



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

RODRIGO REIS

**ABRANGÊNCIA DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO
TEMPORÁRIA DE LICITAR E IMPEDIMENTO DE
CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO DA LEI N.
8.666/1993**

Salvador

2022

RODRIGO ANDRADE REIS

**ABRANGÊNCIA DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO
TEMPORÁRIA DE LICITAR E IMPEDIMENTO DE
CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO DA LEI N.
8.666/1993**

Artigo entregue como requisito parcial para conclusão da pós-graduação em Licitações e Contratos Administrativos do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito.

Salvador

2022

RESUMO

O presente artigo por objetivo discutir a abrangência da sanção administrativa de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar a Administração, prevista no artigo 87, inciso III, da Lei n. 8.666/93, a partir da análise do Recurso Especial n. 151.567/RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e utilizado pela Corte Superior como precedente paradigma para pacificação do seu entendimento sobre a matéria. Na sequência, investigarei os fundamentos que sustentam a interpretação extensiva aplicada, a partir da análise da posição firmada pelo Tribunal de Contas da União sobre a mesma matéria. Além disso, estudarei da relação existente entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, com vistas a avaliar a necessidade de utilização da dogmática e dos princípios que regem o direito penal na interpretação e aplicação do direito administrativo sancionador. Por fim, analisarei se a posição do Superior Tribunal de Justiça está correta do ponto de vista dogmático e quais as alternativas para eventual correção do entendimento, considerando as inovações trazidas pela Lei n. 14.133/2021.

PALAVRA-CHAVE: DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR; DIREITO PENAL; IMPEDIMENTO; INIDONEIDADE; LEI 8.666/93; LEI 14.133/2021.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. ANÁLISE DO PRECEDENTE PARADIGMA (RECURSO ESPECIAL N. 151.567/RJ JULGADO PELO STJ).....	6
3. ANÁLISE LEGAL E DOUTRINÁRIA SOBRE AS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI N. 8.666/93.....	8
4. DOS LIMITES AO PODER PUNITIVO ESTATAL: RELAÇÃO ENTRE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EDIREITO PENAL.....	13
5. SÍNTESE.....	20

1. INTRODUÇÃO

Para a consecução das políticas públicas, a Administração necessita adquirir bens e serviços oferecidos pelo setor privado. Via de regra, a contratação de bens e serviços pela administração pública deve ser realizada mediante licitação, que é um procedimento prévio de seleção, pautado em critérios isonômicos, impessoais e competitivos, por meio do qual a Administração irá selecionar a melhor alternativa para a celebração de um contrato¹.

Sucedem que nesta relação entre a Administração e os administrados podem ocorrer irregularidades ou ilícitos, que cobram a incidência de diversas esferas do direito, com vistas a solucionar o conflito e responsabilizar quem causou os danos ou violou os princípios que regem a administração pública.

Não raras vezes, a mesma conduta praticada dá ensejo à responsabilização civil, administrativa e criminal do sujeito, o que resulta numa punição desproporcional e excessiva, em especial quando se trata incidência, sobre um mesmo fato, do direito administrativo sancionador e do direito penal². Isso porque, diferentemente da esfera civil, o direito administrativo sancionador e o direito penal têm por escopo não apenas a reparação do dano causado pela conduta ilícita, mas, sobretudo, a sua repressão e punição. Tratam-se, pois, de ramos do direito punitivo estatal.

Em razão deste caráter eminentemente repressivo, o direito administrativo sancionador, tal como o direito penal, deve observar determinadas garantias constitucionais do indivíduo em face do poder punitivo estatal. A ciência do direito cobra coerência e logicidade, sob pena de que os atos praticados pelos seus operadores não sejam nada além de meros atos de poder. Luís Greco afirma que a ciência do direito “obriga o poderoso a prestar contas de suas decisões e o denuncia quando as razões indicadas por ele, na verdade, são uma racionalização insincera”³.

¹ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 12 ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021, p. 41.

² COSTA, Helena Regina Lobo da; e TRAUZYNSKI, Nicole. Direito penal e direito administrativo sancionador: o problema dos acordos envolvendo múltiplas esferas. In MARTINELLI, João Paulo; COSTA, Isac; e CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (coord.). O empresário no banco dos réus: a responsabilidade civil, administrativa e penal na atividade empresarial. 1. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 225.

³ GRECO, Luís. As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização: Eduardo Viana; Lucas Montenegro; Orlandino Gleizer. 1º ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 26.

