

## Sanção de inidoneidade nas licitações e contratos de empresas estatais

Solução não pode ser encontrada fora do âmbito da atividade legislativa

Alexandre Ditzel Faraco

25 de Fevereiro de 2018



O atual marco legal voltado a licitações e contratos administrativos é fragmentado e plural. A Lei nº 8.666/93, editada para ser norma geral sobre o tema, – apresenta hoje certo caráter residual – tem aplicação quando ausente outro sistema normativo específico. Ao longo do tempo foram editadas numerosas leis para dar tratamento próprio aos contratos de concessão de bens e serviços públicos e respectivas licitações, assim como foram criados regimes próprios de contratação de bens e serviços pela administração em função de distintos critérios.

A Lei nº 9.478/97 autorizou regime próprio de licitação para a Petrobras, afastando as regras gerais, sob a justificativa de garantir flexibilidade para a estatal desempenhar suas atividades. A Lei 10.520/02 criou a modalidade específica de pregão para a aquisição de bens e serviços “comuns”, assim entendidos aqueles que possuem caráter padronizado e menor complexidade. Outro sistema específico foi instituído pela Lei nº 12.462/11, que criou o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), voltado inicialmente para obras relacionadas aos grandes eventos esportivos (Copa do Mundo e Olimpíadas) e cuja aplicação foi posteriormente estendida para outros casos. Mais recentemente, a Lei nº 13.303/16 (Lei das Estatais) criou novo sistema de regras que passou a disciplinar as licitações das empresas estatais.

Esses diversos sistemas de licitações e contratação mantêm diferentes relações com o antigo regime geral da Lei nº 8.666/93. No caso da Lei nº 10.520/02, bastante sintética, há previsão genérica de aplicação subsidiária das regras gerais (artigo 90), tendo em vista os diversos temas que não foram tratados na norma específica. No âmbito do RDC, a Lei nº 12.462/11 trouxe conjunto mais extenso e sistematizado de normas que, em grande medida, substituiu a Lei nº 8.666/93, mas que remete expressamente a esta em diversas passagens.

Já na Lei das Estatais houve a opção por tratamento exauriente do tema, em completa substituição ao regime da Lei nº 8.666/93, exceto no tocante às normas de caráter penal (artigo 41). O objetivo de criar conjunto próprio de regras para as estatais, afastando aquelas da Lei nº 8.666/93, está consignado de forma clara no artigo 28, além de ser decorrência lógica do tratamento exaustivo dado à matéria. Algo semelhante verificava-se nas normas específicas voltadas à Petrobras – agora afastadas pela Lei das Estatais –, que apresentavam tratamento amplo do tema e não continham referências à Lei nº 8.666/93.

Dentre as especificidades do regime próprio das estatais estão as regras sobre sanções administrativas. Embora haja alguma similitude no texto dos artigos 82 a 84 da Lei das Estatais e dos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/93, aquele não trouxe dentre o rol de sanções a inidoneidade. Isso afasta, por consequência, a imposição da sanção mais drástica dentre aquelas previstas na Lei nº 8.666/93 em atos que digam respeito a contratos ou licitações de empresas estatais.

Eventuais sanções de inidoneidade aplicadas no âmbito da contratação de outros órgãos, com base na Lei nº 8.666/93, impedirão a participação em licitações das empresas estatais, conforme consta do artigo 38 da Lei das Estatais. Mas de licitações e contratos no âmbito das estatais não poderão resultar sanções de inidoneidade. A situação que hoje vale para todas as estatais é idêntica à que já vigorava para a Petrobras, cujas regras próprias de licitação disciplinavam sanções sem incluir no rol de possibilidades a medida de inidoneidade.

Outra consequência prática do tratamento dado ao tema na Lei das Estatais é a impossibilidade da sanção de inidoneidade continuar a ser aplicada para casos referentes a estatais anteriores à sua vigência, tendo em vista o princípio do direito sancionador de que a lei mais benéfica deve retroagir em benefício do acusado (artigo 50, XL, da Constituição Federal).<sup>1</sup> A nova disciplina trazida pela Lei das Estatais implica afastar essa sanção mesmo em relação a processos já instaurados para aplicar as medidas sancionadoras originalmente previstas na Lei nº 8.666/93.

