forma a extrair, dessa visão de conjunto, a dosagem final que seria adequada e suficiente para reprimir a totalidade dos atos em análise, à luz da gravidade desses atos e da culpabilidade do agente.*

7.4. *Assim, se para a irregularidade que estiver em exame no momento for cabível, por exemplo, uma sanção de três anos, mas já houver uma punição em curso de cinco anos e o Tribunal entender que, pelo conjunto retratado em ambos os processos, seis anos seriam punição suficiente, nada obsta que no novo processo seja aplicado apenas mais um ano de inidoneidade (atingindo-se, como resultado final, os seis anos tidos como suficientes para a totalidade dos ilícitos).*

7.5. *Essa possibilidade de avaliação do conjunto, ainda que em processos distintos, não pode ser afastada, notadamente quando se sabe que o sistema de dosimetria adotado no processo de controle externo não é propriamente o da acumulação (cada infração com sua sanção isolada), e sim um modelo mais próximo ao da exasperação (uma só sanção, devidamente aumentada com base no conjunto dos ilícitos).*

7.6. *O que é necessário, portanto, é criar instrumentos adequados para otimizar essa consideração conjunta de decisões proferidas em processos distintos, ante a influência recíproca dos acórdãos sancionatórios.*

7.7. *Esse aspecto será retomado ao final desta instrução. Por ora, cumpre demonstrar, como anunciado, a inexistência de óbice jurídico para a adoção do limite de trinta anos previsto no Código Penal, a ser reservado a situações excepcionais, em que a gravidade dos ilícitos não recomende punição menos severa. E são várias as razões que fundamentam tal possibilidade.*

7.8. *A uma, porque seria difícil justificar como referido limite possa ser admitido pelo ordenamento para manter-se um indivíduo encarcerado, mas não possa servir de parâmetro se, em vez da privação de liberdade, a sanção for a de restrição de direitos. Seria contraditório concluir que exatamente quando as consequências da pena forem mais drásticas, como no encarceramento, a sujeição à pena possa estender-se por mais tempo (até trinta anos), ao passo que essa mesma duração seria excessiva (devendo ficar limitada em cinco anos) se as consequências da punição forem comparativamente mais brandas, como na restrição de direitos.*

7.9. *Note-se que as mesmas condutas que levam o TCU a aplicar sucessivas sanções de inidoneidade por fraude a licitações podem também configurar crime previsto na Lei 8.666/1993, a exemplo do descrito no art. 90: "frustrar ou fraudar (...) o caráter competitivo do procedimento licitatório (...)", cuja pena é de até quatro anos de detenção para cada conduta. Assim, pelas mesmas fraudes detectadas pelo TCU o agente (se pessoa física) pode vir a ser condenado na esfera penal, recebendo pena distinta por cada fato praticado; essas penas serão somadas, se caracterizado o concurso material, e o limite a ser considerado para essa soma será o de trinta anos, não obstante as consequências da sanção penal serem mais graves que a da declaração de inidoneidade para licitar.*

7.10. *É também relevante observar que a própria punição de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, quando aplicada com fundamento no art. 87, IV, da Lei 8.666/1993, pode perdurar enquanto subsistirem os motivos da sanção ou enquanto o contratado não ressarcir os prejuízos oriundos de sua conduta.*

7.11. Nesse caso, a própria lei deixou de fixar duração máxima para a sanção administrativa, condicionando o retorno à possibilidade de licitar ou contratar com a Administração Pública à reabilitação do sujeito inidôneo. Ao fazê-lo, a lei assumiu explicitamente a possibilidade de prolongamento da sanção enquanto perdurar a situação de inidoneidade – que cabe ao próprio licitante remediar (não havendo, portanto, que se falar em perpetuidade da sanção, pois o que impedirá a reabilitação não é o tempo de sanção, mas a inércia do licitante em se habilitar novamente perante o Poder Público).

7.12. Depois, deve-se também levar em conta que a restrição de direitos por período mais longo não equivale juridicamente a uma “pena de morte”, pela mesma razão que o sistema, que veda a pena de morte, como regra, tolera perfeitamente o encarceramento da pessoa física por trinta anos (ou mais, já que referido limite é aplicado a cada nova condenação que sobrevenha por fato praticado no curso da execução, segundo a fórmula do art. 75, § 2º, do Código Penal, examinada adiante). Assim, se o limite de trinta anos de fato constituir uma “ameaça à existência da empresa” (§ 35 do parecer da Conjur), é forçoso concluir que essa ameaça é tolerada pelo ordenamento, que igualmente admite que penas ainda mais graves que a sanção de inidoneidade sejam aplicadas pelo mesmo período.

7.13. Ademais, um exame geral do sistema revela hipóteses em que o funcionamento de uma empresa passa a ser considerado nocivo à ordem jurídica e, exatamente por essa razão, a lei veda a própria continuidade da atividade empresarial, determinando a dissolução da empresa. Veja-se, por exemplo, a previsão contida no art. 24 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais):

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

7.14. Nota-se, portanto, que o ordenamento não defere à pessoa jurídica o mesmo nível de proteção que confere ao indivíduo, pois à intangibilidade física deste contrapõe-se a possibilidade, em casos extremos, da extinção forçada da pessoa jurídica, cuja autonomia é reconhecida pelo direito apenas e tão somente enquanto mecanismo de promoção das funções sociais da atividade empresarial.

7.15. Além disso, a atividade empresarial do licitante sancionado pelo art. 46 da Lei 8.443/1992 não fica de todo comprometida. A sanção do art. 46 não se estende às operações privadas desenvolvidas pelo sancionado, que pode perfeitamente prosseguir em sua atividade, ficando inviabilizado apenas de negociar com o próprio Estado, cujos certames foram reiteradamente fraudados pelo referido agente.

7.16. Como se nota, na ausência de norma específica sobre a duração máxima de sanções restritivas de direito aplicadas concomitantemente, a adoção do mesmo parâmetro fixado no art. 75, caput, do Código Penal, não é desarrazoada, podendo ser utilizado analogicamente pelo direito administrativo sancionador.

7.17. É natural que se previsão houvesse para as penas restritivas de direito, a extensão admitida poderia ser até maior que a das penas privativas de liberdade, haja vista que as consequências da restrição de direitos são menos severas. O encarceramento é, sem dúvida, a forma mais grave e deletéria de sanção, devendo submeter-se ao limite mais rígido.

7.18. Não é razoável que a alternativa mais branda não possa se sujeitar à mesma extensão da punição mais grave. A adoção de um limite muito inferior para a declaração de inidoneidade – como o tempo fixado para uma única sanção – geraria incoerências graves quando considerado o sistema como um todo.

I.3 – Viabilidade jurídica de adoção do mesmo prazo previsto no Código Penal

8. A adoção, para sanções de restrição de direitos, do mesmo limite de trinta anos que o art. 75 do Código Penal prevê para as penas privativas de liberdade não caracteriza analogia “in malam partem”, vedada pelo direito penal e, por extensão, pelo direito sancionador como um todo. Isso porque o limite está sendo buscado exatamente para beneficiar o agente, impedindo que a duração das sanções restritivas de direitos estenda-se indefinidamente.
- 8.1. Para a perfeita compreensão desse aspecto é preciso considerar as razões históricas de omissão do Código Penal quanto ao limite para as penas restritivas de direitos.
- 8.2. A Constituição anterior restringia-se a garantir que “não haverá pena ... de prisão perpétua” (art. 153, § 1º, tanto no texto original, de 1967, quanto na redação dada pela Emenda Constitucional 1/1969).
- 8.3. A Constituição atual, de 1988, estendeu essa proteção, vedando a perpetuidade da pena (gênero), e não mais só a da pena de prisão (espécie). Nos termos da atual carta, “não haverá penas: (...) de caráter perpétuo” (art. 5º, XLVII, ‘b’), elencando-se, entre as espécies de pena, a de “suspensão ou interdição de direitos” (art. 5º, XLVI, ‘e’).
- 8.4. Ocorre que o Código Penal vigente foi concebido sob a égide da constituição anterior (a atual Parte Geral do Código resulta da reforma penal promovida pela Lei 7.209/1984). Por isso o silêncio do Código quanto à extensão do encadeamento de penas restritivas de direito. Esse silêncio, contudo, não mais pode significar a possibilidade de perpetuação dessas penas, ante a proteção estendida pela nova carta constitucional.
- 8.5. No silêncio do Código, portanto, a analogia com o limite imposto para a pena privativa de liberdade (única que, até então, era protegida contra a perpetuidade) é feita em benefício do apenado, para estender-lhe a proteção antes existente apenas para quem estivesse sujeito à privação da liberdade.
- 8.6. Com efeito, existe uma premissa básica que se extrai do sistema, de necessidade de cumprimento de todas as sanções aplicadas (a ser examinada no item II, infra). Dessa premissa decorre regra específica existente para as penas de restrição de direito, a ser examinada na sequência, que prevê o cumprimento sucessivo das punições, sem prever um limite para tanto (por se tratar de regra anterior à Constituição de 1988). A aplicação analógica do limite previsto no art. 75 do Código Penal passa a ser feita exatamente para remediar essa situação, impedindo que as restrições de direito perpetuem-se.
- 8.7. Em não se ultrapassando o limite dos trinta anos, nenhuma consideração sobre o art. 75 do Código Penal é requerida. A necessidade de socorrer-se dessa disposição surge exatamente quando as sanções concretamente aplicadas a um mesmo agente ultrapassam os trinta anos – hipótese em que a proteção do art. 75 é buscada em benefício do sancionado, para limitar o tempo máximo de cumprimento das sanções.
- 8.8. Trata-se, portanto, de analogia favorável ao agente (“in bonam partem”) e, por isso mesmo, perfeitamente admissível.
- 8.9. Ademais, situação similar, relacionada com as medidas de segurança, já motivou pronunciamento do STF em favor da aplicação do mesmo limite do art. 75 do Código Penal. A hipótese envolvia a aplicação do art. 183 da LEP em conjunto com o art. 97 do Código Penal. Segundo o primeiro dispositivo (art. 183 da LEP), “quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz (...) poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança”. O art. 97 do Código Penal, por sua vez, estabelece que a medida de segurança pode estender-se “por tempo indeterminado”, enquanto durar a periculosidade do agente.

8.10. A hipótese é similar porque “a medida de segurança é espécie do gênero sanção penal” (STF, RHC 86.888) e, no caso do art. 183 da LEP, essa sanção substitui a pena privativa de liberdade – assim como no sistema do Código Penal a pena de restrição de direitos é também substitutiva, como já analisado. E para nenhuma dessas sanções (restrição de direitos e medida de segurança) o Código estabeleceu limite máximo.

8.11. Ao examinar a aplicação conjunta desses dois dispositivos, o STF deixou assente a inconstitucionalidade da duração indeterminada prevista no art. 97 do CP, aplicando a essa espécie de sanção o mesmo prazo de trinta anos previsto no art. 75 para as penas privativas de liberdade. A decisão recebeu a seguinte ementa (grifou-se):

Medida de segurança. Projeção no tempo. Limite. A interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75, 97 e 183, os dois primeiros do CP e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos. (HC 84.219, DJ de 23/9/2005. No mesmo sentido: HC 98.360 e HC 97.621).

8.12. Veja-se que o STF foi buscar no art. 75 do Código Penal um limite para proteger os agentes submetidos a medidas de segurança, para as quais o art. 97 do Código admitia uma duração indeterminada. A mesma proteção pode ser buscada para beneficiar os que se sujeitarem a penas restritivas de direito, hipótese em que a duração da pena, tal como prevista no Código, é igualmente indeterminada (por força do art. 69, § 2º, analisado adiante), contrariando a garantia constitucional abolidora da perpetuidade das sanções penais.

8.13. O último passo nessa sequência é justamente estender a mesma proteção ao direito administrativo sancionador – o que é feito para beneficiar o sancionado, impedindo que as sanções sujeitas a tempo de duração (a exemplo da inidoneidade para licitar, prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992) estendam-se indefinidamente.

8.14. Conclui-se, assim, ante as razões expostas, pela possibilidade de adoção do mesmo limite de trinta anos previsto no art. 75, caput, do Código Penal como tempo máximo de duração das sucessivas sanções de inidoneidade aplicadas a um mesmo responsável. Esse elevado limite não impede, porém, que ao aplicar uma nova punição o Tribunal considere as sanções já em curso, estabelecendo um adicional suficiente para a repressão da totalidade dos ilícitos em causa.

8.15. Nos próximos itens passa-se a detalhar o procedimento de cálculo (termo inicial) e abrangência (sanções englobadas) desse limite.

II. FORMA DE ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DE TODAS AS SANÇÕES

9. Para assegurar o cumprimento das punições aplicadas, defende-se, no parecer antecedente, a soma das sanções, utilizando-se dois procedimentos distintos para efetuar-las:

a) se a soma situar-se abaixo do limite previsto, a duração deve corresponder à própria soma e “o prazo somado deve ser contado a partir do trânsito em julgado da primeira condenação, independentemente da data das demais” (§ 37 do parecer). Portanto, somam-se as sanções, adotando-se como termo inicial a eficácia do primeiro acórdão;

b) se a soma ultrapassar o limite fixado, somam-se a segunda condenação com restante ainda a cumprir da primeira (ou das anteriores), adotando-se como termo inicial a eficácia do novo acórdão. Ou seja: “na data da segunda condenação, despreza-se o tempo já cumprido da primeira e soma-se o tempo ainda a cumprir” (§§ 38 e 43 do parecer).

