

PARECER

SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR - ABRANGÊNCIA DA PENALIDADE

Ivan Barbosa Rigolin
Advogado

I – Recente consulta nos foi formulada, contendo pedido de sintético e conclusivo parecer, com o seguinte teor:

“A Indústria X e a Empresa Y são de propriedade dos mesmos sócios. A Indústria X fornece há muitos anos material para o Município de São Paulo, porém em 1º de novembro de 1997 foi suspensa de participar de licitações promovidas pelo Município de Diadema, pelo período de dois anos, com base no artigo 88, incisos II e III, cc. art. 87, III, da Lei de Licitações. A segunda entidade, a Empresa Y, que contra ela não tem penalidade alguma aplicada, entretanto, não possui a qualificação técnica necessária para participar da licitação promovida pelo Município de São Paulo, destinada ao fornecimento do mesmo material que a Indústria X fornece. Em razão desses fatos, optaram os sócios-proprietários das duas empresas por promover a incorporação da Indústria X, suspensa em Diadema, pela Empresa Y, e assim fizeram, de modo que a nova Empresa Y atualmente é a resultante daquela incorporação.

Diante desses fatos indaga-se:

– pode ser utilizado, pela atual Empresa Y, para instruir os documentos necessários à habilitação no processo licitatório instaurado pelo Município de São Paulo, o atestado de capacidade técnica da antiga Indústria X, hoje incorporada e que enquanto não estava incorporada estava suspensa de licitar com Diadema?

II – Face à narrativa dos fatos, confirmada pela leitura da documentação anexada à consulta, é desde já possível e recomendável responder ao único quesito formulado pelo ilustre consulente, em nome da atual Empresa Y: *sim, inquestionavelmente.*

Duas são as razões pelas quais se responde tão rápida e decididamente:

1ª) a penalidade de suspensão, na lei de licitações, uma vez aplicada a algum licitante, pessoa física ou jurídica, restringe seus efeitos ao âmbito exclusivo daquela entidade que a aplicou, jamais podendo alguém pretender que aqueles efeitos possam ser estendidos para além dos limites daquela entidade, e

2ª) a lei de licitações não permite concluir que a fusão de uma empresa tecnicamente habilitada, porém suspensa de licitar por determinado tempo, se incorporada por outra que não tenha a mesma habilitação técnica porém por outro lado não esteja impedida de licitar, “contamine” a empresa que a incorporou com a suspensão.

Expliquemos cada qual delas.

III – A primeira razão por que não se pode conceber *ampliar* os efeitos da penalidade de suspensão para além e para fora do âmbito da entidade pública que a aplicou fundamenta-se na regra jurídica, tradicionalíssima sobretudo no direito penal, segundo a qual normas que restringem direitos, ou normas que impõem penalidades, ou ainda normas que criem obrigações a alguém, *apenas podem ser lidas literalmente, restritivamente, e assim aplicadas*.

Tais normas jamais podem ser objeto de interpretações ampliativas, extensivas, teleológicas, sistemáticas, analógicas, históricas, ou de que de qualquer outro modo desbordem seus efeitos para além do estrito campo próprio e exclusivo que abarcaram.

Sim, porque ninguém pode ser apenado ou punido porque o ato que praticou “por analogia parece com aquele previsto na lei como punível”, ou porque o ato praticado “pelo espírito da lei deve ser punido”, ou ainda porque “historicamente a legislação tem cominado punição para atos semelhantes ao que foi praticado”.

Ninguém pode sofrer pena porque praticou um ato que “pela sistemática da legislação merece ser punido”.

Não, jamais. Com todo efeito, se a regra legal penal prevê punição de determinado tamanho, com efeito determinado x e não y , para este fim certo e não para outros fins não previstos, então o tamanho legal da pena precisa ser respeitado e observado com rigor, e o seu efeito será apenas x e não y , e o fim da pena deve ser apenas aquele certo e não outros não previstos na mesma norma.

IV – Este tradicionalíssimo princípio de aplicação das leis não pode em hipótese alguma ceder passo a interpretações que nada tenham de jurídico, como a de estender os efeitos penais para além do escopo exclusivo que foi delimitado na lei.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, que é a lei nacional das licitações e dos contratos administrativos, estabelece a respeito do tema que aqui se discute:

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

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 (...)”(Grifamos).