Dito isso e considerando que a ciência jurídica se destina à resolução de problemas concretos, uma das formas mais eficientes de testar a coerência do sistema jurídico é a partir da análise de decisões judiciais e de casos concretos, vez que, ao fim e ao cabo, é tão somente para isso que as construções teóricas servem: resolução de problemas jurídicos concretos.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo a analisar a constitucionalidade do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a abrangência da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no artigo 87, inciso III, da Lei 8.666/93, à luz dos princípios limitadores do punitivo estatal e das disposições da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/21) em relação à mesma matéria.

Para tanto, entendi ser necessário fazer um breve resumo dos argumentos utilizados no julgamento do Recurso Especial n. 151.567/RJ, oportunidade em que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça definiu que a suspensão da participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração não se restringem a um órgão do poder público. Embora o referido julgado não tenha sido realizado pelo Plenário da Corte Superior ou em caráter vinculante, observa-se que ele foi utilizado como precedente em julgamentos posteriores proferidos pelo STJ.

Em razão dessa metodologia, a discussão teórica será realizada após o estudo do caso concreto, o qual servirá, ao final, para ilustrar e denunciar a violação aos princípios limitadores do poder punitivo estatal, previstos na Constituição Federal, mormente em virtude da redação dada à sanção de impedimento de licitar e contratar prevista na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

2. ANÁLISE DO PRECEDENTE PARADIGMA (RECURSO ESPECIAL N. 151.567/RJ JULGADO PELO STJ)

O caso apreciado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 151.567/RJ, cuja relatoria competiu ao Ministro Francisco Peçanha Martins, discutiu se uma empresa de comércio de móveis, que sofreu a sanção de suspensão temporária ao direito de licitar pela Fundação para

o Desenvolvimento da Educação – FDE, órgão fundacional do Estado de São Paulo, estaria impedida de participar de certames licitatórios e de firmar contratos administrativos com os demais entes ou entidades públicas da administração direta, indireta e fundacional do território nacional. O pleito específico da empresa recorrente destinava-se a participar de procedimento licitatório promovido pela Secretaria Municipal do Rio de Janeiro, instaurado para adquirir mobiliário escolar.

A empresa recorrente alegou que houve contrariedade ao artigo 6º, incisos XI e XII, e ao artigo 87, inciso III, ambos da Lei n. 8.666/93, vez que se ignorou a diferença legal trazida pela lei entre os conceitos “Administração Pública” e “Administração”, fazendo incidir penalidade maior do que a prevista na legislação.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que o pleito da empresa não deveria ser acolhido, por falta de amparo legal. Valendo-se da posição doutrinária de Marçal Justen Filho, a Corte Superior argumentou que a distinção entre os termos Administração Pública e Administração seria “irrelevante e juridicamente risível”, vez que não há como a Secretaria Municipal de Administração do Rio de Janeiro, enquanto órgão da Administração Pública, aceitar a participação de empresa suspensa temporariamente de participar em licitação.

Este precedente foi utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos posteriores, de modo que tal posição foi consolidada no âmbito do Tribunal Superior⁴.

Embora o Tribunal de Contas da União tenha inicialmente prolatado Acórdão filiando-se à posição do Superior Tribunal de Justiça⁵, posteriormente a Corte de Contas firmou o entendimento de que a suspensão temporária produz efeitos somente no âmbito do ente, entidade ou órgão que aplicou a penalidade⁶.

Portanto, antes da promulgação da Nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021), havia no ordenamento jurídico brasileiro duas posições consolidadas e contrapostas: de um lado, o STJ entendia pela interpretação extensiva da sanção de suspensão e impedimento de licitar; do outro, o TCU entendia como correta a interpretação restritiva da referida penalidade.

⁴ Cita-se, a título de exemplo, o REsp n. 174.274/SP, MS n. 19.657/DF, MS n. 24.553/DF e MS n. 32.628/SP.

⁵ Veja-se o Acórdão n. 2.218/2011 do Plenário do TCU.

⁶ Confira-se os Acórdãos ns. 902/2012, 342/2014 e 266/2019, todos do Plenário do TCU.

Agora, com a entrada em vigor da Nova Lei de Licitações, a discussão sobre os limites da sanção de impedimento de licitar renova-se, vez que o artigo 156, § 4º, da Lei 14.133/2021⁷ é claro ao restringir o âmbito de incidência da penalidade ao ente federativo que a tiver aplicado.

A Nova Lei de Licitações promoveu quatro avanços importantes em termos de Direito Penal Sancionador, vez que: a) detalhou as condutas que ensejam a aplicação de uma sanção; b) indicou as circunstâncias específicas que devem ser consideradas na dosimetria das penalidades; c) especificou o alcance das sanções de impedimento de licitar e contratar e da declaração de idoneidade; e d) vinculou as condutas ilícitas com as respectivas sanções a serem aplicadas⁸.