9.1. Como se observa, o parecer adota as fórmulas de cálculo do limite de penas previstas no art. 75 do Código Penal (no § 1º do art. 75, para a alínea “a”, retro, e no § 2º, para a alínea “b”), mas não as hipóteses de cabimento de cada uma dessas disposições, tal como definidas pelo Código.

9.2. Com efeito, o art. 75 do Código Penal não só estabelece o limite de trinta anos (no caput), como ainda a forma de calculá-lo, a depender, como se demonstrará, se os fatos puníveis foram praticados antes (art. 75, § 1º) ou após o início do cumprimento da pena (art. 75, § 2º). O parecer

adota as mesmas fórmulas, substituindo, porém, o critério, aplicando uma ou outra fórmula a depender se a soma das penas situa-se acima ou abaixo do limite.

9.3. Esse é um aspecto essencial de aplicação do art. 75 do CP, justificando-se uma análise mais detida do modo de calcular o limite das penas. Pretende-se demonstrar, na sequência, que:

a) o critério estabelecido pelo Código (fato anterior ou “posterior ao início de cumprimento da pena”) apresenta fundamental importância exatamente para impedir que o tempo de cumprimento das sanções seja influenciado por vicissitudes próprias do direito processual, como a maior ou menor duração de determinado processo (exatamente a mesma preocupação manifestada no Voto que deu origem a este processo);

b) a alteração de critério sugerida no parecer para aplicar uma ou outra forma de cálculo (não mais “fato anterior ou posterior ao início de cumprimento da pena”, mas “pena acima ou abaixo do limite fixado”) introduz no sistema uma hipótese de analogia “in malam partem”, como também se demonstrará. Por fatos anteriores, que motivam uma mesma sequência ininterrupta de penas, o apenado tem o direito de ver o limite calculado pela soma simples das sanções, com data-base no início do cumprimento dessa sequência. Perde esse direito apenas se no curso das sanções já unificadas venha a cometer novo ilícito – fato superveniente que justifica transferir o marco inicial da soma (da nova pena com o restante das anteriores) para a data da condenação superveniente;

c) o critério alternativo proposto no parecer (que leva em conta não se o fato é anterior ou posterior ao início do cumprimento da pena, mas se as penas estão acima ou abaixo do limite) busca remediar os inconvenientes do baixo limite adotado para a soma das punições (que foi de cinco anos). Com efeito, o deslocamento da data-base para a “data da segunda condenação” (§ 43 do parecer) permite também “deslocar” o marco inicial de contagem dos cinco anos. Dado o baixo limite adotado pelo parecer (cinco anos), se o cálculo seguisse a fórmula prevista no art. 75, § 1º, do CP para a hipótese (soma das penas, a partir da primeira), o procedimento iria “virtualmente cancelar os efeitos da segunda condenação”, como reconhece-se no § 41 da referida peça;

d) a solução desse problema, contudo, reside na adoção de limite razoável para a soma das penas, como o estabelecido no Código Penal. O princípio da legalidade, que rege o direito punitivo, impede a extensão analógica de uma disposição legal (como o art. 75, § 1º, do CP) alterando-se, porém, o critério de incidência estabelecido na regra paradigma.

9.4. O exame dos aspectos acima, todos relacionados à soma de penas, é necessário caso o Tribunal venha a adotar a sistemática de soma como forma de assegurar o cumprimento de todas as sanções aplicadas. Após esse exame (itens II.1 a II.3, infra), no entanto, será apresentada sugestão alternativa (item II.4) que dispensa o procedimento de soma, pois, como também será analisado:

a) o objetivo da soma, em qualquer dos procedimentos mencionados (§ 1º ou § 2º do art. 75 do CP), é o de assegurar a sucessão das penas, para que o tempo de cumprimento de uma não implique, simultaneamente, o abatimento de outra;

b) a previsão de soma, contudo, é restrita para as penas privativas de liberdade (como realça o caput do art. 75), pois há efeitos, nesse tipo de pena, calculados sobre o resultado (como o tempo para progressão de regime e para livramento condicional, por exemplo). Logo, não bastaria ao Código estabelecer a simples sucessão das penas;

c) para penas restritivas de direito, porém, o sistema não extrai qualquer consequência da soma, o que possibilita ao Código oferecer solução procedimentalmente mais simples (a mera sucessão das sanções) e mais ajustada ao caso concreto (pois a sanção de inidoneidade para licitar tem natureza análoga à de restrição de direito, e não à de privação de liberdade).

9.5. É o que se passa a examinar nos itens que se seguem.

II.1 – A soma das penas como mecanismo de assegurar o cúmulo material das sanções

10. Dada a premissa de que todas as penas aplicadas devem ser cumpridas, um ponto crítico da execução penal consiste em saber se esse cumprimento pode ser simultâneo ou se a execução deverá ser necessariamente sucessiva, iniciando-se o cumprimento da próxima pena imediatamente após o término da anterior.

10.1. A depender da natureza da pena, o cumprimento simultâneo é perfeitamente factível, como no exemplo de duas penas de multa. Até por isso, o Código Penal estabelece que, mesmo “no concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente” (art. 72), sem necessidade de somas ou unificações, devendo ser pagas, todas elas, no prazo de dez dias do trânsito em julgado (art. 50).

10.2. Ao contrário das penas de multa, nas privativas de liberdade o Código reconhece a impossibilidade material de cumprir-se simultaneamente mais de uma delas. Se um mesmo dia de prisão simples, reclusão ou detenção pudesse ser imputado a duas condenações distintas, haveria o cumprimento apenas ficto da segunda condenação. A sucessão das penas, portanto, é medida que se impõe nessa hipótese, ante a impossibilidade material de cumpri-las simultaneamente. E para assegurar a sucessão das penas privativas de liberdade a cumprir, o Código prevê a soma dessas punições.

10.3. Com efeito, cumprir duas penas de detenção – uma de sete anos e, na sequência, outra de dois anos – é o mesmo que, a partir da data da primeira, cumprir uma pena unificada em nove anos. A soma é o meio prático de obter-se a sucessão das penas privativas de liberdade. Mais que isso, é meio também necessário, como será visto adiante (item II.3), porque para essa espécie de pena há outros efeitos que tomam por base o tempo de punição globalmente considerado.

II.2 – As diferentes formas de soma, para isolar os efeitos das vicissitudes processuais

11. A forma como a soma é feita, por sua vez, tem impacto decisivo no tempo de pena a cumprir, considerando-se o limite de trinta anos fixado pelo caput do art. 75 do CP. As fórmulas de soma previstas nos §§ 1º e 2º do art. 75 distinguem-se, em termos práticos, exatamente por adotarem diferentes termos iniciais para o cálculo da duração máxima das sucessivas penas, sendo relevante observar os motivos dessa distinção.

a) A importância do critério distintivo adotado pelo Código Penal:

12. O critério diferenciador entre as fórmulas dos §§ 1º e 2º do art. 75 consiste em saber se as penas a serem somadas originam-se de crimes praticados antes ou após o início do cumprimento da sequência de penas.

12.1. Os crimes praticados antes do início da execução da pena privativa de liberdade ficam sujeitos ao limite de trinta anos calculado a partir do início da primeira pena (ou seja, da efetividade da primeira condenação).

12.2. Esse benefício não se estende, porém, aos crimes que venham a ser praticados depois de iniciado o cumprimento da pena. Caso contrário, o agente já apenado no limite de trinta anos poderia, no interior do estabelecimento carcerário, cometer impunemente novos crimes; ou poderia fazê-lo fora do estabelecimento, quando progredisse do regime fechado para o semiaberto, por exemplo.

12.3. Para desestimular tal conduta é que, para a hipótese de infração cometida posteriormente ao início de cumprimento, incide a sistemática diferenciada de cálculo prevista no art. 75, § 2º, do Código Penal, a saber: efetua-se a soma da nova pena com o restante a cumprir das penas anteriores, calculando-se novamente o limite de trinta anos a partir da data da nova condenação. Ou seja: o termo inicial das penas somadas ou unificadas desloca-se do início do cumprimento da primeira pena (como seria se aplicável o art. 75, § 1º) para a data da nova condenação (como determina o art. 75, § 2º), recalculando-se, a partir desse novo marco, o limite de trinta anos.

12.4. Em suma, a regra do art. 75, § 2º é aplicada a condenações por fatos supervenientes ao início do cumprimento da pena (“Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena”). Se sobrevém nova condenação, mas por fato anterior ou concomitante ao início da execução, esse dispositivo é inaplicável, não se deslocando o termo inicial da contagem do limite das penas somadas, que continua sendo o da efetividade da primeira sanção (“o início de cumprimento da pena”).

12.5. Em suma, as punições por infração anterior ao início da execução da pena, ainda que as condenações sejam posteriores, são enquadráveis no § 1º do art. 75, que determina a soma das penas com termo inicial no início da execução. O deslocamento da data-base para a data da nova condenação – que sem dúvida é procedimento mais gravoso para o apenado, porque irá deslocar o termo inicial para contagem do limite – só pode ser feito na hipótese prevista no § 2º do referido artigo (condenação por fato superveniente). Do contrário, haveria verdadeira analogia em desfavor do agente (“in malam partem”), como o exemplo abaixo permitirá evidenciar (§ 12.9).

12.6. Essa sistemática adotada pelo Código Penal, consagrada pelo longo tempo de vigência da referida lei, busca justamente tornar os efeitos das condenações independentes, o mais possível, das vicissitudes do processo, que não podem afetar o tempo total de pena a cumprir (efeito de direito material).

12.7. Imagine-se, por exemplo, um mesmo agente responsável por quatro ilícitos, apenados com dez anos de detenção cada. Essas quatro penas podem ser aplicadas em distintos cenários processuais, sem que, contudo, altere-se a conduta praticada (as quatro infrações cometidas) e, por conseguinte, não se devendo alterar a sanção final correspondente. Veja-se:

a) se todos os fatos estiverem descritos em um mesmo processo penal: o juiz sentenciante aplica a pena de dez anos para cada fato (no direito penal exige-se pena para cada conduta, sendo vedada a aplicação direta de uma pena global) e, na mesma sentença, soma as penas (40 anos), com fundamento no art. 69, caput, do CP (admitindo-se, no exemplo, tratar-se da hipótese de concurso material), unificando-as no limite de trinta anos (que se contarão do início da execução da sentença), seguindo a regra do art. 75, § 1º do Código. O tempo de pena a cumprir será, assim, de trinta anos contados do início da execução da sentença. Imagine-se, agora, outro cenário:

b) se cada um dos quatro ilícitos forem objeto de processos distintos, dando origem a quatro sentenças condenatórias com penas de 10 anos cada: ao receber os quatro títulos para serem executados (arts. 105 e 107 da LEP), o próprio juízo da execução realizará a soma das penas (art. 66, III, “a”, da LEP), igualmente aplicando a fórmula do art. 75, § 1º, do CP (porque os fatos são anteriores ao início do cumprimento da pena), respeitando-se o limite de trinta anos a contar do início da execução. O resultado final é idêntico ao do exemplo anterior (trinta anos contados do início do cumprimento das penas), independentemente de os crimes terem sido apurados em processos distintos, cada um transitando em julgado em um momento diferente, mas com o início da pena no mesmo momento (como ocorre, por exemplo, quando o agente é capturado já tendo contra ele mais de uma condenação a cumprir);

c) se dois dos ilícitos constaram de um mesmo processo, cuja sentença fixou pena final em 20 anos pelos dois crimes, e cada ilícito restante constou de um processo e, por conseguinte, foi objeto de uma sentença distinta, cada qual aplicando pena de 10 anos, e uma dessas sentenças só se tornou eficaz 3 anos após o início da execução da pena (a última condenação sobrevém quando já iniciada a execução): os dois primeiros crimes foram somados na primeira sentença (art. 69, caput, do CP), que fixou pena total de 20 anos. O juízo da execução soma a pena dessa sentença (20 anos) com a pena da outra sentença já eficaz (10 anos), resultando em 30 anos a contar do início da execução. Após os 3 anos do exemplo, sobrevém a condenação pelo quarto ilícito (outros 10 anos). Novamente o juízo da execução, ao receber o novo título a cumprir, realiza a soma das penas, mas não a partir da data da nova condenação (como seria no art. 75, § 2º), e sim a partir da data do início da execução (como determina o art. 75, § 1º), pois no exemplo não se trata de “fato

posterior ao início de cumprimento da pena”: o fato é anterior; a sentença que é posterior ao início da execução. A soma, portanto, resultará em 40 anos (todas as penas aplicadas por fatos ocorridos antes do início da execução), contados do início da execução, e será unificada em 30 anos, também a partir do início da execução. Novamente, o tempo de pena a cumprir (efeito de direito material) manteve-se imune às diferentes vias de apuração e julgamento dos fatos (direito processual).