Mas a lei nacional das licitações também já previra, antes, que

“Art. 6º – Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...)

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

XI – Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e age concretamente”.

Ainda que à primeira vista pareça esdrúxula a definição de “Administração” que consta da lei nacional de licitações – dando a idéia de que apenas uma unidade atua e opera concretamente, enquanto que as demais unidades administrativas do órgão ou da entidade pública divertem-se assistindo televisão ou jogando “batalha naval” –, de qualquer modo se observa que a lei distinguiu com a máxima clareza que a suspensão é aplicada pela Administração, que na definição da mesma lei é apenas o órgão, a entidade ou a unidade administrativa respectiva, e não pela “Administração Pública”, que significa o conjunto de todos os órgãos e as entidades públicas brasileiras.

Se por algum motivo a lei assim definiu, e assim delimitou o âmbito e o efeito da suspensão, e se a mesma lei ampliou o efeito da pena de declaração de inidoneidade, então simplesmente precisa ser observada, e o sentido da diferenciação legal, ainda que em um primeiro momento obscuro ou pouco explícito, uma vez detectado no teor do restante da lei, precisa ser observado.

V – Compreendem-se os motivos e os efeitos da lei, neste caso: a suspensão é menos grave que a declaração de inidoneidade, e por isso pôde ficar adstrita ao âmbito exclusivo da entidade que a aplicou. Diversamente, sendo a declaração de inidoneidade a pena administrativa mais grave que a lei prevê, natural que os seus efeitos se espriem por todas as entidades públicas, refugindo da circunscrição exclusiva daquela que a aplicou em virtude de sua intrínseca gravidade.

A lei das licitações não constitui nenhum prodígio em técnica, como insistentemente se vem propalando, porém em caso semelhante, em que cuida de penalizar e de punir alguém, então entram em baila os princípios de direito penal que jamais podem ser afas-

tados simplesmente porque a lei aqui e ali não é tecnicamente perfeita; deste modo, a delimitação dos âmbitos das penas que cria e descreve não pode, sob o pretexto que for, ser ignorada ou descumprida, para desfavorecer alguém.

Se a lei quis que a suspensão fosse apenas cabida *dentro da entidade que a aplicou*, então assim seja aplicada, e que seus efeitos não extrapolem o escopo restrito que a lei delimitou.

Fosse para serem iguais os efeitos das duas penalidades, então a lei não diferenciaria tão escancaradamente a suspensão - pela *Administração* - da declaração de inidoneidade - pela *Administração Pública*.

VI – O e. TCU - Tribunal de Contas da União já deliberou, nesse exato sentido, que é ilegal estender os efeitos da suspensão para além do âmbito da entidade que a aplicou, nestes termos:

**“Suspensão Temporária de Participação
em Licitação - Sanção Adstrita ao Órgão que
a Aplicou - Considerações**

Tribunal de Contas da União

DOU de 22.6.98

É ilegal a cláusula editalícia que veda a participação em licitação de empresas apenas com base no inc. III do art. 87 da Lei 8.666/93 por outro órgão diverso daquele que está promovendo o certame, considerando-se que pela interpretação do dispositivo mencionado, aquela sanção deverá ficar adstrita tão-somente ao órgão que a aplicou.

TC – 017.801/95-8 – *Representação (...)*

De imediato observa-se que o legislador faz distinção entre *Administração* e *Administração Pública* quando se refere à abrangência das respectivas sanções. Desta forma, segundo os referidos dispositivos, o impedimento temporário de participar de procedimentos licitatórios está adstrito à *Administração*, assim entendida, pela definição constante do inc. XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”. Por outro lado, a declaração de inidoneidade, por ser de natureza mais gra-

ve, estende-se a toda a *Administração Pública*, definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 6º, inc. XI). Caso desejasse que a punição de suspensão temporária do direito de licitar fosse estendida a toda a *Administração Pública*, certamente o legislador teria expressamente a ela se referido no texto legal. Como não o fez, e tratando-se de matéria de natureza penal (em sentido amplo), deve-se interpretar o comando normativo de forma restritiva. Desse modo, *Administração*, conforme definido no art. 6º, inc. XII, da Lei nº 8.666/93, deve ser entendida como sendo apenas o órgão ou entidade contratante que aplicou a penalidade, sob pena de, em se ampliando esse conceito, criar-se hipótese não prevista na lei. (...)