Para o objeto do presente artigo, interessa-nos a análise da terceira inovação trazida pela Lei n. 14.133/21.

3. ANÁLISE LEGAL E DOUTRINÁRIA SOBRE AS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.666/93

A Lei n. 8.666/93, que instituiu as normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, dispôs sobre as sanções administrativas aplicáveis às irregularidades e aos ilícitos praticados no procedimento licitatório e na execução contratual.

Embora o artigo 87 da Lei n. 8.666/93 tenha previsto que a inexecução total ou parcial do contrato poderá dar ensejo às sanções de: a) advertência; b) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; e d) declaração de inidoneidade para licitar ou

⁷ Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: I - advertência; II - multa; III - impedimento de licitar e contratar; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. § 4º A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Nova Lei de Licitações: punição ficou mais racional e previsível. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-administrativo-sancionador/nova-lei-de-licitacoes-punicao-ficou-mais-racional-previsivel-15012022>>. Acesso em: 11/09/2022.

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; não houve discriminação de quais condutas específicas poderiam ensejar cada uma das sanções previstas na legislação, tampouco indicou-se expressamente qual a abrangência das duas últimas espécies sancionatórias.

Especificamente em relação às sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade, previstas no artigo 87, incisos III e IV, da Lei n. 8.666/93, a doutrina e a jurisprudência passaram a discutir sobre a extensão dos efeitos destas penalidades, isto é, se elas valeriam somente em face do ente federativo que tiver aplicado a sanção ou se seus efeitos alcançariam a Administração Pública como um todo.

A doutrina nacional possui três correntes de pensamento sobre a extensão dos efeitos das sanções de suspensão temporária e impedimento e a de inidoneidade: a) restritiva para ambas as sanções; b) restritiva para a penalidade de suspensão e impedimento e extensiva para a de inidoneidade; e c) extensiva para as duas sanções.

Segundo parcela da doutrina, dentre os quais se pode destacar Marcos Juruena Villela Souto⁹, o efeito para ambas as penalidades deve ser restritivo, ou seja, limita-se ao ente ou entidade da Administração Pública responsável por aplicar a sanção. Justifica esta posição na autonomia das pessoas da federação e na ofensa ao princípio da competitividade, previsto no artigo 3º, § 1º, da Lei n. 8.666/93¹⁰.

Uma outra corrente doutrinária sustenta que o efeito sancionatório da suspensão temporária e impedimento de contratar é restrito ao ente que aplicou a sanção, mas é

⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e contratos administrativos, Rio de Janeiro Esplanada, 2001, p. 295/296.

¹⁰ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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. § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

extensivo para a declaração de inidoneidade, isto é, abrange toda a Administração Pública.

Invoca-se como fundamento o fato de que no artigo 87, inciso III, a Lei n. 8.666/93 utiliza o termo “Administração”, o qual, por sua vez, é definido pelo artigo 6º, inciso XII, do referido diploma como sendo “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”¹¹; ao passo que no artigo 87, inciso IV, faz referência à “Administração Pública”, conceituada no art. 6º, inciso XI, como sendo “a administração direta e indireta da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob o controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”¹².

Como visto, esse posicionamento foi pacificado pelo Tribunal de Contas da União, órgão ao qual compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial dos demais órgãos e entidades públicas do país, especialmente no que concerne à observância da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme previsto no artigo 37 da Constituição Federal. Em outras palavras, é o Tribunal de Contas da União o órgão mais adequado para proceder à correta interpretação e aplicação das sanções previstas no artigo 87 da Lei de Licitações.

Conforme entendimento pacífico do Tribunal de Contas da União, a suspensão temporária e impedimento para contratar devem ter seus efeitos adstritos ao ente, entidade ou órgão que aplicou a sanção:

O edital da licitação, ao estabelecer vedações à participação no certame, deve ser suficientemente claro no sentido de que a penalidade de suspensão para licitar e contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93, tem abrangência restrita ao órgão ou entidade que aplicou a sanção¹³.

No mesmo sentido, a Advocacia-Geral da União elaborou o Parecer n. 02/2013/GT/Portaria n. 11, de 10 de agosto de 2012, aprovado pelo Consultor-Jurídico

¹¹ Art. 6º, XII, da Lei n. 8.666/93.

¹² Art. 6º, XI, da Lei n. 8.666/93.