12.8. E é natural que nos três exemplos acima o efeito prático seja o mesmo, pois o apenado responde exatamente pelos mesmos fatos. O que muda de um exemplo para outro é somente a via processual trilhada. A sanção não deve se alterar simplesmente porque as condutas foram objeto de um mesmo processo (alínea “a”), ou foram objeto de condenações distintas, mas encaminhadas contemporaneamente ao juízo da execução (alínea “b”) ou mesmo porque alguma delas foi encaminhada à execução quando o cumprimento das outras já estava em curso (alínea “c”).

12.9. Esse exemplo também permite evidenciar que se fosse aplicada a regra do art. 75, § 2º, do CP, o tempo total de duração da pena iria estender-se. Tome-se como referência a situação descrita na alínea “c”, retro: (a) como a nova condenação adveio após 3 anos de cumprimento dos 30 então em curso, restavam 27 anos de pena a cumprir; (b) somando-se a nova pena (10 anos) ao restante da anterior (27 anos), resultaria em 37 anos, que seriam limitados a 30 anos; (c) todavia, a contagem desses 30 anos teria como termo inicial a data da nova condenação, como determina o § 2º do art. 75; (d) com isso, seriam cumpridos, ao todo, os 30 anos recém estabelecidos e mais os 3 anos que já haviam sido cumpridos quando dessa última unificação, resultando numa execução efetiva de 33 anos.

12.10. Esse efeito de extensão da pena (que decorre do art. 75, § 2º) só é admitido pelo sistema quando o agente comete novo crime após o início de cumprimento da pena, como expressamente dispõe o dispositivo em causa. O deslocamento da data-base e a nova soma ou unificação a partir dessa nova data-base são previstos exatamente para não deixar impunes os crimes posteriores (“o art. 75, § 2º, do Código Penal evita que, por via oblíqua, o condenado ganhe impunidade para infrações posteriores”, como didaticamente afirma o STJ no REsp 11.568).

12.11. Ou seja, se o agente vier a delinquir após obter o benefício da limitação das penas, uma nova contagem do limite se impõe exatamente para alcançar a conduta ulterior, indicativa do desprezo do agente pelo benefício concedido. Para os crimes anteriores, no entanto, o agente é alcançado pelo benefício constitucional da limitação da pena a cumprir por todos eles, ainda que o julgamento de alguns ocorra no curso da execução das demais penas.

12.12. Se o procedimento acima (de soma da nova sanção com o restante a cumprir da anterior, contando-se o limite a partir da nova condenação) pudesse ser aplicado não só na hipótese prevista pelo Código (“sobrevindo nova condenação por fato posterior ao início de cumprimento da pena”) e sim porque a soma das penas ultrapassou o limite (como defendido no § 38 do parecer de peça 8), o condenado, embora respondesse exatamente pelos mesmos fatos (as quatro infrações dadas no exemplo), teria seu direito material (tempo total de pena a cumprir) afetado por vicissitudes do processo, como evidencia a seguinte análise do exemplo anterior:

a) se tivesse havido unidade processual, o tempo total de pena seria de 30 anos, contados do início da execução (hipótese demonstrada no exemplo da alínea “a” do § 12.7);

b) se os fatos tivessem sido apurados em processos distintos, mas as sentenças fossem encaminhadas juntas à execução, o tempo total de pena a cumprir também não teria sido alterado (exemplo da alínea “b”);

c) se, porém, alguma das sentenças adviesse após o início da execução das anteriores, como na hipótese da alínea “c”, o deslocamento da data-base para a data da sentença mais recente prorrogaria o tempo total de duração da execução (que passaria de 30 para 33 anos, como

demonstrado no § 12.9, retro), sem que tivesse havido qualquer alteração nos fatos pelos quais o agente responde (as mesmas quatro condutas adotadas nos exemplos).

12.13. Conclui-se esse tópico reafirmando-se que:

1) para definição da duração máxima de pena a cumprir, é relevante a diferença entre (a) a soma das penas com data-base na primeira delas ou (b) a soma da nova pena com o restante a cumprir das anteriores, com data-base na nova pena, pois uma e outra forma adotam diferentes termos iniciais para a contagem do limite;

2) o critério distintivo entre uma e outra forma de soma (art. 75, §§ 1º e 2º, respectivamente) é a superveniência de condenação “por fato posterior ao início de cumprimento da pena” (como expressamente estabelecido pelo 75, § 2º, do CP), e não o fato de a soma das penas estar acima ou abaixo do limite fixado;

3) a observância desse critério adotado pelo Código é essencial para garantir que o apenado receba o mesmo tratamento prático (tempo de pena a cumprir), independentemente das eventuais diferenças observadas na apuração e processamento dos ilícitos (um mesmo processo ou vários processos, com decisões que se tornam eficazes conjuntamente ou não).

b) a distinção entre a regra do Código Penal e a regra da Lei de Execução Penal:

13. A conclusão acima, sobre a necessidade de observância do critério distintivo adotado pelo Código Penal, não se altera pelo fato de que o art. 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, não o ter considerado. Segundo esse dispositivo, que também foi mencionado nas análises anteriores, “sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime”.

13.1. Veja-se que é indiferente para a LEP que o fato motivador da nova condenação seja anterior ou posterior ao início do cumprimento da pena. O dispositivo simplesmente estabelece que sobrevindo condenação no curso da execução, independentemente de quando se deu o fato, “somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida”, mas com um objetivo específico: “para determinação do regime” de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto).

13.2. Portanto, a regra de soma do art. 111 da LEP é específica “para determinação do regime”, ao contrário da regra mais criteriosa do art. 75 do CP, que disciplina “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade”, como literalmente dispõem referidos artigos.

13.3. Em função do que prevê a LEP, se houver nova condenação o regime de cumprimento da pena será calculado novamente, independentemente de o fato ser posterior ou anterior ao início da execução. É relevante observar, contudo, que essa postura mais rígida da Lei de Execução Penal em nada interfere na extensão da pena, que é ditada pelas regras do art. 75 do Código Penal. Uma e outra finalidade (tempo de pena a cumprir e regime de cumprimento da pena) não se confundem.

13.4. É que o regime mais favorável de execução leva em conta o merecimento do condenado. E cada condenação é tida como um demérito, que se não foi levado em conta antes (porque inexistia a condenação) pode sê-lo assim que possível (com a superveniência da condenação). Como já assentado pelo STF, “a superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para concessão de benefícios [a exemplo da progressão de regime], ainda que o crime tenha sido cometido antes do início de cumprimento da pena” (STF, HC 101.023). Note-se: sempre altera a data-base “para concessão de benefícios”, não para definir a extensão da pena.

13.5. Ademais, pela LEP nem precisa haver nova condenação para que o regime de execução seja revisto. Basta, por exemplo, que o condenado pratique fato definido como “falta grave”, como determina o art. 118, da LEP e como já pacificado pelo STF: “O cometimento de falta grave pelo detento tem como consequência o reinício da contagem do lapso temporal para a concessão de

benefícios executórios” (STF, HC 94.098), muito embora não interfira no tempo de pena a cumprir, já que falta, ainda que grave, não é crime, não resultando em nova pena.

13.6. Conclui-se que para os fins do presente estudo, que objetiva determinar a sistemática de cumprimento de todas as sanções aplicadas pelo TCU a um mesmo responsável, a disposição relevante a considerar é o art. 75 do Código Penal, que define o tempo total de duração das penas e o modo de calculá-lo, e não o art. 111 da LEP, que define o regime como essas penas serão executadas.

13.7. Justificam-se, assim, as conclusões anteriores, sobre a importância de observar-se o critério adotado pelos §§ 1º e 2º do art. 75, que leva em conta se nova condenação surge por fato anterior ou posterior ao início da execução da pena.

c) a superveniência de condenação quando já cumpridas as penas anteriores:

14. Também é relevante considerar que a sistemática de soma de penas para aplicação do limite previsto no Código Penal só é relevante caso haja alguma pena em execução. Se já encerrada a execução, a nova pena há de ser cumprida como punição originária (ou seja, desconsiderando-se as já findas), ainda que por fato anterior ou contemporâneo às penas já cumpridas.

14.1. Essa observação é especialmente oportuna no caso de sanções curtas, em que é mais provável que nova punição sobrevenha quando já encerrada a anterior. Nessa hipótese, ainda que o tempo total de todas supere o limite, não haverá a consideração do conjunto, por falta de expressa previsão legal.

14.2. Nesse sentido tem reiteradamente decidido o Poder Judiciário, como demonstram, exemplificativamente, as seguintes manifestações do STF e do STJ:

“Existindo um hiato entre a satisfação das penas anteriores e o começo das atuais, não se pode falar em constrangimento ilegal sob pretexto de estar o paciente cumprindo mais de 30 anos de prisão, limite máximo previsto no art. 55 do CP [atual art. 75] (STF - HC - Rel. Moreira Alves - RT 488/414).” (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. I, p. 1202, 6ª edição, Revista dos Tribunais);
O direito do condenado à unificação das penas surge quando suas penas ultrapassam o limite legal máximo de 30 anos, sendo indubitavelmente estranho ao cálculo de unificação as penas anteriormente cumpridas, sobretudo se os novos crimes, subsequentes, foram praticados quando o condenado estava em liberdade. (STJ, RHC 8.657)

14.3. O limite, portanto, é aplicável apenas quando as punições se sucedem sem solução de continuidade. Havendo um hiato entre a sequência anterior e a superveniência de nova condenação, o prazo anterior não se aproveita.

d) síntese da sistemática de aplicação do art. 75 do Código Penal:

15. Na hipótese da sanção de inidoneidade para licitar, o cometimento de nova fraude por fato posterior ao início de execução da sanção tende a ser situação rara, uma vez que o início da sanção consiste exatamente no lançamento do nome do responsável nos sistemas de controle da Administração (Sicaf, cadastro de inidôneos, etc.). Com esse lançamento, há uma dificuldade prática de o mesmo licitante vir a cometer infrações posteriores ao início da execução da sanção (que seria o critério para aplicação analógica do art. 75, § 2º, do CP), já que terá sua participação nos certames inviabilizada pela consulta obrigatória aos sistemas de controle referidos, na fase de habilitação.

15.1. A situação mais comum é similar à disciplinada pelo art. 75, § 1º, do CP, em que já há sanção aplicada a determinado licitante e no curso dessa sanção sobrevém nova decisão punitiva, mas motivada por fatos anteriores ou no máximo contemporâneos ao início da inidoneidade (início do cumprimento da primeira sanção).

15.2. Não se pode descartar, porém, a possibilidade, ainda que rara, de nova condenação por fato superveniente, pois a fraude pode consistir exatamente na atuação do licitante inidôneo, que não

poderia participar de certames, mas que o faz indiretamente, em conluio com algum licitante idôneo, estabelecendo-se um concurso de agentes com o fim de burlar o impedimento de participação do agente sancionado.

15.3. Assim, se for o caso de adotar-se a soma das sanções como mecanismo de assegurar o cumprimento de todos os acórdãos condenatórios, é conveniente preverem-se as duas formas de cálculo do limite de duração das sanções, tal como proposto no parecer da Conjur, observando-se, contudo, os critérios que para isso foram estabelecidos no Código Penal (fatos anteriores ou posteriores ao início do cumprimento da sanção), e não o critério sugerido no referido parecer (soma abaixo ou acima do limite).

15.4. Sintetizando as conclusões anteriores, extrai-se o seguinte procedimento para a soma das sanções, caso venha a ser essa a sistemática adotada pelo Tribunal para assegurar o cumprimento das punições aplicadas a um mesmo licitante, em períodos sobrepostos:

a) se o licitante sofrer mais de uma sanção, em processos distintos, por fato anterior ou contemporâneo ao início do período de inidoneidade, incide analogicamente a regra do art. 75, § 1º, do CP, consistente na soma de todas as sanções a cumprir, limitando-as a uma extensão máxima de trinta anos contados a partir do início da execução da primeira sanção;

b) sobrevivendo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da primeira sanção, incide analogicamente a regra do art. 75, § 2º, do Código Penal, consistente na soma da nova sanção com o restante a cumprir das punições anteriores, limitando-se o resultado a uma extensão máxima de trinta anos contados a partir da data de eficácia da nova sanção;

c) uma vez cumpridas as sanções, o tempo de inidoneidade a que o responsável ficou sujeito não é considerado caso nova sanção venha a ser aplicada posteriormente, ainda que por fatos contemporâneos aos das sanções findas, ante a inexistência de previsão legal autorizadora do referido aproveitamento.

II.3 – A necessidade da soma, no caso de penas privativas de liberdade

16. Para fundamentar uma proposta alternativa à de soma das sanções, passa-se a examinar as razões por que a soma é necessária no caso de penas privativas de liberdade, mas desnecessária para as demais espécies – multa e restrição de direitos (sendo estas as três espécies de pena previstas no art. 32 do CP).

16.1. No caso das penas de privação da liberdade, o Código reconhece ser inviável cumpri-las simultaneamente. Por outro lado, seria insuficiente estabelecer a mera sucessão dessas penas, porque há efeitos penais que dependem da consideração da soma.