Data maxima venia, na falta de “regramento” mais detalhado para o dispositivo legal, deveria o intérprete restringir e não ampliar o seu espectro, pois como já dito trata-se de norma que restringe direitos dos potenciais licitantes. (...)

Decisão nº 352/98 - Plenário

1. Processo nº TC-017.801/95-8
2. Classe de Assunto: VII - Representação
3. Interessada: Eleservice do Brasil Componentes Eletrônicos Ltda.
4. Órgão: Superior Tribunal de Justiça - STJ
5. Relator: Ministro Bento José Bugarin
6. Representante do Ministério Público: Procuradora Maria Alzira Ferreira
7. Unidade Técnica: 3ª SECEX
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, *decide*:
 - 8.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
 - 8.2. *determinar ao Superior Tribunal de Justiça que, em observância ao princípio da lega-*

lidade, não mais inclua nos seus editais de licitação cláusula impeditiva de participação, no respectivo certame, de interessados eventualmente apenados por outro órgão ou entidade da Administração Pública (art. 6º, inc. XI, da Lei nº 8.666/93), com a sanção prevista no art. 87, inc. III, desse diploma legal, ou ainda que tenham tido seus contratos, firmados com os mencionados órgãos e entidades, rescindidos com fulcro nos incs. I a IV do art. 78 da referida lei.” (in BLC - Boletim de Licitações e Contratos, ed. NDJ, SP, 1.998, p. 445/9/51, com grifo nosso no último parágrafo)

Observe-se pelo último parágrafo transcrito, por nós destacado, que o e. TCU simplesmente *determinou ao e. Superior Tribunal de Justiça que não mais preveja em seus editais a restrição a empresas punidas com suspensão em outros órgãos públicos de participar de licitações no STJ!*

Não se trata portanto de decisão ou de matéria corriqueira ou de rotina, pois que a mais alta corte de contas do país está ditando conduta ao maior tribunal judiciário do país, exceto o Supremo Tribunal Federal!

Tudo exatamente como se vem de afirmar ao início.

VII – Mas não foi apenas o e. TCU a se pronunciar sobre o exato ponto que aqui se ventila.

Também o atual Conselheiro Presidente do e. TCE-SP, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Antônio Roque Citadini, em sua festejada obra sobre licitações, assim também, exatamente, se pronunciou:

“A suspensão temporária de participar em licitação ou de contratar com a Administração, é sanção de natureza mais grave que as anteriores, e visa punir o contratado que tenha falhado, parcial ou totalmente, na execução do pactuado, resultando no seu impedimento de participar em futuras licitações. Esta suspensão não poderá ser superior a 2 (dois) anos, ficando restrita ao órgão que impôs a sanção. Poderá ser imposta conjuntamente com outras punições, como a de multa, por exemplo.

A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública é a mais grave que pode ser imposta, com amplitude a todos os órgãos da Administração, não ficando, como no caso da sus-

pensão temporária, restrita ao órgão onde ocorreu a irregularidade.” (Citadini, Antônio Roque, *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*, ed. Max Limonad, SP, 1.996, p. 386/7, com grifos originais)

VIII – A melhor doutrina não diverge de tal correta orientação. São de Hely Lopes Meirelles as seguintes palavras:

“A inidoneidade só opera efeitos em relação à Administração que a declara, pois que, sendo uma restrição a direito, não se estende a outras Administrações. Assim, a declaração de inidoneidade feita pela União, pelo Estado ou pelo Município só impede as contratações com as entidades e órgãos de cada uma dessas entidades estatais, e, se declarada por repartições inferiores, só atua no seu âmbito e no de seus órgãos subordinados.” (In *Licitação e Contrato Administrativo*, 11ª ed. Malheiros, SP, 1.996, p. 216)

Ora, se até para a pena mais grave de todas – declaração de inidoneidade – o saudoso e merecidamente aclamado mestre já entendia que não ultrapassa as fronteiras da entidade que a aplicou, que então concluir quanto à pena, mais branda, da suspensão temporária?