¹³ Acórdão n.º 2.556/2013 – TCU – Plenário – Rel. Min. Augusto Sherman, 18/09/2013

da União, por meio do qual uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a abrangência da penalidade prevista no artigo 87, inciso III, da Lei n. 8.666/93, resolvendo a controvérsia existente sobre a sua extensão no âmbito federal. Nesse parecer, a AGU reafirmou a distinção de abrangência entre as sanções de suspensão temporária e impedimento e a de declaração de inidoneidade, valendo-se do seguinte argumento:

Realmente, o legislador, quando trata da sanção suspensão de licitar e contratar, remete seus efeitos à “Administração”; já quando discorre sobre a sanção declaração de inidoneidade, impõe seus efeitos em relação à “Administração Pública”. Tais conceitos, corriqueiramente usados como sinônimos, foram definidos de forma diversa pela Lei nº 8.666/93. (...)

Não se trata de uma escolha livre, por parte do aplicador do direito, de acordo com suas convicções morais ou com sua percepção do que será melhor para o Poder Público, mas da escorreita interpretação sobre os ditames legais e constitucionais estabelecidos pelas instâncias legitimamente competentes, já que a limitação constitucional ao estabelecimento de restrições aos direitos das pessoas (físicas ou jurídicas), pelo Poder Público, é um direito fundamental que se impõe à atividade administrativa¹⁴.

Como se vê, a Advocacia-Geral da União procede a uma interpretação restritiva da norma sancionadora, valendo-se dos limites impostos pelo princípio da legalidade. De fato, em se tratando de direito punitivo estatal, o direito administrativo sancionador deve ser regido pelos mesmos princípios limitadores do direito penal, haja vista que o que se está em discussão são as garantias individuais dos cidadãos.

A terceira corrente defende que o efeito das sanções de suspensão e impedimento e de declaração de inidoneidade deve ser extensivo. Filia-se a esta posição José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual não há diferença entre Administração e Administração Pública, de modo que os conceitos previstos no artigo 6º, incisos XI e XII, da Lei n. 8.666/93 decorreriam de uma “péssima e atécnica

¹⁴ Parecer nº 02/2013/GT/Portaria nº 11, de 10 de agosto de 2012, aprovado pelo Despacho nº 296/2013, do Consultor-Geral da União.

definição de Administração Pública”¹⁵, porquanto “nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública”¹⁶. Além disso, sustenta o referido autor que:

“se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art. 87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeita-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é una, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura”¹⁷.

A partir da análise do julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça pode-se observar que a Corte Superior afasta expressamente a diferenciação entre os termos “Administração” e “Administração Pública” feita pela Lei de Licitações e adota uma interpretação extensiva sobre a abrangência da sanção de suspensão temporária e impedimento para licitar, a pretexto de tutelar o interesse público do Estado.

Todavia, conforme muito bem registrado no parecer da Advocacia-Geral da União, não se trata de uma escolha livre por parte do aplicador do direito, vez que a atuação da Administração Pública está limitada à estrita observância da legalidade.

A postura paternalista adotada pelo Superior Tribunal de Justiça pode até mesmo ensejar, no caso concreto, maior prejuízo para a Administração, porquanto o óbice criado à participação de uma empresa sancionada com suspensão temporária por outra entidade ou órgão diminuirá a competitividade e poderá fazer com que o ente licitante tenha que optar por proposta menos vantajosa do ponto de vista econômico.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 230.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

Tal hipótese não se trata de mera possibilidade, mas de situação concreta analisada pelo Tribunal de Contas da União no julgamento Plenário do Acórdão 902/2012. No caso, o Ministro Relator, José Jorge, afirmou que deve se levar em conta o princípio da economicidade, vez que a contratação das empresas que se qualificaram em segundo lugar nas Concorrências Públicas representariam um incremento considerável no valor dos contratos, a ser assumido pelos cofres da autarquia federal.

Daí pode-se concluir que a pretensa defesa do interesse público, utilizada como argumento pelo Superior Tribunal de Justiça para conferir interpretação extensiva a norma de cunho punitivo, pode não se verificar na prática, de modo que a adoção do entendimento da Corte Superior enseja, ao revés, não apenas uma restrição indevida dos direitos das pessoas (físicas e jurídicas), mas também um prejuízo ao interesse público que se ansiava garantir.

Justo por isso, a interpretação e aplicação do direito punitivo, no qual está incluído o direito administrativo sancionador, deve respeitar limites e critérios racionais, para que não resulte na violação das garantias individuais previstas na Constituição Federal.

4. DOS LIMITES AO PODER PUNITIVO ESTATAL: RELAÇÃO ENTRE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DIREITO PENAL.