16.2. É o caso, por exemplo, do regime de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto). Imagine-se, por exemplo, um sentenciado com duas penas de reclusão a cumprir: uma de 7 anos e outra de 5 anos. Se não houvesse o somatório das penas, esse agente cumpriria a primeira e, na sequência, a segunda, ambas em regime semiaberto, porque as penas, isoladamente, são inferiores a oito anos, que é um dos critérios determinantes do regime fechado (CP, art. 33, § 2º, “b”). Com o somatório, porém, a pena total a cumprir, de 12 anos, deve iniciar-se no regime fechado, porque o total supera oito anos.

16.3. Além disso, a progressão de regime exige o cumprimento de 1/6 da pena (LEP, art. 112), também calculados sobre a soma das punições (LEP, art. 111). O agente não cumpre 1/6 da primeira pena, progride de regime, depois regressa ao regime anterior para cumprir 1/6 da segunda pena e assim por diante. A base de cálculo é sempre o somatório das penas – somatório esse que passa a ser uma necessidade prática do sistema executório.

16.4. Portanto, nem o regime de cumprimento da pena nem o prazo para progressão de regime podem ser definidos a partir de cada pena isolada, mas requerem a consideração das punições em seu conjunto. Assim também ocorre com o livramento condicional, na fórmula do art. 84 do CP:

“as penas que correspondem a infrações diversas devem ser somadas para efeito do livramento”, que, entre outros requisitos, exige o cumprimento de determinadas frações dessa pena total (art. 83).

16.5. Em suma, no que se refere às penas privativas de liberdade, não bastaria ao Código Penal estabelecer simplesmente que seriam cumpridas sucessivamente, uma tendo início após o término da anterior, porque a soma de todas é necessária à operacionalização de vários institutos da execução penal.

II.4 – A desnecessidade da soma, no caso de outras espécies de pena

17. Para as demais espécies de pena (de multa e restritiva de direitos), o Código não prevê soma de punições, já que não extrai qualquer efeito prático desse resultado.

17.1. Quanto à pena de multa, o sistema admite, de plano, a possibilidade de execução simultânea, como examinado antes. Portanto, não é necessário somar as multas aplicadas em sentenças distintas ou na mesma sentença, nem é preciso executar inicialmente uma para só após executar a seguinte. O cumprimento simultâneo é a forma natural de execução, como já analisado.

17.2. No que se refere às penas restritivas de direito, o Código não estabeleceu uma regra única, ante a diversidade de restrições que podem ser impostas – umas possíveis de serem cumpridas simultaneamente, outras não. Tudo vai depender da possibilidade fática de, ao mesmo tempo, cumprirem-se mais de uma das restrições de direito impostas. É essa a regra específica trazida pelo art. 69, § 2º, do Código Penal para o concurso material de crimes a que forem aplicadas penas restritivas de direito, qual seja:

Art. 69, § 2º. Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

17.3. É possível cumprir simultaneamente, por exemplo, uma pena restritiva de “proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública” (CP, art. 47, I) com uma de “suspensão de habilitação para dirigir veículo” (CP, art. 47, III). Nessa hipótese, o condenado poderá perfeitamente cumpri-las simultaneamente, pois a execução de uma em nada interfere no cumprimento da outra.

17.4. No que se refere às sanções impostas pelo TCU, é possível o cumprimento simultâneo, por exemplo, de uma inabilitação para exercício de cargo público com uma inidoneidade para licitar. Se não fosse a segunda sanção, o agente inabilitado para o exercício do cargo poderia legitimamente apresentar-se como licitante. O duplo impedimento decorre de sanções distintas e que podem ser cumpridas simultaneamente.

17.5. Por outro lado, não são compatíveis com o cumprimento simultâneo duas sanções de inidoneidade para licitar. É a típica hipótese em que, à semelhança das penas privativas de liberdade, essas restrições de direito terão que ser cumpridas sucessivamente, pois o cumprimento concomitante tornaria sem efeito a segunda punição.

17.6. É de se notar, porém, que, nesse caso, a regra trazida pelo Código é operacionalmente mais simples, ao prever a mera sucessão das penas (“serão cumpridas sucessivamente”), sem em momento algum exigir a soma delas.

17.7. Note-se a diferença das disposições, contidas no mesmo artigo 69 do Código Penal, ao disciplinar o concurso material de infrações:

a) no caput, o Código prevê a cumulação das penas, efetivada mediante as regras de soma analisadas antes, quando os crimes são punidos com a privação da liberdade (“aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido”);

b) no § 2º, ao disciplinar o concurso material quando os crimes são punidos com restrições de direitos, o Código não determina a cumulação (soma) dessas penas; estabelece que se não for

possível a execução simultânea, bastará executá-las sucessivamente: ao término da primeira, inicia-se o cumprimento da segunda. Veja-se: “Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais”. O somatório é desnecessário, até porque o resultado não será utilizado para outros efeitos penais, a exemplo da progressão de regime ou do livramento condicional, inaplicáveis a essa espécie de pena.

17.8. A soma de sanções é procedimento operacionalmente mais complexo, notadamente se incidir a sistemática do art. 75, § 2º, porque a nova sanção advém em qualquer instante da condenação anterior, sendo necessário calcular o tempo de sanção já cumprido em anos, meses e dias (como ocorre no direito penal), para só depois adicionar o tempo da nova punição. Esse aspecto operacional é ainda mais relevante quando ocorrem incidentes no curso da execução e que impliquem o refazimento da soma (suspensão de uma das sanções por liminar judicial, reinício da sanção após decisão final pela improcedência, alteração da sanção pelo provimento de recurso que havia sido admitido sem efeito suspensivo etc.).

17.9. A regra de cumprimento sucessivo, do art. 69, § 2º, do CP, é mais intuitiva e simples de ser implementada, em se levando em conta os múltiplos incidentes que podem surgir no curso da execução. Considere-se o seguinte exemplo real, extraído do cadastro de inidôneos mantido pelo TCU. Trata-se de sanções de cinco anos cada, aplicadas a um mesmo licitante pelos seguintes acórdãos do Plenário: 2.668/2009, com trânsito em julgado em 5/1/2010; 1.277/2009, com trânsito em julgado em 26/11/2010; e 637/2010, com trânsito em julgado em 29/12/2010. A execução dessas sanções observaria a seguinte sistemática:

- a) cumpre-se normalmente a primeira punição (Acórdão 2.668/2009), de cinco anos, no período de 5/1/2010 a 4/1/2015;
- b) a segunda punição (Acórdão 1.277/2009) tem início ao término da sanção antecedente, sendo cumprida no período de 5/1/2015 a 4/1/2020;
- c) a terceira punição (Acórdão 637/2010) será cumprida seguindo-se a segunda, ou seja, de 5/1/2020 a 4/1/2025.

17.10. Nesse exemplo, as punições não extrapolaram o limite de trinta anos. Considerando, todavia, a necessidade de observância dessa garantia constitucional, o procedimento completo do cumprimento sucessivo das sanções pode ser assim sintetizado:

a) todas as punições por fatos anteriores ou contemporâneos ao início de cumprimento da primeira sanção ficam sujeitas ao limite de 30 anos a partir desse termo (tal como disciplina o art. 75, § 1º, do CP, para as penas restritivas de liberdade). Essa regra decorre da própria essência do conceito de limite, alcançando, portanto, as demais espécies de penas sujeitas a tempo de duração, às quais foram estendidas a proteção constitucional de duração máxima de uma mesma série delitiva. No exemplo acima, as punições ininterruptas por fatos praticados até 5/1/2010 podem prorrogar-se até 4/1/2040; nenhuma das três punições do exemplo seria afetada por esse limite;

b) as punições por fatos supervenientes ao início da primeira sanção (fraudes praticadas após 5/1/2010, no exemplo) provocam o deslocamento do termo inicial de contagem dos 30 anos para a data de efetividade da condenação pelo fato superveniente, por aplicação analógica do art. 75, § 2º, do CP. O objetivo do sistema, aqui, é o de não deixar impunes ilícitos posteriores, ante as razões expostas nos §§ 12.10 e 12.11, retro. Essa hipótese será de baixa incidência prática, como visto, ante os controles existentes na fase de habilitação dos licitantes, que já afastam os inidôneos do certame;

c) é relevante observar que em nenhuma dessas hipóteses é necessário estabelecer soma das sanções. Fixado o limite de 30 anos a partir do início da primeira sanção (se o fato é anterior ou contemporâneo ao início da sequência de sanções) ou a partir da nova sanção (se o fato é posterior), as penas simplesmente sucedem-se nesse intervalo, a seguinte iniciando-se logo após o

encerramento da anterior, extinguindo-se a execução quando atingido o limite ou quanto cumpridas todas as sanções aplicadas (o que ocorrer primeiro);

d) continua válida a regra de que, uma vez cumpridas as sanções, o tempo de inidoneidade a que o responsável ficou sujeito não é considerado caso nova sanção venha a ser aplicada, ainda que por fatos anteriores aos das sanções findas, ante a inexistência de previsão legal autorizadora do referido aproveitamento.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

18. Para garantir a efetividade prática das sanções aplicadas, quer pelo mecanismo de soma das sanções (por analogia com as penas privativas de liberdade) quer pelo procedimento de sucessão das sanções (por analogia com as penas restritivas de direito), é necessário manter-se um controle eficiente dos vários acórdãos relativos a um mesmo responsável.

18.1. A medida é necessária não só para somar as sanções ou estabelecer a execução sucessiva delas, mas também para resolver os vários incidentes que podem surgir no curso da execução.

18.2. Note-se, por exemplo, que, mediante recurso admitido sem efeito suspensivo (recurso de revisão, por exemplo), uma punição que estava sendo executada pode ser, ao final, suprimida, reduzida, ou até mesmo aumentada (se se tratar, neste caso, de recurso do Ministério Público). O mesmo fenômeno pode decorrer de decisões judiciais, quer definitivas, quer de tutelas de urgência que suspendam temporariamente a eficácia de alguma das sanções impostas.

18.3. Qualquer desses incidentes provocam reflexos diretos na execução dos acórdãos, quer exigindo o recálculo da soma das sanções (se adotado o mecanismo da soma), quer justificando a antecipação ou a postergação da próxima sanção a cumprir (se adotada a sucessão das sanções).

18.4. Assim, se uma das sanções é suspensa por qualquer motivo, mas contra o mesmo agente há outras punições aguardando execução, a eficácia da próxima sanção pode iniciar-se imediatamente (ou deve ser providenciado o recálculo da soma das sanções, se for adotada essa metodologia).

18.5. Por outro lado, se a sanção anterior for restabelecida (como, por exemplo, ante a improcedência do pedido formulado na ação judicial em que concedida a antecipação de tutela), a punição volta a incidir pelo tempo ainda restante, e a segunda sanção, por sua vez, volta a aguardar o momento próprio para ser executada, descontando-se, oportunamente, o tempo já cumprido.

18.6. Em suma, com o cumprimento sucessivo (CP, art. 69, § 2º) ou com a soma das sanções (CP, art. 69, caput) há influências recíprocas entre os acórdãos, que devem ser controladas com rigor.

18.7. Para esse controle, a Lei de Execução Penal (arts. 105-107) institui as chamadas "guias de recolhimento", que constituem uma consolidação de informações relevantes sobre a execução das penas de cada agente (início, término, alterações supervenientes), informações essas "anexadas ao prontuário do condenado" e retificadas "sempre que sobrevier modificação quanto ao início da execução ou ao tempo de duração da pena". Ou seja, constitui-se um verdadeiro "processo de execução" com controles próprios e objetivo distinto dos processos em que se discutiu cada infração.

18.8. Mecanismo similar poderia ser implementado pelo Tribunal, mediante a constituição, por exemplo, de processo autônomo para cada licitante que sofrer múltiplas sanções, de modo a permitir o acompanhamento da execução dessas sanções, com a pronta identificação do estado em que se encontrarem e a resolução, neste processo próprio, dos incidentes que surgirem. A centralização é útil até mesmo para facilitar a interlocução com o órgão do Poder Executivo competente para a inscrição no SICAF, a emissão de certidões requeridas por quem de direito etc.

18.9. Entende-se que uma vez definida pelo Tribunal a forma de assegurar o cumprimento das sanções de inidoneidade aplicadas a um mesmo responsável, poderá ser detalhado o procedimento operacional a ser observado pelas unidades técnicas, contemplando os aspectos acima, entre outros.

18.10. Note-se que a execução poderá exigir até mesmo uma atuação complementar do Tribunal, a depender da natureza do incidente a ser resolvido (o que, por sua vez, exige definição sobre o Relator do “processo executivo”, considerando-se que os acórdãos envolvidos podem, inclusive, ser de diferentes colegiados).

18.11. Esses vários aspectos poderão ser disciplinados posteriormente, pois só se justifica esse detalhamento operacional caso o Tribunal delibere por alterar a sistemática vigente, em que cada acórdão é executado independentemente dos demais.

CONCLUSÃO

19. O Voto que deu origem ao presente estudo, proferido no Acórdão 560/2012-TCU-Plenário, demonstrou duas preocupações nucleares: a) que todas as sanções aplicadas pelo Tribunal deveriam ser efetivamente cumpridas, e b) que “a duração do conjunto das apenações aplicadas” (efeito de direito material) não deveria ser aleatória, a depender das vicissitudes do direito processual.

19.1. Foi demonstrado, ao longo do parecer antecedente e desta instrução complementar, que o Código Penal oferece solução satisfatória para ambos os questionamentos. A forma de atingir esse objetivo é que varia de acordo com a natureza da pena aplicada.