IX – De mesmo sentir é Sônia Yuriko Tanaka, para quem

“A terceira sanção arrolada refere-se à suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por período não superior a dois anos. (...) Quanto ao alcance da penalidade de suspensão temporária e declaração de inidoneidade, verifica-se que a primeira se dá perante a Administração, e a segunda, perante a Administração Pública. Explicamos. (...)”

A suspensão e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar estão previstas, respectivamente, nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93, que dispõem o seguinte:

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

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...* (grifos nossos).

Nota-se, portanto, que a suspensão relaciona-se com a *Administração* e não com a *Administração Pública*, como ocorre na declaração de inidoneidade prevista no inciso IV do mesmo dispositivo legal. A definição de *Administração Pública* e *Administração* está prevista, respectivamente, no art. 6º, XI e XII, da lei federal, *in verbis*.

“Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...)

XI – (...)

XII – (...)

Analisando-se esse conceito, conclui-se que a penalidade de suspensão somente impede o sancionado de licitar ou contratar com a entidade que a aplicou e não com os demais órgãos ou entidades da Administração Pública.

Já em relação à declaração de inidoneidade, a empresa inidônea estará impedida de participar e contratar com qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, constituindo, ademais, ato criminoso efetuar o contrário, conforme dispõe o art. 97 da lei federal. (In *Licitações e Contratos Administrativos*, ed. NDJ, SP, 1.998, p. 181/2, com grifos originais).

X – É exatamente o mesmo que pensa Márcia Walquíria Batista dos Santos:

“Por outro lado, questiona-se a abrangência da suspensão temporária e da declaração de inidoneidade: valeriam somente para a esfera administrativa que as imputou, ou teriam validade em todos os órgãos, entidades e esferas do Poder Público? Partindo do princípio de que a lei não comporta palavras inúteis e que ao intérprete não é dado alargar o espectro do texto legal, sob pena de estar criando hipótese não prevista, é mister atentar para as palavras “Administração”, no inc. III do art. 87, e “Administração Pública”, no inc. IV do mesmo artigo.

A suspensão temporária impede o infrator de contratar com a Administração. Quem define Administração é o art. 6º, inc. XII, da Lei nº 8.666/93: “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”. A declaração de inidoneidade resulta na impossibilidade de contratar com a *Administração Pública*. O inc. XI do art. 6º da lei federal de licitações assim estabelece: “Administração Pública - a administração direta ou 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”.

O legislador, por óbvio, quis dar uma abrangência maior para a declaração de inidoneidade, sendo lícito pensar que o contratado inidôneo assim o será perante qualquer órgão público do País. E aquele que for suspenso temporariamente será assim tratado perante os órgãos, entidades e unidades administrativas concernentes ao Poder Público que lhe aplicou a sanção.” (In *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, 2ª ed. Malheiros, SP, p. 206/7, com grifos originais).

Se, portanto, uma empresa, com no caso, fora suspensa no Município de Diadema, de modo a não poder licitar nem contratar com Diadema, então nada tem de aplicável aquela suspensão em licitação realizada por outro Município, como no caso é o de São Paulo, onde estaria por completo desimpedida para licitar.

XI – Espera-se ter demonstrado à suficiência, embora sem delonga, que suspensão é pena que, em matéria de licitações e de contratos administrativos, não extravasa nem pode extravasar os lindes da entidade que a aplicou.

Somente esta razão já obrigaria a responder afirmativamente ao quesito do ilustre consulente – enfaticamente, incontrastavelmente, já que a matéria já está até mesmo pacificada nos Tribunais de Contas.

Mas há outra, como se dissera de início: nada na lei de licitações permite ao intérprete ou ao aplicador inferir que a suspensão aplicada a uma empresa que venha a ser incorporada a outra macule a outra quanto à possibilidade de licitar e contratar.

Se uma pessoa jurídica foi absorvida por outra diferente - e esse é o caso, como se denota do instrumento particular de incorporação de empresas acostado à consulta -, então ambas se tornaram apenas uma, que não se confunde, de maneira alguma, para nenhum efeito em matéria de licitações, com a que foi incorporada e com isso desapareceu.

A empresa suspensa foi incorporada e com isso desapareceu do mundo jurídico, efetivamente.