Há duas décadas a doutrina penal tem identificado uma excessiva aproximação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, fenômeno este denominado de administrativização do direito penal. A sobreposição de intervenções punitivas advindas de diferentes instâncias – sobretudo das esferas administrativa e penal – tem despertado discussões sobre os limites da múltipla imputação e da quantificação final das sanções¹⁸.

¹⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da; e TRAUZYNSKI, Nicole. Direito penal e direito administrativo sancionador: o problema dos acordos envolvendo múltiplas esferas. In MARTINELLI, João Paulo; COSTA, Isac; e CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (coord.). O empresário no banco dos réus: a responsabilidade civil, administrativa e penal na atividade empresarial. 1. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 227.

Segundo Helena Regina Lobo da Costa, “estes problemas têm sido afastados com o uso da suposta ‘independência das instâncias’, ao invés de prover-se uma análise acurada e crítica que possa levar a soluções consentâneas com as garantias constitucionais”¹⁹.

A pretensa independência entre as instâncias, especialmente as de caráter punitivo, jamais foi adequadamente abordada em nosso ordenamento, tanto pela legislação como pela jurisprudência. Em geral, nos países que influenciaram a formação jurídica do ordenamento brasileiro e nas Cortes Internacionais, entende-se que as esferas penal e administrativa não podem incidir duas vezes sobre um mesmo fato e em relação à mesma pessoa²⁰.

Há, nas palavras de João Paulo Martinelli, uma sobrecarga punitiva das esferas de atuação do Estado, especialmente quando se está diante de fatos envolvendo a responsabilidade penal e a responsabilidade administrativa²¹. Assim, em relação a fatos que envolvam sanções administrativas e crimes licitatórios, o referido autor defende que o mais correto seria a impossibilidade de iniciar o inquérito ou a ação penal sem o devido respaldo dos órgãos administrativos dotados de corpo técnico especializado, a exemplo dos Tribunais de Contas²².

Parcela da doutrina brasileira, contudo, insiste na tese de que não há vínculo entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, sob o argumento de que:

“esses sistemas sancionatórios não guardam similitude de lógica operativa e, embora os ordenamentos sancionatórios possam constituir manifestações de *ius puniendi*, seus perfis singulares exigem um esforço para caracterizar o campo em que eles podem ser utilizados”²³.

¹⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da; e TRAUZYNSKI, Nicole. Direito penal e direito administrativo sancionador: o problema dos acordos envolvendo múltiplas esferas. In MARTINELLI, João Paulo; COSTA, Isac; e CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (coord.). O empresário no banco dos réus: a responsabilidade civil, administrativa e penal na atividade empresarial. 1. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 226.

²⁰ Idem.

²¹ MARTINELLI, João Paulo. Capítulo 4: crimes de lei de licitações. In SOUZA, Luciano Anderson de; e ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coord.). Direito Penal econômico, vol. 2: leis penais especiais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 152.

²² Ibidem, p. 156.

²³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 90.

No mesmo sentido, Luís Mauro Lindenmeer Eche defende que o direito administrativo sancionador é uma disciplina própria, com predicados particulares e inseridos no âmbito do direito administrativo. Assim, seria incongruente defender a tese de uma transposição do arcabouço principiológico do direito penal para o direito administrativo sancionador, vez que isso representaria uma subversão dos valores e princípios próprios desse ramo do Direito²⁴.

Tal interpretação compartimentalizada dos ramos do direito têm obstado a criação e a implementação de soluções mais racionais e sistemáticas para os problemas envolvendo essa sobreposição de intervenções punitivas, em especial quando se trata das questões envolvendo acordos administrativos e penais relacionados a um mesmo fato²⁵.

Ademais, não se trata de mera transposição dos princípios penais para utilização no direito administrativo sancionador. A administração pública também está sujeita aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, cuja aplicação, quando se tratar da incidência de direito punitivo, serve de garantia dos indivíduos em face do arbítrio estatal. Nessas hipóteses, o interesse público não deve prevalecer sobre as garantias individuais previstas na Constituição Federal.

Sob o ponto de vista exclusivamente do direito administrativo, o princípio da legalidade significa a subordinação completa dos agentes públicos à lei. Enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo que a lei não veda, o administrador público somente pode atuar onde a lei autoriza. José dos Santos Carvalho Filho explica que:

É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos do indivíduo. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria

²⁴ ECHE, Luís Mauro Lindenmeer. O Direito Administrativo Sancionador e a falta de simetria com o Direito Penal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal>>. Acesso em 11/09/2022.

²⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da; e TRAUZYNSKI, Nicole. Direito penal e direito administrativo sancionador: o problema dos acordos envolvendo múltiplas esferas. In MARTINELLI, João Paulo; COSTA, Isac; e CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (coord.). O empresário no banco dos réus: a responsabilidade civil, administrativa e penal na atividade empresarial. 1. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 226

garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei²⁶.

Daí se conclui que a vinculação dos agentes públicos ao estrito cumprimento da lei tem o objetivo de proteger os cidadãos contra o arbítrio estatal. Tratando-se de direito administrativo sancionador, do mesmo modo, o princípio da legalidade deve ser interpretado como uma garantia constitucional dos indivíduos em face do *ius puniendi* estatal.

Segundo Eli Loria e Daniel Kalansky, a proximidade entre o direito administrativo sancionador e direito penal é relevante, vez que se tratam de duas manifestações do poder de punir do Estado, isto é, embora possuam algumas diferenças, continuam sendo espécies do direito punitivo²⁷. Nesse sentido, os referidos autores concluem que “o ilícito administrativo é significativamente mais próximo do ilícito penal, em que o autor é colocado em oposição à sociedade, do que do ilícito civil, em que o autor é colocado em oposição à vítima do sano”²⁸.

O ilícito administrativo, como o ilícito penal, possui em comum a matriz constitucional e, enquanto vertente da punição estatal, vincula-se às garantias previstas na Constituição. Nesse sentido, explica Luciano Anderson de Souza que:

“diante de determinado interesse social, a opção pela tutela administrativa, de modo primeiro ou exclusivo, é sempre possível, desde que respeitados os ditames desse ramo. Caso, no entanto, o interesse detenha dignidade penal, vale dizer, na hipótese de se consubstanciar em um bem jurídico de natureza penal, o legislador há de considerar sobre ele, abstratamente, a incidência dos princípios constitucionais penais²⁹.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 20.

²⁷ LORIA, Eli; e KALANSKY, Daniel. Flertando com a responsabilidade objetiva: a responsabilidade dos administradores por irregularidades contábeis *In* MARTINELLI, João Paulo; COSTA, Isac; e CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (coord.). O empresário no banco dos réus: a responsabilidade civil, administrativa e penal na atividade empresarial. 1. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 269.

²⁸ *Ibidem*, p. 270

²⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes contra a administração pública. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 130.

Filio-me, pois, à posição defendida por Luciano Anderson de Souza, no sentido de que o *ius puniendi* é uno, apenas se manifestando de modos diferenciados. Tal postura tem como consectário lógico a ideia de que, embora a escolha do meio de tutela para determinado interesse seja feita por razões político-legislativas, as bases fundamentais que guiam a aplicação do direito punitivo devem perpassar, necessariamente, pela dogmática penal, construída sob o ideal de contenção do poder punitivo estatal³⁰.

Feitas essas considerações, pode-se identificar como garantias constitucionais que limitam o poder punitivo estatal e que também possuem incidência no direito administrativo sancionador os princípios da legalidade, proporcionalidade e culpabilidade.

Em razão do escopo definido e limitado deste artigo, centrar-me-ei na análise da incidência do princípio da legalidade penal em matéria de direito administrativo sancionador.

Como consequência desse poder punitivo estatal, o direito administrativo sancionador deve observar o princípio da legalidade. E isso não somente na execução das atividades da Administração Pública em geral, a teor do disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal³¹, mas sobretudo no que diz respeito à imposição de sanções administrativas, em razão do princípio da legalidade penal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal³²

Pelo caráter dos bens que visam proteger e pela intensidade dos instrumentos que costumam empregar, o direito penal e o direito administrativo sancionador estão muito associados às garantias fundamentais das pessoas que são por eles implicadas. Desse modo, o respeito ao princípio da legalidade que se cobra em sede de direito administrativo sancionador abarca também os seus subprincípios ou corolários.

Winfried Hassemer explica que do brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege* pode-se extrair quatro diretrizes para o legislador e o juiz: a) que as leis sejam

³⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes contra a administração pública. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 129.

³¹ Art. 5º, II, da CF/88: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

³² Art. 5º, XXXIX, da CF/88 - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

formuladas com a maior precisão possível; b) que as punições somente possam ocorrer a partir de leis prévias, com vedação à retroatividade de leis malélicas ao imputado; c) que as condenações se baseiem exclusivamente em lei escrita; d) que na aplicação da lei não se proceda a analogias, salvo para beneficiar o imputado³³.