19.2. No caso específico das penas restritivas de direito (espécie penal mais próxima da sanção de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992), o Código prevê, em seu art. 69, § 2º, regra específica, que estabelece o cumprimento sucessivo das punições, sem a necessidade de somá-las ou unificá-las, com a pena subsequente iniciando-se imediatamente após o cumprimento da anterior. Conclui-se pela adoção dessa sistemática, pelas razões expostas no item II, retro.

19.3. Para uma mesma sucessão de sanções (encadeamento ininterrupto), no entanto, deve-se observar um limite, pois a vedação constitucional à perpetuidade da punição é extensível ao direito administrativo sancionador.

19.4. Na inexistência de norma específica sobre a definição e o cálculo desse limite no caso de penas restritivas de direito (e de sanções administrativas de natureza similar, por extensão), conclui-se pela aplicação analógica do art. 75 do Código Penal. Não obstante referido dispositivo tratar especificamente das penas privativas de liberdade, as mesmas regras de limite podem ser aplicadas às demais espécies de penas sujeitas a tempo de duração, tendo em vista que Constituição de 1988 estendeu a essas demais espécies a mesma proteção contra a perpetuidade, antes restrita às penas privativas de liberdade.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submete-se a presente análise à consideração superior, propondo-se o retorno do processo à Secretaria-Geral de Controle Externo, com as seguintes conclusões:

1) no campo do direito penal há duas sistemáticas que disciplinam o cumprimento de penas impostas a um mesmo agente, em períodos que se sobreponham, e que não possam ser cumpridas simultaneamente. Tais modelos – concebidos, respectivamente, para penas privativas de liberdade (art. 69, caput, do CP) e para penas restritivas de direito (art. 69, § 2º) – podem ser aplicados analogicamente às sanções administrativas, oferecendo resposta à indagação suscitada neste processo, acerca da forma de execução de múltiplas sanções de inidoneidade (art. 46 da Lei 8.443/1992) aplicadas pelo TCU a um mesmo responsável, em períodos sobrepostos;

2) caso se adote a sistemática de soma das sanções – concebida para as penas privativas de liberdade – a aplicação analógica das regras do art. 75, §§ 1º e 2º, do Código Penal, que disciplinam a limitação das penas, deve ocorrer conforme os procedimentos descritos no § 15.4 desta instrução;

3) entende-se, contudo, ser mais adequada a analogia com o regime previsto para as penas restritivas de direito. Nesse caso, o Código Penal prevê, em seu art. 69, § 2º, que as sanções serão cumpridas sucessivamente, dispensando-se a sistemática de soma. Em se adotando esse regime de cumprimento sucessivo, a aplicação analógica das regras do art. 75 do Código Penal, para fins de limitação do conjunto de sanções, conduz ao seguinte procedimento:

a) em uma mesma série ininterrupta de sanções, todas as punições por fatos anteriores ou contemporâneos ao início de cumprimento da primeira sanção ficam sujeitas ao limite de trinta anos, contados do início da execução da primeira sanção;

b) sobrevindo nova condenação por fato posterior ao início da execução da primeira sanção, a extensão máxima de trinta anos conta-se a partir da data de eficácia da nova sanção;

c) fixado o limite de trinta anos a partir do início do cumprimento da primeira sanção (se os fatos sancionados são anteriores ou contemporâneos a esse início) ou a partir da nova sanção (se decorrente de fato posterior), as punições sucedem-se nesse intervalo iniciando-se a seguinte logo após o encerramento da anterior, extinguindo-se a execução quando atingido o limite de trinta anos ou quanto cumpridas todas as sanções aplicadas – o que ocorrer primeiro;

d) o limite só é considerado se as punições sucederem-se sem solução de continuidade. Havendo um hiato entre a sequência anterior e a superveniência de nova condenação, ainda que por fato contemporâneo aos das sanções findas, o tempo de inidoneidade a que o responsável ficou sujeito não é considerado, ante a inexistência de previsão legal autorizadora do referido aproveitamento;

5) uma vez definido o modo de cumprimento das sanções de inidoneidade aplicadas a um mesmo licitante, em períodos superpostos, poderá a Segecex, autorizada pelo Tribunal, elaborar proposta com o detalhamento operacional a ser observado pelas unidades técnicas, inclusive quanto aos incidentes relativos à suspensão, acréscimo, redução ou mesmo supressão de alguma das sanções cominadas.”

VOTO

Trata-se da consolidação dos estudos tendentes a definir a sistemática de cumprimento das declarações de inidoneidade, na hipótese de o TCU atribuir mais de uma pena ao mesmo licitante, em múltiplos processos, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, *in verbis*:

“Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

A proposta decorre de iniciativa do Ministro Benjamin Zymler, aprovada pelo Plenário, por ocasião do exame do TC 005.035/2009-2, referente à tomada de contas especial que apurava a fraude em processo licitatório, para aquisição de veículo por município do Rio Grande do Norte, praticada por empresas já declaradas inidôneas, por esta Corte, em outros processos de mesma natureza (Acórdão 560/2012-Plenário).

A iniciativa é indubitavelmente oportuna. A Controladoria-Geral da União – CGU limita-se a relacionar os impedimentos de licitar, no período que se segue a cada decisão condenatória,

independentemente do número de condenações sofridas pela empresa. Tal procedimento estaria a comprometer o caráter intimidatório e a proporcionalidade das reprimendas, relativamente ao número de fraudes cometidas.

Para melhor delineamento do escopo do estudo, transcrevo excerto do voto do Ministro Benjamin Zymler:

“O art. 46 da Lei n.º 8.443/1992 estabelece que ‘verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal’.

Seria incorreto, e mesmo incoerente, que o Tribunal deixasse de aplicar, neste processo, punição às licitantes que perpetraram graves irregularidades em razão de já terem sido apenadas em outras assenadas, por outros atos. As apenações anteriormente aplicadas podem ser sopesadas, mas isso não chega ao ponto de impedir o julgador de aplicar nova sanção quando está diante de grave violação à norma legal, passível de enquadramento no art. 46, transcrito.

Tendo em vista a natureza dos atos praticados pelas licitantes, que frustraram o caráter competitivo do Convite 007/2002, a aplicação de nova pena de inidoneidade pelo prazo de um ano, como proposto pela relatora, não se me afigura desarrazoada ou desproporcional.

De acordo com informações obtidas por meu Gabinete junto à Controladoria-Geral da União (CGU), o setor responsável pelo cadastro de sociedades empresárias consideradas inidôneas para licitar com a Administração Pública Federal limita-se a relacionar o impedimento para licitar com a Administração Pública Federal no período que se segue à decisão condenatória. É dizer, os tempos das penas terminam por sobrepor-se, a depender da data da decisão do Tribunal.

Tal procedimento, em princípio, pode ser tido como passível de crítica, já que a duração do conjunto das apenações aplicadas pode vir a ser aleatória, pois dependerá da data em que for proferida a decisão do Tribunal de Contas da União (não mais passível de recurso com efeito suspensivo). Se, por exemplo, forem proferidas na mesma data três decisões com declaração de inidoneidade de uma mesma sociedade, todas com prazo de um ano, a sociedade empresária ficará impossibilitada de participar de licitações por apenas 1 ano. Se as decisões forem proferidas com intervalo de um mês cada, a sociedade estará, na prática, impedida de participar de licitação por 1 ano e 2 meses. Se o intervalo das decisões for superior a 1 ano, a suspensão ocorrerá pelo prazo total de 3 anos.

Ora, a extensão da pena não pode depender de fatores aleatórios, como a data de julgamento ou comunicação aos órgãos de controle. Na hipótese de existirem diversos processos, relacionados entre si, tal circunstância deve ser considerada para fins de apenação - como no presente caso.

Por conseguinte, esta Presidência determinará que a Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) realize estudos com vistas a averiguar a regularidade dos procedimentos até aqui adotados pela CGU, para futuras correções, se necessárias.

É possível que, nada obstante as sanções impostas pelo Tribunal, inclusive a que vier a ser proferida no presente processo, os demais entes da federação continuem a contratar com recursos federais sociedades empresárias consideradas inidôneas por esta Corte de Contas. Isso porque o comando contido no art. 46 da Lei n.º 8.443/1992 refere-se expressamente apenas às contratações da Administração Federal. Defendo que a interpretação correta da norma deve abranger as licitações à conta de recursos federais voluntariamente transferidos.

Portanto, tendo em vista a relevância da matéria, a Segecex será instada por esta Presidência a realizar estudos com vistas a verificar o alcance da declaração de inidoneidade efetuada por este Tribunal com base no art. 46 da Lei n.º 8.443/1992. Ou seja, verificar se a sanção prevista no dispositivo deve ou não ser estendida às contratações realizadas por outros entes à conta de recursos federais.” (Grifos acrescidos)

A partir deste detalhado voto, impõe-se deliberar, com base nos estudos trazidos aos autos pela Segecex, sobre a abrangência, a sistemática de execução e a limitação temporal da declaração de inidoneidade decretada pelo TCU nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992.

I – BREVE SÍNTESE DOS PARECERES JUNTADOS AOS AUTOS

Foram juntados aos autos três pareceres.

No primeiro (peça 2), a **Consultoria Jurídica do Tribunal (Conjur) sustenta que a declaração de inidoneidade decretada pelo TCU alcança contratações realizadas por outros entes federativos à conta de recursos públicos federais**, porquanto a sanção tem seu campo de incidência delimitado pela competência fiscalizadora conferida a esta Corte pela Constituição Federal, que inclui fiscalização do bom e regular emprego dos recursos públicos federais voluntariamente transferidos pela União aos demais entes federativos.

Acrescenta o fato de art. 46 da Lei 8.443/92 referir-se à “*Administração Pública Federal*”, não constitui óbice à extensão dos efeitos de seu comando a outras esferas da federação, haja vista que a Administração é una.

No segundo parecer (peça 8), a **Conjur sustenta a aplicação às declarações de inidoneidade concomitantes, do instituto do concurso material**, na forma do art. 69 do Código Penal Brasileiro (CPB):

“Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11/7/1984).”

A unidade de assessoramento jurídico deste Tribunal apresenta os seguintes fundamentos para sua proposição:

- é a solução que melhor atende à regra da ponderação, por preservar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, isonomia, individualização da pena, moralidade e da máxima efetividade da sanção administrativa, mediante mínimo sacrifício ao princípio da legalidade;

- o cumprimento de cada sanção a partir do seu respectivo trânsito em julgado resulta em aleatoriedade do conjunto de apenações; e

- sendo omissa a lei, o cúmulo material é de rigor, haja vista que as sanções devem guardar relação de proporcionalidade com as condutas praticadas e as gravidades das infrações.

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 art. 75, § 2º, do Código Penal Brasileiro, que consiste em, sobrevindo nova condenação, desprezar o tempo já cumprido e somar o tempo a cumprir.** As razões para adoção desse procedimento são as que se seguem:

- adotar limite de trinta anos de tempo máximo de cumulação das penas representaria estender demasiadamente a analogia, em prejuízo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade;

- o procedimento de unificação de penas, previsto no art. 75, §2º, possui fundamento normativo, ainda que somente utilizável mediante analogia; e

- a limitação da soma das sanções a cinco anos a partir do trânsito em julgado da primeira condenação praticamente cancela os efeitos da segunda condenação, sendo preferível, portanto, a adoção do critério da unificação, mediante o qual é desprezado o tempo já cumprido.

Colaciona precedente, no qual a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por estreita maioria, decidiu que a contagem das penas de suspensão de direitos políticos será sempre a partir do trânsito em julgado das decisões condenatórias, independentemente do número de condenações e de ocorrer sobreposição de cumprimento, porquanto inaplicáveis as regras de concurso material do Direito Penal por falta de amparo legal (REsp 993.658-SC, sessão de 15/10/2009).

Menciona que a mesma 1ª Turma do STJ, na sessão de 9/3/2010, ao apreciar embargos opostos à decisão supra referida, decidiu que o cumprimento de sanções de improbidade administrativa contemporâneas deve observar as disposições encartadas no art. 11 da Lei de Execuções Penais, que estabelece soma da nova pena ao que resta da que está sendo cumprida. Ou seja, no intuito de limitar em dez anos o conjunto das sanções, valeu-se do critério de soma as penas, rejeitado no julgamento originário.