As consequências trazidas pela nova legislação parecem ter causado certa perplexidade por afastarem do âmbito de conjunto relevante de contratações a sanção de inidoneidade. A reação passa não apenas pela crítica ao texto legal – o que pode levar o legislador a futuramente rever o texto adotado – mas por propostas de interpretação das normas sobre licitações incoerentes com os respectivos textos normativos e em conflito com princípios elementares do direito sancionador.

A ausência de previsão da sanção de inidoneidade não é uma lacuna normativa a ser suprida pela aplicação analógica das regras gerais Lei nº 8.666/93. O princípio da legalidade estrita em matéria de sanções veda o recurso à analogia ou a interpretações de caráter extensivo para punir com pena não prevista expressamente em lei. Se a opção feita pelo legislador no âmbito das sanções é vista como inadequada por alguns, não permitindo punir na forma e nos termos que gostaria o aplicador da norma, a solução imposta pelo princípio da legalidade estrita passa por nova legislação e não pela criatividade do intérprete. Em um Estado Democrático de Direito não se resolvem problemas de técnica ou política legislativa em matéria de sanções por meio de escolhas arbitrárias por parte de quem aplica a norma.

Tampouco permite estender a sanção de inidoneidade ao âmbito das estatais o caráter – já bastante mitigado – de norma geral de licitações da Lei nº 8.666/93.<sup>2</sup> Ao contrário do que se verifica em outros sistemas especiais de licitação, a Lei das Estatais tratou a matéria de forma ampla e exaustiva. Regra simples de interpretação das normas no tempo ensina que quando a lei nova trata inteiramente da matéria tratada na anterior aquela afasta a aplicação desta. Como em relação às estatais a nova lei disciplinou inteiramente o assunto de licitações e contratos, não há como pretender recorrer à Lei nº 8.666/93.

A intenção do legislador não foi a de incorporar às regras gerais existentes, para fins de aplicação concomitante e harmônica, conjunto complementar de regras voltadas a estatais – como fez em relação ao pregão e, em menor medida, ao RDC. Houve clara e expressa opção de substituir por completo a sistemática da Lei nº 8.666/93 e outras normas aplicáveis às licitações de estatais pelo novo regime da Lei nº 13.303/16.

Há apenas um ponto no qual a Lei nº 8.666/93 tem aplicação às situações disciplinadas pela Lei nº 13.303/16, mas em razão desta não ter tratado do tema e ter optado por fazer remissão expressa ao disposto na Lei nº 8.666/93. Trata-se da já referida aplicação das regras desta última de natureza penal, conforme consta do artigo 41 da Lei nº 13.303/16.

Essa exceção apenas confirma o quanto dito acima. Quando houve a intenção de aplicar às estatais alguma norma geral da Lei nº 8.666/93, foi feita referência expressa a ela. Se a intenção fosse estender o mesmo tratamento às sanções administrativas, bastaria ter acrescentado essa previsão ao artigo 41. É o que se verifica na Lei nº 12.462/11, a qual, no tocante ao RDC, em regra similar a do artigo 41, menciona de forma expressa não apenas as sanções criminais da Lei nº 8.666/93, mas também as administrativas.

Até que o legislador opte por alterar a Lei das Estatais nesse aspecto, não há como pretender aplicar a sanção de inidoneidade em relação às licitações e contratos das empresas estatais. Pode-se até pretender que houve falha ou equívoco do legislador nesse ponto, mas a solução para problemas dessa natureza não pode ser encontrada fora do âmbito da atividade legislativa, sob pena de se negar princípios e garantias fundamentais do nosso sistema jurídico.

-----  
<sup>1</sup> Cf. nesse sentido César A. Guimarães Pereira, “A supressão da declaração de inidoneidade na lei das empresas estatais: retroatividade da norma sancionatória mais benéfica”, agosto de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 29.01.2018.

<sup>2</sup> Como defendeu Michel Cunha Tanaka, “Fornecedores da Petrobras podem ser declarados inidôneos”, Jota, 10.08.2017, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fornecedores-da-petrobras-podem-ser-declarados-inidoneos-10082017>, acesso em 29.01.2018.

**Alexandre Ditzel Faraco** – livre docente e doutor pela Universidade de São Paulo (USP), é sócio de Levy & Salomão Advogados