Nesse sentido, Juarez Cirino explica que a proteção do cidadão contra o arbítrio estatal exclui leis indefinidas ou obscuras, vez que essas favorecem a aplicação de sanções violadoras dos princípios da legalidade e culpabilidade³⁴. O princípio da legalidade tem por objetivo que a jurisdição esteja sujeita estritamente à lei, que o processo de aplicação jurídica seja mais transparente e justificável e que, por conseguinte, seja assegurado maior grau de previsibilidade sobre o que está disposto nas leis e a possibilidade de fiscalizar as decisões judiciais³⁵.

As sanções administrativas, embora não tratem de crime propriamente dito, também estão sujeitas à observância do princípio da legalidade. Trata-se de medida que visa garantir a previsibilidade da sanção e, conseqüentemente, a segurança jurídica para o administrado, que não será surpreendido com a imposição de uma penalidade de forma não prevista na legislação³⁶.

Assim, no que diz respeito à análise da interpretação jurisprudencial sobre a abrangência da sanção administrativa de suspensão temporária e impedimento para licitar, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao ampliar a interpretação do disposto no artigo 87, inciso III, da Lei de Licitações, violou o princípio da legalidade. E isso não apenas porque deu interpretação extensiva à norma de caráter punitivo, mas também porque ignorou a norma explicativa do artigo 6º da Lei de Licitações, que diferenciava claramente os termos “Administração” e “Administração Pública”.

A crítica da doutrina administrativista sobre a “péssima e atécnica” diferenciação do legislador entre “Administração” e “Administração Pública” não é motivo suficiente

³³ HASSEMER, Winfried. ¿Palabras justas para un derecho justo? (sobre la interdicción de la analogía en el derecho penal). *Persona y Derecho*, 35 (1996), p. 143-169.

³⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 7. Ed. rev. atual. ampl. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017, p. 25.

³⁵ HASSEMER, Winfried. ¿Palabras justas para un derecho justo? (sobre la interdicción de la analogía en el derecho penal). *Persona y Derecho*, 35 (1996), p. 143-169.

³⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 7. Ed. rev. atual. ampl. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017, p. 151.

³⁶ LORIA, Eli; e KALANSKY, Daniel. Flertando com a responsabilidade objetiva: a responsabilidade dos administradores por irregularidades contábeis *In* MARTINELLI, João Paulo; COSTA, Isac; e CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (coord.). *O empresário no banco dos réus: a responsabilidade civil, administrativa e penal na atividade empresarial*. 1. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 270.

para afastar a distinção literal promovida pela lei, cujo objetivo evidente era limitar a sanção administrativa de suspensão temporária e impedimento para licitar ao ente ou entidade aplicadora da penalidade; e ampliar a abrangência da declaração de inidoneidade para toda a Administração Pública.

Tanto é assim que o legislador da Nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos manteve a distinção entre a abrangência da sanção de impedimento e a declaração de inidoneidade, deixando evidente o equívoco da interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça e o acerto da posição firmada pelo Tribunal de Contas da União sobre o mesmo assunto.

As regras de interpretação construídas pela teoria da norma jurídica indicam que a posição firmada pelo Tribunal de Contas da União foi mais acertada do que a do Superior Tribunal de Justiça.

No que tange à interpretação gramatical e sistemática, tem-se que a norma sancionadora do artigo 87, inciso III, da Lei n. 8.666/93 prevê expressamente que a suspensão temporária e o impedimento seria em face da Administração, termo esse conceituado pelo artigo 6º, inciso XII, do mesmo diploma como sendo “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.

Não bastasse esta clareza, a interpretação da sanção administrativa de suspensão temporária poderia ainda ser feita por contraste a partir da leitura do artigo 87, inciso IV, da Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, expressão essa, por sua vez, conceituada no art. 6º, inciso XI, da Lei de Licitações como sendo “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Como se sabe, é princípio basilar da hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras inúteis: *verba cum effectu sunt accipienda*. A opção do legislador em utilizar expressões diferentes para hipóteses sancionatórias distintas demonstra que ele escolheu dar tratamento dispare para cada uma das penalidades. A subversão da interpretação gramatical e semântica expressa na lei termina viola o princípio da legalidade e as garantias individuais, porquanto, consoante alerta Winfried

Hassemer, “onde acabam as palavras, começa a violência; e a violência só pode ser detida enquanto atuam as palavras”³⁷.

Com a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021), a intenção do legislador em conferir tratamento e abrangência diversos às duas modalidades sancionatórias ficou ainda mais evidente.

Isso porque o artigo 156, § 4º, da Lei n. 14.133/2021 passou a prever expressamente que a sanção administrativa de impedimento de licitar e contratar está adstrita ao “âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção”.

Diante desse contexto e considerando que a Lei n. 8.666/93 poderá continuar a reger os procedimentos licitatórios e contratos administrativos até dois anos após a publicação oficial da Lei n. 14.133/2021, ocorrida em 01 de abril de 2021; bem como que há diversos processos judiciais em curso discutindo os limites de abrangência da sanção de suspensão temporária e impedimento, na forma prevista na Lei de Licitações anterior, faz-se imperioso que o Supremo Tribunal Federal julgue essa matéria para exercer o controle de constitucionalidade, com o fim de aplicar o princípio da legalidade penal também ao direito administrativo sancionador, de maneira a restringir a interpretação extensiva dada pelo Superior Tribunal de Justiça.

5. SÍNTESE

Após a análise dos fundamentos que levaram à definição de precedente pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a sanção administrativa de suspensão temporária para licitar e impedimento para contratar deve abranger todos os entes e entidades da Administração Pública, bem como o estudo das posições do Tribunal de Contas da União e da Advocacia-Geral da União, além da relação existente entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, conclui-se o seguinte: (i) o fundamento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para ampliar a abrangência da sanção administrativa de suspensão temporária e impedimento não encontra suporte na Lei n. 8.666/93; (ii) a partir da análise dos Acórdãos do Tribunal de Contas da União

³⁷ HASSEMER, Winfried. ¿Palabras justas para un derecho justo? (sobre la interdicción de la analogía en el derecho penal). *Persona y Derecho*, 35 (1996), p. 143.

observou-se que a pretensa defesa do interesse público, suscitada pelo Superior Tribunal de Justiça para adoção do posicionamento acima descrito, não se constata na prática, vez que, em muitos casos, o princípio da economicidade e da ampla competitividade recomendam ser mais vantajosa a participação da licitante que sofreu penalidade de impedimento por ente ou entidade diversa; (iii) o caráter punitivo do direito administrativo sancionador cobra a utilização das garantias inerentes ao direito penal, com vistas a assegurar os direitos individuais das pessoas físicas e jurídicas em face do arbítrio do estado; (iv) o princípio da legalidade penal impõe a realização de uma interpretação restritiva das normas sancionadoras, obstando a utilização de analogias ou interpretação extensiva; (v) a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos tornou ainda mais clara a distinção entre os institutos do impedimento e da declaração de inidoneidade, inclusive no que diz respeito à abrangência de suas penalidades, evidenciando que a posição adotada pelo Tribunal de Contas da União sobre os referidos institutos é acertada, ao passo que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é equivocado; (vi) Cabe ao Supremo Tribunal Federal proceder ao controle de constitucionalidade da interpretação extensiva dada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a norma sancionadora, a fim de fazer valer o princípio da legalidade penal, aplicando de forma restritiva e adequada o entendimento sobre a abrangência da sanção administrativa de suspensão temporária e impedimento.

REFERÊNCIAS:

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Nova Lei de Licitações: punição ficou mais racional e previsível. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/direito-administrativo-sancionador/nova-lei-de-licitacoes-punicao-ficou-mais-racional-previsivel-15012022>>. Acesso em: 11/09/2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: parte geral. 7. Ed. rev. atual. ampl. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

COSTA, Helena Regina Lobo da; e TRAUZYNSKI, Nicole. Direito penal e direito administrativo sancionador: o problema dos acordos envolvendo múltiplas esferas. In MARTINELLI, João Paulo; COSTA, Isac; e CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (coord.). O empresário no banco dos réus: a responsabilidade civil, administrativa e penal na atividade empresarial. 1. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 225-245.

ECHE, Luís Mauro Lindenmeer. O Direito Administrativo Sancionador e a falta de simetria com o Direito Penal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal>>. Acesso em 11/09/2022.

GRECO, Luís. As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização: Eduardo Viana; Lucas Montenegro; Orlandino Gleizer. 1º ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HASSEMER, Winfried. ¿Palabras justas para un derecho justo? (sobre la interdicción de la analogía en el derecho penal). *Persona y Derecho*, 35 (1996), p. 143-169.

LORIA, Eli; e KALANSKY, Daniel. Flertando com a responsabilidade objetiva: a responsabilidade dos administradores por irregularidades contábeis *In* MARTINELLI, João Paulo; COSTA, Isac; e CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (coord.). O empresário no banco dos réus: a responsabilidade civil, administrativa e penal na atividade empresarial. 1. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 265-284.

MARTINELLI, João Paulo. Capítulo 4: crimes de lei de licitações. *In* SOUZA, Luciano Anderson de; e ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coord.). Direito Penal econômico, vol. 2: leis penais especiais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 143-191.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e contratos administrativos, Rio de Janeiro Esplanada, 2001.

SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes contra a administração pública. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 12 ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021.