No terceiro parecer peça 12, a **Secretaria de Recursos (Serur) divergiu da proposta da Conjur de adoção do limite de cinco anos para duração do conjunto de sanções. Propôs o limite de trinta anos**, previsto no código penal, com base nos seguintes fundamentos:

- assim como o cumprimento não pode ser extenso a ponto de caracterizar perpetuidade, não deve ser demasiadamente curto, sob pena de comprometer as finalidades preventivas e repressivas da sanção; e

- tendo em vista que a maioria das declarações de inidoneidade singulares a licitantes que possuem mais de uma condenação no TCU é decretada por cinco anos, há grande probabilidade de não-efetividade das sanções subsequentes, contrariando a premissa básica de que a cada fato deve corresponder uma punição e cada punição deve ser, tanto quanto possível, integralmente cumprida;

- limitação em cinco anos representa proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado pelo art. 46 da Lei 8.443/1992, que é a lisura nos certames públicos;

- incoerente considerar admissíveis trinta anos como limite de encarceramento, que é a sanção mais grave prevista em nosso ordenamento, e, ainda assim, qualificar excessiva a mesma duração para declaração de inidoneidade de licitante, cujas consequências são mais brandas;

- as mesmas condutas que levam o TCU a aplicar sucessivas sanções de inidoneidade por fraude a licitações podem também configurar crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993, cuja pena é de até quatro anos de detenção para cada conduta. Dessa forma, a licitante pessoa física pode vir a ser condenada na esfera penal por até trinta anos de prisão pelos mesmos fatos que deram ensejo à declaração de inidoneidade, não obstante as consequências da sanção penal sejam mais graves que as da declaração de inidoneidade;

- a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, quando aplicada com fundamento no art. 87, IV, da Lei 8.666/1993, pode perdurar enquanto subsistirem os motivos da sanção ou enquanto o contratado não ressarcir os prejuízos oriundos de sua conduta;

- o limite de trinta anos não equivale à “pena de morte” da empresa licitante haja vista que a atividade empresarial não fica de todo comprometida, por não se estender a operações privadas;
- o sistema jurídico não defere à pessoa jurídica o mesmo nível de proteção que confere ao indivíduo, haja vista hipótese de a lei determinar a dissolução da empresa;
- a adoção do limite de trinta anos não caracteriza analogia “*in malam partem*”, pelo contrário, beneficia o agente, impedindo que a duração das sanções restritivas de direitos estenda-se indefinidamente; e
- o STF pronunciou-se favoravelmente à aplicação do limite de trinta anos às medidas de segurança por considerar inconstitucional a duração indeterminada prevista no art. 97 do CPB.

A Serur discorda também da adoção do procedimento de unificação de penas, na forma sugerida pela Conjur, pelas razões a seguir expostas:

- em última análise, propõe a Conjur que a duração do conjunto de penas corresponda à soma das penas ou à soma da nova pena ao restante da que está sendo cumprida, a depender de a soma situar-se abaixo ou acima do limite de cinco anos; ou seja, sugere cálculo com base no § 1º ou no § 2º do art. 75 do Código Penal Brasileiro (CPB), mas utiliza hipóteses de cabimento distintas das previstas naqueles dispositivos, quais sejam: que a condenação subsequente diga respeito a crime cometido antes ou após o início do cumprimento da pena, respectivamente;
- a solução proposta pela Conjur ignora que, de acordo com o § 1º do art. 75 do CPB, em caso de condenações subsequentes por fatos anteriores ao início do cumprimento da pena, o apenado tem direito de ter tempo de pena a cumprir calculado pela soma simples das sanções, com data-base no início do cumprimento dessa sequência;
- o critério adotado no § 1º do art. 75 do CPB é essencial para garantir que os apenados recebam o mesmo tratamento prático (tempo de pena a cumprir), independentemente de eventuais diferenças na apuração e processamento dos ilícitos (um mesmo processo ou vários processos, com decisões que se tornam eficazes conjuntamente ou não);
- a proposição da Conjur de adoção do critério mais gravoso previsto no § 2º do art. 75 do CPB, mesmo no caso de condenação por fatos anteriores ao início do cumprimento da pena, busca remediar os inconvenientes do baixo limite proposto, de cinco anos, para a soma das punições, porquanto desloca, em todos os casos, a data-base de contagem e de aferição do limite de cumulação de penas, do início da execução para a data da nova condenação;
- a adoção de critério mais gravoso ao previsto na norma paradigma caracteriza analogia “*in malam partem*”; e
- em sendo a declaração de inidoneidade restrição de direito, e não privação de liberdade, há de se aplicar o procedimento específico previsto para a espécie no art. 69, § 2º, do Código Penal Brasileiro, que determina cumprimento sucessivo das punições, sem exigir a soma delas.

Menciona que o sistema de dosimetria adotado no processo de controle externo não é propriamente o da acumulação (cada infração com sua sanção isolada), e sim um modelo mais próximo ao da exasperação (uma só sanção, devidamente aumentada com base no conjunto dos ilícitos). Assim, ao prolatar uma nova condenação, esta Corte pode sopesar a sanção a ser aplicada com as já vigentes, de forma a extrair, dessa visão de conjunto, a dosagem final adequada e suficiente para reprimir a totalidade dos atos em análise, à luz da gravidade desses atos e da culpabilidade do agente.

Com esses argumentos, a SERUR propõe:

- **cumprimento sucessivo das punições, sem necessidade de somá-las ou unificá-las, iniciando-se a pena subsequente imediatamente após o cumprimento da anterior;**

- aplicação analógica dos procedimentos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 75 do Código Penal Brasileiro, tão somente, para **limitar o prazo máximo de cumprimento do conjunto de sanções a trinta anos;**

- **cumprimento da nova sanção como punição originária no caso de sobrevir condenação após o encerramento da execução da penalidade anterior,** por ausência de previsão legal autorizadora de aproveitamento; e

- **sopesamento da sanção a ser aplicada em nova condenação com as penas anteriormente cominadas,** de forma a extrair, dessa visão de conjunto, a dosagem adequada e suficiente para reprimir a totalidade dos atos.

Alternativamente, a Secretaria de Recursos sugere somar a duração das sanções com base na sistemática prevista nos §§ 1º e 2º do art. 75 do Código Penal Brasileiro, observando as hipóteses de cabimento de cada uma dessas disposições (atos anteriores ou posteriores ao início do cumprimento da sanção).

II – OBJETIVOS DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

A fraude à licitação, resultante da ação do licitante fraudador, que enseja a declaração de inidoneidade, conspurca os princípios básicos da Administração Pública, insculpidos no *caput* da Constituição Federal, com destaque para a Moralidade Administrativa, bem como as normas gerais que regem as Licitações Públicas. Trata-se de conduta gravíssima, praticada com o escopo de obtenção de vantagens indevidas, que mereceu veemente repulsa por parte do legislador ordinário, ao prever a sujeição do infrator, com base no artigo 46 da Lei nº 8.443/1992, à penalidade de declaração de inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Em paralelismo com a Teoria Geral da Pena do Direito Penal, a declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, emanada de decisão proferida pelo TCU, possui tríplice finalidade: preventiva geral, retributiva e preventiva especial negativa.

A previsão normativa da declaração de inidoneidade desestimula licitantes a praticarem fraudes em procedimentos licitatórios, ao tempo em que evidencia a importância de esses certames públicos serem conduzidos em consonância com os princípios e diretrizes estabelecidos pela legislação (finalidade preventiva geral).

Havendo malogro da finalidade primária, o licitante fraudador será declarado inidôneo para participar de licitações realizadas pela Administração Pública Federal pelo prazo estabelecido no acórdão condenatório. A aplicação da penalidade ao fraudador dá concretude à norma legal sancionadora que alberga a tutela ao bem jurídico protegido, ao mesmo tempo em que retribui ao agente o mal por ele causado à coletividade (finalidade retributiva), e o afasta de futuros certames por prazo determinado (finalidade preventiva especial).

Segundo Cezar Roberto Bittencourt (*in* Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000; p. 76), “*com a ameaça de pena, avisando os membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada*”.

Entre as características da pena citadas pela doutrina penal pátria, destaco a legalidade, a proporcionalidade e a inderrogabilidade. A primeira diz respeito necessidade de que conduta

reprovável e a respectiva sanção estejam previamente estabelecidas em lei, em consonância com o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*. A segunda reclama a proporcionalidade entre o castigo imposto ao licitante e a gravidade da infração perpetrada. A terceira diz respeito à obrigatoriedade de imposição e cumprimento da norma sancionadora quando, após o devido processo legal, restar configurada a subsunção do fato à conduta tipificada na lei

III – ALCANCE MATERIAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PREVISTA NO ARTIGO 46 DA LEI Nº 8.443/1992

Ao retratar o objeto sobre o qual recaem os efeitos da norma sancionadora, o artigo 46 da Lei 8.443/1992 não explicitou a órbita material em que repercute a declaração de inidoneidade temporária do agente fraudador. Simplesmente, o preceito legal referiu-se às licitações promovidas pela Administração Pública Federal, nestes termos:

“Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.” (Grifei)

A partir da apreensão superficial e estritamente técnica, poder-se-ia entender que os procedimentos licitatórios em relação aos quais o infrator é temporariamente declarado inidôneo seriam somente os promovidos por órgãos e entidades da Administração Pública Federal, a abranger tanto as unidades subalternas e despersonalizadas da Administração Pública Direta, como aqueles entes vinculados e dotados de personalidade jurídica da Administração Pública Indireta (Fundações, Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista).

Tal acepção não convém ao conceito contemporâneo da Administração Pública Federal. Repudia-se, pois, a leitura estrita da expressão *“licitação na Administração Pública Federal”*, já que a norma sancionadora abrange todos os processos licitatórios em que agentes públicos de outras unidades federativas atuam como *longa manus* da União, na execução de políticas nacionais de alcance local e regional ou em regime de mútua cooperação.

Ocorre que, no caso das transferências voluntárias da União, realizadas por meio de convênios, contratos de repasse, acordos e instrumentos congêneres, por força das normas federais de Direito Administrativo e Financeiro, a União é a titular da totalidade dos direitos de crédito sobre os recursos repassados ao conveniente e apenas delega ao ente executor a atribuição de interesse público, devendo este responder ao ente repassador pela correta aplicação da despesa pública. A licitação realizada continua sendo federal e o seu realizador, para todos os efeitos, responde perante à União, como se dela funcionário fosse, até mesmo para efeitos criminais.

E tal procedimento decorre de normas de antiga extração, a exemplo do Decreto-lei 200, que apresentava o princípio da descentralização dos recursos, que nada mais era que a própria Administração Pública Federal a agir, mediante o instrumento da descentralização da execução e repasse dos recursos. A obra continua federal, meramente executada pelo ente federativo.

Compatível com essa realidade, a única inteligência que se pode emprestar ao objeto sobre o qual recaem os efeitos da norma sancionadora é aquela que abranja não somente os processos licitatórios realizados por órgãos e entidades da Administração Pública Federal, Direta e Indireta, mas também aqueles certames promovidos por entes públicos, de outras esferas da federação, que assumem, perante a União e nos termos da legislação de regência, obrigação de comprovar o regular emprego dos recursos federais a eles repassados por meio de transferências voluntárias.

Esse entendimento é o único que se harmoniza com o plexo de competências constitucionais deferidas ao Controle Externo, de titularidade do Congresso Nacional e exercido com o

auxílio desta Corte de Contas. De acordo com a Carta Magna, insere-se entre as prerrogativas do controle externo da União a fiscalização da aplicação de recursos repassados voluntariamente pela União a estados e municípios (artigo 71, inciso VI). E tal ocorre exatamente porque a obra é da Administração Pública Federal, executada pelo Estado por meio da descentralização voluntária de recursos federais.

Da mesma forma, no caso de crime, responde o administrador desonesto no âmbito da justiça federal e, não, da justiça estadual, como no caso de os recursos aplicados serem da titularidade do ente federativo estadual ou municipal. Quaisquer recursos transferidos voluntariamente pela União, por meio da Administração Pública Federal, continuam sendo recursos de plena titularidade da União, apenas alocados a finalidade específica.

O poder outorgado pela Lei 8.443/1992 ao TCU de declarar a inidoneidade temporária do licitante fraudador tem seu campo de incidência delimitado pela competência fiscalizadora conferida ao Controle Externo pela Constituição Federal, o qual se irradia sobre a legislação ordinária e abrange os recursos federais transferidos voluntariamente a estados, municípios e a entidades privadas. Dessa forma, não poderia o TCU estar impedido de obstaculizar a participação de pessoas ou empresas inidôneas em licitações promovidas à custa de transferências voluntárias realizadas pela União, sob pena de negar a sua indeclinável competência.

De igual forma, é inconcebível que o licitante seja declarado inidôneo pelo TCU, por ter fraudado licitação promovida por determinado ente da federação ou agente privado, no âmbito de transferência voluntária da União, e esse impedimento não se aplicar às outras licitações – federais – que venham a ser promovidas por esse mesmo convenientes em outros repasses voluntários de recursos federais.

A ausência de previsão expressa do alcance da penalidade estampada no artigo 46 da Lei 8.443/1992 aos processos licitatórios realizados no âmbito de transferências voluntárias da União a Estados e Municípios faz incidir a luz da hermenêutica sistêmica e constitucional para estabelecer mecanismos tendentes a minorar o dano ao Erário.

Ao lado do princípio da legalidade existem os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade dos interesses tutelados pelo poder público, que precisam ser igualmente preservados.

A extensão da aplicação da sanção de declaração de inidoneidade a licitantes de participarem de licitações promovidas por estados e municípios, realizadas no âmbito de transferências voluntárias da União, também se fundamenta na teoria dos “poderes implícitos”, princípio basilar da hermenêutica constitucional.

No caso, nem seria necessário invocar a teoria dos poderes implícitos, elaborada pelo eminente jurista e então presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Chief Justice John Marshall, ao apreciar o caso *McCulloch v. Maryland*, em 6/3/1819, a outorga de competência a determinado ente estatal importa no deferimento implícito, a esse mesmo ente, dos meios necessários à sua consecução. Como referido pela doutrina e jurisprudência, ao prever os fins, a legislação também concede os meios necessários à sua execução, ainda que implicitamente.