Uma empresa que desapareceu, incorporada por outra, evidentemente deixando de existir faz também desaparecer todos os direitos, ativos, obrigações e passivos que tinha, transferindo-os à nova empresa que a incorporou. Mas quanto a uma penalidade, que naturalmente era *personalíssima*, essa simplesmente desapareceu com a incorporação da empresa suspensa pela que não estava suspensa.

Ninguém pode “herdar” suspensão... é mais do que evidente! Suspensão é o tipo da *herança impossível*, qualquer pessoa o sabe, e em qualquer matéria. Um irmão não recebe a suspensão imposta na escola a seu irmão que vem a falecer, nem uma empresa herda a suspensão que uma outra empresa, que incorporou, carregava.

XII – O princípio de direito penal aqui aplicável, em defesa da tese, é o de que *nenhuma pena passará da pessoa do condenado*, o que se lê da Constituição Federal, art. 5º, inc. XLV.

Mas se podem invocar dois outros princípios constitucionais correlatos, na mesma tônica, e também previstos no mesmo fundamental art. 5º da Carta de 1.988:

– inc. II - princípio da legalidade ou da reserva legal: ninguém *será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* -e no caso presente inexistente lei que estenda os efeitos da suspensão para além do âmbito da entidade aplicadora, de modo que esses efeitos não podem ser estendidos, e

– inc. XXXIX - princípio da anterioridade - *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*. Não se está cogitando aqui de crime, porém de existência ou não de pena (que transcenda o âmbito da entidade aplicadora). Se na lei de licitações, que é a lei aplicável, não está permitido expressamente o extravasamento dos limites da penalidade suspensiva para além daqueles da entidade aplicadora, então por este princípio está constitucionalmente *proibida aquela* extensividade.

O direito até aqui, ao que parece claro, não poderia ser mais transparente.

XIII – Quanto ao acervo técnico, o tema é por completo diferente.

A empresa incorporadora aproveita sim, efetivamente, todo o acervo técnico da empresa incorporada, simplesmente porque *o está adquirindo*.

Uma empresa nova, constituída no dia de ontem, por evidente não possui acervo técnico em seu nome, porque ainda não teve tempo de realizar trabalho algum. A lei de licitações permite nessa hipótese que ela apresente como seu o acervo pessoal de seus técnicos, seus empregados, ou pertencente a profissionais a ela naquele momento contratualmente vinculados. É o que se subsume da leitura do art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1.993.

Do mesmo modo, uma empresa que incorpore outra, acaso mais antiga ou mais qualificada, nesse ato incorpora também todo o acervo de realizações daquela, porque na incorporação já o está adquirindo para si - e esse constitui um dos principais efeitos por que existem as incorporações de empresas umas pelas outras: adquirir o bom nome comercial das incorporadas, a clientela, a renomada, a credibilidade adquirida com realizações importantes, sejam da natureza que forem.

Foi assim, para exemplificar, o recente episódio da incorporação da empresa Rolls-Royce, pela qual duas gigantescas empresas automobilísticas européias se digladiaram furiosamente, na tentativa de herdar o merecido prestígio comercial daquela. Foram também assim as incorporações, já um pouco anteriores, da empresa nacional Polyvox, e da empresa estrangeira Garrard, ambas pela empresa nacional Gradiente, fabricante de produtos eletrodomésticos. Outros exemplos não faltam, mas aqui parecem desnecessários.

Se, portanto, empresa alguma “herda” suspensão anteriormente aplicada à empresa que incorporou – porque suspensão é pena personalíssima –, por outro lado é certo que lhe é transmitido todo o acervo técnico da incorporada, o qual é simplesmente *adquirido* no só ato da incorporação.

XIV – Em conclusão para o quesito formulado, e como desde o início desta sintética peça já fora anunciado, é absolutamente inquestionável que a pena de suspensão não se pode estender para além do âmbito da pessoa jurídica que a aplicou, jamais se espraiando de modo a expandir seus efeitos para onde for. De outro lado, uma pessoa jurídica que incorpora outra herda seu acervo técnico, mas jamais uma personalíssima pena de suspensão que à incorporada fora aplicada.

Por todos esses motivos, é afirmativa a resposta ao quesito único.