Com base nessa teoria, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de, mesmo sem expressa previsão legal, o TCU adotar medidas cautelares, ainda que sem expressa previsão legal, para neutralizar situações em que há perspectiva de lesividade ao erário público.

“(...) a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas

cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCulloch v. Maryland (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (...) É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao TCU, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria CR.” (MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 19-11-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.)

Há perfeita subsunção do raciocínio utilizado pelo Supremo à matéria em discussão, haja vista que, da mesma forma que reconhecido no julgamento do MS 24.510, em sendo atribuída a esta Corte a competência constitucional de “fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município” (art. 71, VI), forçoso reconhecer-lhe poderes reais, concretos, de evitar a malversação desses recursos, entre os quais o de impedir a participação, em certames promovidos à custa de recursos federais, dos que não atuam em consonância com os princípios e diretrizes estabelecidos pela legislação.

Por essas razões, improcedentes quaisquer críticas ao parecer oferecido pela Consultoria Jurídica do TCU e ao voto proferido pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler, no TC 005.035/2009-2, segundo o qual a declaração de inidoneidade, emanada de decisão do TCU, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, abrange as licitações promovidas por estados e municípios à conta de recursos voluntariamente transferidos pela União.

Entenda-se, a propósito, licitações no sentido lato, abrangendo contratações diretas, em consonância com o entendimento adotado no Acórdão 100/2003-Plenário, da Relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa:

“O processo administrativo pelo qual a Administração Pública – sem escolher uma das modalidades de licitação previstas no art. 22 da Lei 8.666/1993 – realiza pesquisa de preços no mercado é também um procedimento licitatório, pois objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta”.

IV – CONSEQUÊNCIAS DA SISTEMÁTICA ADOTADA PELA CGU PARA EXECUÇÃO DAS DELIBERAÇÕES DO TCU QUE IMPÕEM APLICAÇÃO DE SANÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE A LICITANTE, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 46 DA LEI Nº 8.443/1992

Conforme já mencionado, a Controladoria Geral da União (CGU) limita-se a relacionar o impedimento de licitante participar de licitação promovida pela Administração Pública Federal, fundamentado no artigo 46 da Lei 8.443/1992, no período que se segue ao trânsito em julgado de cada decisão condenatória do TCU, pouco importando que, em caso de multiplicidade de punições, ocorra concomitância dos cumprimentos.

Como bem destacado pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler, havendo mais de uma declaração de inidoneidade pelo TCU, o procedimento adotado pela CGU resulta na aleatoriedade da

duração do conjunto das penas, que fica dependente das datas em que transitarem em julgado as decisões proferidas pelo TCU.

Tomando por empréstimo o exemplo hipotético oferecido por Sua Excelência, existindo três decisões do TCU que declarem a inidoneidade de licitante por fatos distintos, independentes e autônomos, cada uma pelo prazo de um ano, poder-se-ia configurar as seguintes situações:

- se as decisões transitarem em julgado na mesma data, a sociedade empresária ficará impossibilitada de participar de licitações por 1 ano, o que resulta em perda total da efetividade da segunda e da terceira punições;

- se as decisões transitarem em julgado com intervalo de um mês, a sociedade estará impedida de participar de licitação por 1 ano e 2 meses, o que implica perda de parte da efetividade da segunda e da terceira punições; e

- se as decisões transitarem em julgado com intervalo superior a 1 ano, a suspensão ocorrerá pelo prazo total de 3 anos, caracterizando a efetividade das três punições.

Como visto, o procedimento adotado pela CGU resulta, no segundo caso, em mitigação injustificada e não pretendida das punições posteriormente impostas pelo TCU. No primeiro caso, a ausência de punição do licitante fraudador por condutas subsequentes igualmente reconhecidas pelo TCU como antijurídicas e sujeitas à mesma pena anteriormente aplicada.

Ora, o direito material – tempo total de pena a cumprir – não pode subordinar-se de forma tão intensa às vicissitudes do processo, por ferir de morte a lógica jurídica e a retributividade das punições. Ademais, a realização do ideal de justiça não se compatibiliza com o acaso na fixação e no cumprimento de punições.

O procedimento adotado pela CGU atenua a efetividade das sentenças proferidas pelo TCU e gera sentimento de impunidade. Em vez de inibir, estimula a reincidência do infrator já condenado, obstando o alcance da finalidade preventiva geral da penalidade.

O cumprimento de cada sanção a partir do correspondente trânsito em julgado compromete, igualmente, a finalidade retributiva da declaração de inidoneidade, na medida em que consente que condutas ilícitas quedem impunes.

A sobreposição dos períodos de inidoneidade vai de encontro a duas das principais características das penas, a proporcionalidade, por desequilibrar a proporção entre o prazo de afastamento e a gravidade das infrações cometidas, e a inderrogabilidade, por aquiescer ao não cumprimento de parte da sanção.

Por isso, considero de todo pertinente a ponderação do Exmo. Min. Teori Albino Zavascki, no voto vista proferido nos autos do REsp 993.658 – SC, referido no parecer da Conjur transcrito no relatório:

“(…) Não se pode deixar de considerar, com efeito, que a imposição de penas ao administrador ímprobo tem, a exemplo do que ocorre no âmbito penal, função pedagógica e intimidatória, visando a inibir novos ilícitos. Por isso mesmo se exige que tais penas devem ser adequadas, não apenas à natureza e a gravidade do ilícito, mas também à quantidade dos ilícitos cometidos: para cada fato típico autônomo, haverá pena adequada e também autônoma, normalmente aplicada em processo autônomo. Ora, essa imposição de ordem jurídica, para assumir contorno real e não apenas formal, deve também se refletir no cumprimento da pena. A consequência natural é que as penas tenham cumprimento autônomo e cumulativo. Isso ocorre, sem questionamento, quando a sanção tem natureza pecuniária (multa, ressarcimento de danos). A sanção de perda do

cargo, pela sua especial natureza, não comporta cumulações, já que tem caráter instantânea e cria situação consolidada definitivamente na primeira vez que é imposta. Mas, nos demais casos, a aplicação cumulativa deve ser buscada sempre que possível, sob pena de ficar frustrada a própria razão da sua aplicação.”

V – SOMA DAS SANÇÕES DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE, COMINADAS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 46 DA LEI 8.443/1992, E APLICAÇÃO ANALÓGICA DO DIREITO PENAL

Constituí premissa lógica do sistema sancionatório o cumprimento integral de todas as sanções. Isso porque, se alguém tem o dever legal de não praticar determinada conduta e, ainda assim, a pratica mais de uma vez, viola a norma repetidas vezes, devendo suportar as consequências de cada transgressão.

Nesse sentido, a lição de Fábio Medina Osório (*in* Direito Administrativo Sancionador. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 412 e 414):

“O concurso material de ilícitos está ligado ao princípio da igualdade. Não se pode tratar igualmente os desiguais. Daí que o sujeito que comete vários ilícitos merece um tratamento naturalmente mais rigoroso do que aquele que comete menor quantidade de infrações, se estamos diante de infrações de mesma natureza.

(...) A soma dos prazos é, de certo modo, inevitável diante do concurso de ilícitos. O legislador fixa, via de regra, prazos para ilícitos autônomos. Não veda o acúmulo material, que decorre da necessidade de tratamento isonômico. Isto porque eventual interpretação que congelasse o patamar máximo dos prazos de interdições ou suspensões de direitos feriria a igualdade de tratamento aos jurisdicionados ou administrados, equiparando corruptos e administradores altamente desonestos a outros que atuam em escalas e níveis distintos, ainda que reprováveis. Haveria um estímulo ao ilícito e às injustiças decorrentes do rompimento do princípio isonômico”.

A depender da natureza das reprimendas, é cabível cumprimento simultâneo, como é o caso das multas e de sanções distintas. Todavia, diante da impossibilidade material de cumprimento simultâneo, impõe-se, como regra, o cumprimento sucessivo das sanções.

Assim, havendo incompatibilidade fática entre o cumprimento simultâneo e a efetividade das sanções subsequentes, impõe-se o cumprimento sucessivo a não ser que se trate de hipótese em que a legislação confira tratamento específico.

Entre as hipóteses de tratamento específico por norma legal, inclui-se o cumprimento de penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 anos. O art. 75 do Código Penal Brasileiro, a seguir transcrito, estabelece unificação das penas para atender ao limite máximo de trinta anos, mediante cálculo distinto a depender de os fatos que ensejaram a condenação subsequente serem anteriores ou posteriores ao cumprimento da pena:

“Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)”.

Para melhor elucidar a matéria, valho-me dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (in Código Penal Comentado. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 434-435), que extraio do parecer da Conjur:

“Modo de unificação: para que o limite de cumprimento de penas (30 anos) não tornasse o sentenciado imune a qualquer outra condenação advinda durante a execução de sua pena, o legislador estabeleceu que, sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. Assim, temos o seguinte: a) nova condenação por fato anterior ao início do cumprimento da pena deve ser lançada no montante total já unificado, sem qualquer alteração; b) nova condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena unificada, desprezando-se o tempo já cumprido. Se for o caso (ultrapassar 30 anos), far-se-á nova unificação.”

A aplicação analógica da regra de unificação das penas, prevista no Direito Criminal, ao Direito Administrativo Sancionador, é justificada pela necessidade de garantir o cumprimento de preceito fundamental inscrito na Carta Magna, não por semelhança de escopo e finalidade dos referidos ramos de direito

O Direito Penal possui escopo mais grave que o Direito Administrativo. Tutela os bens mais importantes e essenciais à sobrevivência da sociedade. Por isso mesmo, possui princípios, critérios, fundamentos e sanções próprios. Não é por menos que é o único ramo do direito que prevê pena privativa de liberdade, a mais rígida sanção de nosso sistema jurídico. Por conseguinte, via de regra, as disposições desse ramo jurídico não devem ser estendidas para além das hipóteses para as quais foram instituídas.

Por sua vez, o Direito Administrativo Sancionador tem por âmbito de abrangência a regulação das jurídicas estabelecidas entre a Administração e os respectivos servidores, em decorrência dos poderes disciplinares e hierárquicos que lhe são ínsitos, ou mesmo a relação entre o Estado-Administração e terceiros, tanto no âmbito das relações negociais como de polícia administrativa.

Para utilizar dispositivo de norma distinta, o método de integração é a analogia, que consiste em estender a um caso não previsto no ordenamento jurídico, solução que o legislador previu para um caso semelhante, em igualdade de razões, tendo em vista que o Direito é um sistema, de sorte que, havendo identidade de razão jurídica, deve haver identidade de disposição. Ou *ubi eadem ratio, ibi eadem juris* (onde há a mesma razão, deve haver a mesma disposição de direito).

Há princípios que informam igualmente o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal. É o caso da vedação à aplicação de penas de caráter perpétuo, princípio consagrado na Constituição Federal, no art. 5º, XLVII, alínea “b”, o qual se irradia por todo o sistema jurídico, orientando a interpretação, a integração e a aplicação de todas as normas de caráter sancionatório.

Nesse sentido, o voto do Ministro Moreira Alves, proferido no RE 154134/SP, que tratava de imposição, pelo Conselho Monetário Nacional, de pena de inabilitação permanente ao exercício de cargos de administração ou gerência de instituições financeiras:

“A vedação constitucional de determinadas sanções - entre elas as de caráter perpétuo - não pode restringir-se às sanções penais aplicadas jurisdicionalmente, mas, com maior razão, há de aplicar-se às sanções administrativas, na medida em que estas sejam admissíveis no regime constitucional (...).”

Assim, por força da Constituição Federal de 1988, o impedimento para licitar não pode ser perpétuo, nem mesmo se estender a ponto de adquirir esse caráter. Caráter perpétuo, entretanto, é conceito jurídico indeterminado. A CF/88 não fixa o prazo além do qual a sanção adquire tal

qualificação. Em observância ao preceito fundamental que veda a perpetuidade das penas, o legislador ordinário fixou limite temporal máximo de cumprimento de trinta anos para a cumulação de penas restritiva de liberdade, conforme prevê o artigo 75 do Código Penal Brasileiro. Tal limitação se impõe mesmo em caso de várias condenações, a não ser que sobrevenha nova sentença condenatória por fato praticado no curso da execução, hipótese em que esse limite, na prática, pode ser superado, se considerado o período já cumprido pelo agente condenado.

A Conjur considera desarrazoado e desproporcional a adoção do prazo de trinta anos como limite para o conjunto de sanções de declaração de inidoneidade com supedâneo no artigo 46 da Lei 8.443/1992. Nada que objetar a esse entendimento, acrescentando que o afastamento compulsório do licitante por prazo tão longo é inútil, desnecessário e incapaz de cumprir a função social da empresa.

As sanções devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Embora esse dispositivo esteja expressamente previsto apenas no Código Penal (art. 59) e na Lei de Crimes Ambientais (art. 7º, II), diz respeito a princípio que orienta todo o direito sancionador, segundo o qual se uma pena menos afliitiva é suficiente para reprovar e prevenir determinada conduta, não deve ser aplicada pena mais grave.

No século XVIII, Beccaria (*in* Dos Delitos e Das Penas, São Paulo: José Bushatsky, 1978) já defendia que o freio inibitório da criminalidade não é a severidade da pena, mas a certeza de sua aplicação. Ensinava o aristocrata milanês que a pena tem um fim definido, caracterizado pela prevenção geral e especial, e, para atingir esse objetivo, é preciso encontrar uma pena que seja útil e necessária. Segundo ele, não atinge a prevenção, a simples previsão de uma pena cruel; tal objetivo é melhor alcançado com a certeza da aplicação da pena mais suave dentre as aptas para alcançar o fim proposto. Asseverava que a finalidade da pena não é de atormentar e afligir, mas, essencialmente, evitar que a impunidade encoraje outros, ou o próprio infrator, a praticar outro delito.

A ameaça de afastamento de certames por trinta anos não intimida mais que a de afastamento por dez anos, por exemplo. Isso porque, via de regra, o faturamento de licitantes concentra-se nas vendas para o Estado, de sorte que o impedimento de contratar com o setor público por tempo excessivo conduziria ao encerramento da sociedade, o que decerto não é a finalidade da lei.

A limitação do conjunto de condenações a trinta anos pode, inclusive, ter efeito inverso ao pretendido, haja vista que licitantes com expectativa de fechar seus estabelecimentos, por já haverem delinqüido, podem considerar que têm pouco a perder caso reincidam.

Em consonância com a Conjur, acredito que a perspectiva de afastamento de certames públicos por, até, cinco anos é adequada a prevenir à reiteração de fraudes e se reveste de gravidade suficiente para retribuir o mal causado pelo fraudador reincidente.

Ainda que o limite de cinco anos diga respeito ao cumprimento, *a priori*, de cada infração isolada, considero-o com precedência a qualquer outro, não somente pelas razões expostas, mas também por ser o único que se pode extrair do próprio texto legal que se busca integrar.

Não significa igualar a reprovação por uma única infração à norma à de uma sucessão de infrações. De fato, parte considerável das declarações de inidoneidade singulares a licitantes que possuem mais de uma condenação no TCU é decretada por cinco anos, como informa a Serur.

Todavia, é preciso que esta Corte aprimore a dosimetria da sanção. Devemos nos abster de afastar licitantes, pela pena máxima prevista, com fundamento na verificação de que houve claro intuito de ludibriar o Poder Público, porquanto intenção de enganar a Administração é elemento do tipo ("fraude comprovada à licitação"). Também deve-se levar em conta a reincidência, para evitar *bis in idem*.

Em reconhecimento à função social da empresa, inexistentes circunstâncias agravantes, a pena deve ser fixada por período menor. O afastamento de certames por cinco anos, por uma única fraude, deve ser reservado para casos em que se reconheça a presença de particularidades tais que exacerbem o dano causado pela conduta.

Foi, aliás, por considerar grave a prática de fraudes a licitações públicas que o legislador entendeu por bem instituir uma sanção específica para a conduta, que pode ser aplicada simultaneamente com as demais sanções previstas na Lei 8.443/1992.

Não existe óbice à utilização, mediante analogia, do procedimento descrito nos parágrafos do art. 75 do Código Penal, para limitar as declarações de inidoneidade concomitantes. Primeiro porque existe identidade entre a razão jurídica para a limitação temporal da proibição de licitar com a Administração Pública Federal, declarada pelo TCU com base no artigo 46 da Lei 8.443/1992, e o substrato jurídico para limitação de tempo de clausura, prevista no CPB, qual seja, a vedação ao cumprimento de penas de caráter perpétuo. Também por tratar-se de analogia manifestamente favorável ao agente (*in bonam partem*), na medida em que estende proteção antes restrita apenas às pessoas físicas condenadas às penas privativas de liberdade.

“Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

Os parágrafos do art. 75 do Código Penal estabelecem diferentes procedimentos de cálculo de limitação do período total de cumprimento, não de duração do conjunto de penas. Tanto que, em caso de somatório de penas inferior a trinta anos, não há diferença no tempo total de cumprimento resultante da adoção dos procedimentos previstos nos §§ 1º ou 2º do referido artigo.

Não vejo relevância na discussão a respeito do cumprimento sucessivo ou soma dos períodos. O resultado prático é exatamente o mesmo. Qualquer que seja o caso, sobrevivendo nova condenação será necessário aplicar a sistemática prevista nos parágrafos do art. 75 para assegurar observância do limite de cinco anos.

Por se tratar de questão afeta à execução da sanção, cabe à Controladoria Geral da União – CGU verificar se a nova condenação se deu por fato anterior ou *posterior ao início do cumprimento da pena*, para estabelecer o tempo máximo da pena a ser aplicada ao condenado, conforme a sistemática prevista no art. 75 do Código Penal.

Entendo, também, que a sistemática de limitação do conjunto de punições prevista no art. 75 somente possui relevância, caso exista alguma pena em execução. Por conseguinte, sobrevivendo declaração de inidoneidade da mesma licitante, após o encerramento da execução das punições anteriores, a nova sanção deve ser cumprida integralmente como punição originária, ainda que por fato anterior ou contemporâneo às penas já cumpridas, por ausência de previsão legal autorizadora de aproveitamento.

Nesse sentido a ementa do RHC 8657 PR 1999/0044975-4, de relatoria do Exmo. Ministro Vicente Leal (DJ 8/4/2002 p. 286)

“PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. LIMITE DAS PENAS. ARTIGO 75 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. HIATO ENTRE A SATISFAÇÃO DAS PENAS ANTERIORES E O COMEÇO DAS ATUAIS. IMPROVIMENTO.

1. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.' (artigo 75, caput, do Código Penal) 2. 'Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.' (artigo 75, parágrafo 1º, do Código Penal) 3. O direito do condenado à unificação das penas surge quando suas penas ultrapassam o limite legal máximo de 30 anos, sendo indubitavelmente estranho ao cálculo de unificação as penas anteriormente cumpridas, sobretudo, se os novos crimes, subseqüentes, foram praticados quando o condenado estava em liberdade. 4. 'Existindo um hiato entre a satisfação das penas anteriores e o começo das atuais, não se pode falar em constrangimento ilegal sob pretexto de estar o paciente cumprindo mais de 30 anos de prisão, limite máximo previsto no art. 55 do CP (atual art. 75). (STF HC Rel. Moreira Alves RT 488/414).' (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. I, pág. 1202, 6ª edição, Revista dos Tribunais). 5. Recurso improvido." (grifos acrescentados)

A contagem do prazo de cumprimento da sentença se inicia com o trânsito em julgado da condenação, por ser o momento em que a decisão do TCU se torna exigível.

Em relação a sopesar a nova sanção com as já vigentes para reduzir tempo total de cumprimento compatível com o conjunto dos atos praticados pela licitante, esse procedimento representaria revolver questões já decididas por esta Corte, fora das hipóteses legalmente previstas.

VI – CONCLUSÃO

Com fundamentos sutilmente distintos, acolho as proposições da Conjur, com relação à abrangência e limitação temporal da declaração de inidoneidade, e da Serur, no que concerne à sistemática de execução da referida sanção, com as ressalvas consignadas neste voto.

Proponho a esta Corte firmar entendimento, a teor do disposto no art. 16, V, do Regimento Interno do TCU, no sentido de que as sanções de declaração de inidoneidade impostas pelo TCU com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992:

- a. alcançam as licitações e contratações diretas promovidas por estados e municípios cujos objetos sejam custeados por recursos oriundos de transferências voluntárias da União;
- b. a contagem do prazo de cumprimento se inicia com o trânsito em julgado da condenação;
- c. devem ser cumpridas sucessivamente, no caso de mais de uma condenação de uma mesma licitante;
- d. a cumulação de mais de uma sanção de declaração de inidoneidade, cominada a uma mesma licitante com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992, está temporalmente limitada, em seu conjunto, a cinco anos, tendo por base a aplicação analógica da regra estampada nos §§ 1º e 2º do art. 75 do Código Penal Brasileiro, de sorte que sobrevindo nova condenação:
 - d.1. por fato posterior ao início do cumprimento da punição, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido; e
 - d.2. por fato anterior ao início do cumprimento da punição, deve ser lançada no montante total já unificado.
- e. sobrevindo condenação após o encerramento da execução das punições anteriormente aplicadas à licitante, a nova sanção deve ser cumprida como punição originária, ainda que decorrente de fatos anteriores ou contemporâneos aos das sanções já cumpridas;

f. tão logo comunicada do trânsito em julgado de decisão do TCU que declare a inidoneidade de licitante, cumpra à CGU adotar as providências para o efetivo cumprimento da sanção e, caso já exista outra punição de mesma natureza em execução, aplicar os critérios estabelecidos nos parágrafos do art. 75 do CPB para estabelecer o tempo de cumprimento do conjunto de sanções.

No mais, com fulcro no art. 16, VI, do Regimento Interno do TCU, proponho a este Plenário proferir determinação de caráter normativo, dirigida à Controladoria Geral da União, para observância do entendimento acima consignado.

Com essas considerações, parablenizo a Conjur e a Serur pelos estudos realizados, cujos fundamentos integro às minhas razões de decidir, e manifesto-me por que seja adotada a deliberação que submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 24 de fevereiro de 2016.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Gostaria tão somente de parabenizar o eminente Ministro Walton Alencar pela excelência do Voto ora apresentado, diante de tema tão complexo e, ao mesmo tempo, de extrema relevância no que concerne à efetividade das sanções de 'declaração de inidoneidade' aplicadas por esta Corte de Contas.

2 O procedimento hoje adotado pela CGU, como bem ressaltou o Relator, tem resultado, em muitos casos, na mitigação injustificada e não pretendida das punições impostas pelo TCU. O procedimento adotado pela CGU atenua a efetividade das sentenças proferidas por este Tribunal e gera, o que é pior, sentimento de impunidade por parte das empresas que contratam com o poder público. Em vez de inibir, estimula a reincidência do infrator já condenado, obstando o alcance da finalidade preventiva geral da penalidade.

3. Não se pode olvidar que constitui premissa lógica do sistema sancionatório o cumprimento integral de todas as sanções. Isso porque, se alguém tem o dever legal de não praticar determinada conduta e, ainda assim, a pratica mais de uma vez, viola a norma repetidas vezes, devendo então suportar as consequências de cada transgressão.

4. A deliberação deste Colegiado, graças ao brilhante trabalho empreendido pelo Ministro Walton juntamente com sua assessoria, vem em ótima hora, justamente no momento em que a sociedade clama por comportamentos éticos e morais da parte de todos aqueles que lidam com recursos públicos, sejam servidores sejam empresas que participam de licitações com vistas à execução de objetos de interesse público.

5. Aqueles que fraudam certames licitatórios com o objetivo de obter vantagens para si ou para terceiros, atitude que não se coaduna com os valores da nossa sociedade, comportamento que não se harmoniza com princípios consagrados no nosso ordenamento jurídico, devem ter reprimenda proporcional à gravidade de todas as irregularidades que vierem a ser por eles perpetradas em desfavor da regra constitucional da licitação. Parabéns, Ministro Walton!

Ministro VITAL DO RÊGO
Redator

ACÓRDÃO Nº 348/2016 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 027.014/2012-6.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII (Administrativo)
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Tribunal de Contas da União.
4. Órgão: Tribunal de Contas da União.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex).
8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos relativos aos estudos acerca da declaração de inidoneidade decretada pelo TCU nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 16, V e VI, do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. acolher, em parte, as conclusões constantes dos pareceres oferecidos nestes autos pela Consultoria Jurídica e pela Secretaria de Recursos;

9.2. firmar entendimento, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, de que:

9.2.1. as sanções de declaração de inidoneidade impostas pelo TCU alcançam as licitações e contratações diretas, promovidas por estados e municípios, cujos objetos sejam custeados por recursos oriundos de transferências voluntárias da União;

9.2.2. a contagem do prazo de cumprimento das sanções de declaração de inidoneidade impostas pelo TCU inicia-se com o trânsito em julgado da condenação;

9.2.3. as sanções de declaração de inidoneidade impostas pelo TCU devem ser cumpridas, sucessivamente, em caso de mais de uma condenação para a mesma licitante;

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 art. 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.

9.2.5. sobrevindo condenação, após o encerramento da execução das punições anteriormente aplicadas à mesma licitante, a nova sanção de declaração de inidoneidade deve ser cumprida como punição originária, ainda que decorrente de fatos anteriores ou contemporâneos aos das sanções já cumpridas;

9.2.6. tão logo comunicada do trânsito em julgado de decisão do TCU que declare a inidoneidade de licitante, cumpra à Controladoria Geral da União - CGU adotar as providências para o efetivo cumprimento da sanção e, caso já exista outra sanção de declaração de inidoneidade aplicada com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992 em execução, aplicar os critérios estabelecidos nos parágrafos do art. 75 do Código Penal para estabelecer o tempo de cumprimento do conjunto de sanções;

9.3. determinar à Segecex o monitoramento do cumprimento desta deliberação pela CGU.

10. Ata nº 5/2016 – Plenário.

11. Data da Sessão: 24/2/2016 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0348-05/16-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício