

INIDONEIDADE. REDUNDÂNCIAS PENAIS EM LICITAÇÕES. EXAGERO ABSOLUTO !

Ivan Barbosa Rigolin

(abr/26)

I - O problema que se reventila agora é tudo menos novo. Trata-se de algo como uma praga que o tempo não resolve, e o comodismo das autoridades e dos estudiosos em nada ajuda.

A razão deste pequeno artigo é questionar a multiplicidade das entidades administrativas com poder de aplicar sanções ou penalidades a licitantes e a contratados do poder público. *Mutatis mutandis*, a sanha penal do nosso legislador merece a reventilação da advertência crística - *quem não tiver pecado atire a primeira pedra*.

Nossa criatividade legislativa no inventar penas, sanções, punições, repressões e coerções é algo impressionante, sendo porém que o seu resultado é pífio, porque uma coisa é prever a sanção, outra bem diferente é executá-la e vê-la funcionar.

O alvo principal da objeção que se opõe a essa realidade institucional brasileira concentra-se, nesta oportunidade, na figura do Tribunal de Contas, observado apenas dentro das redundâncias punitivas que a lei consigna com destaque especial para

a pena de *declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração*.

Nesse âmbito parece em alguns casos plenamente caracterizado o vício do *bis in idem*, e com isso a contrariedade do importantíssimo mandamento do *non bis in idem*, tudo isso a significar: não se pode punir a mesma conduta, dentro da esfera penal, ou dentro da esfera civil, ou dentro da esfera administrativa, mais de uma vez, com penas de mesma natureza.

Que se cumulem a pena civil (multa por exemplo) com a pena criminal (v. g. prisão) com a pena administrativa (v. g. impedimento de licitar) está correto: são penas diferentes em entidades ou instituições diferentes, devidas cada qual por um motivo, e isso tecnicamente faz sentido.

O que não se admite é a dupla pena administrativa, ou a dupla pena criminal, ou a dupla sanção civil - *cada uma das quais da mesma natureza da outra* - pelo mesmo ato praticado por alguém.

Exemplifica-se: na esfera administrativa pode haver multa mais suspensão do direito de licitar, porque são coisas distintas, advindas da punibilidade da conduta de alguém. Cada pena tem uma finalidade, ainda que dentro da mesma esfera apenadora.

Na esfera penal pode haver prisão mais multa, pelos mesmos motivos.

O que não cabe é aplicar duas penas da mesma natureza *dentro da mesma esfera* - como suspensão do direito de licitar *mais* declaração de inidoneidade para licitar - porque são penas

da mesma natureza dentro da mesma esfera administrativa apenadora, mesmo que em mais de uma entidade.

Quanto à declaração de inidoneidade para licitar e contratar, essa pena é infamante. Lembra metralhadora giratória que sempre atinge muito mais do que era planejado, o que em técnica penal resulta absolutamente antitécnico e condenável.

Licitantes *bandidos* existem e não se nega, que merecem todo o rigor penal, porém a simples ideia de desgraçar a vida comercial e a reputação de uma empresa em todo o território nacional em face de um pregão realizado na autarquia de água de um Município de dois mil habitantes perdido na selva amazônica é de engulhar, e revoltantemente injusto.

É mil vezes mais injusto punir com rigor excessivo do que deixar de punir alguém que merecia alguma punição. Brincar frivolamente com declaração de inidoneidade *dos outros* constitui, isso, sim, a pior inidoneidade.

II - Assim introduzido o assunto, observemos com algumas leis organizadoras de Tribunais de Contas enfrentam a questão penal-administrativa em matéria de licitações e contratos.

Reitere-se: não se pretende produz\ir um estudo sistemático das normas penais administrativas, mas interessa focar apenas na eventual *abundância de disposições penais*, como se o mundo da Administração girasse apenas em torno de Tribunais de Contas, e tal qual inexistissem outros feixes de normas penais - porventura muito mais relevantes no contexto jurídico de qualquer país institucionalizado.

Começando por cima, o e. Tribunal de Contas da União assim dispõe sobre a matéria na sua Lei Orgânica, a Lei nº 8.443. de 16 de julho de 1.992:

Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

Nenhuma menção a declaração de inidoneidade em contratos alheios que fiscaliza.

Pelo contrário, a LOTCU reconhece a competência das autoridades contratantes para, essas, sim, aplicar a seus licitantes e contratados as penas que já constam da lei de licitações e contratos.

Quanto àquelas penas, aplicadas ou não, nesse assunto o TC *entra mudo e sai calado...* - o que está corretíssimo e prestigia a autonomia das autoridades contratantes, dada pela Constituição e pela lei de licitações.

III - O e. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, regido pela Lei Complementar estadual nº 709, de 14 de janeiro de 1.993, assim trabalhou o assunto:

Artigo 106 - Sem prejuízo das sanções previstas neste Capítulo e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades verificadas pelo Tribunal de Contas, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

O TCESP seguiu na sua Lei Orgânica a do TCU, acrescentando à redação daquela algumas regras locais, sem entretanto permitir-se imiscuir-se na esfera da declaração de inidoneidade, e sem se dar poderes para tanto.

A inabilitação para cargos em comissão nos parece exagerada, sobretudo em se considerando que a expressão Administração pública costuma se referir à sua inteireza nas três esferas de governo, e resulta incompreensível que a União seja impedida de admitir alguém para seus cargos em comissão, que tenha sido apenada, por exemplo num Município.

Quem licitou e contratou é que sabe da idoneidade de seu parceiro comercial e ninguém mais, por mais aparelhado e abalizado. E, voltando à inidoneidade, se algum ente deve aplicar sanção de inidoneidade não é o Tribunal de Contas, quando o negócio não é seu.

Muita vez o TC nem sequer sabe da existência de licitante ou contratado declarado inidôneo por, por exemplo, um

Município. Apenas por denúncias e representações - em geral da concorrência que detesta a livre competição e que muita vez monta verdadeiras indústrias de denúncias e representações aos TCs - é que os TCs travam conhecimento da existência do denunciado.

Em casos assim - frequentíssimos -, é de indagar que conhecimento sobre a pessoa do denunciado o TC tem, se é que tem algum ? Como admitir que, mesmo após processo contraditório em *brigas que não são suas*, um TC possa aplicar inidoneidade em negócio alheio ?

Os contratos serão fiscalizados anualmente pelo TC, é certo e sabido. Mas não cabe ao TC interferir penalmente em algo que não é seu, cabendo-lhe, isto sim, ao receber denúncia, consultar o ente de origem sobre os fatos relatados.

Em o ente de origem confirmando que os conhece e que está apurando culpabilidades, ou então que já as apurou e absolveu o acusado, ou então que já apenou o acusado, cabe ao Tribunal de Contas simplesmente arquivar a denúncia *porque o filho não é seu*. Cada ente público com sua atribuição e não com atribuição alheia, assim precisam funcionar as instituições públicas.

Alguém desconhece ou questiona a regra da separação de poderes e de funções do Estado ?

IV - No Estado do Rio de Janeiro a Lei Orgânica do Tribunal de Contas, LC estadual no 63, de 1º/8/22, sobre o tema assim reza:

Art. 66. O Tribunal de Contas, por maioria absoluta dos seus membros, poderá,

cumulativamente, ou não, com as sanções previstas na Seção anterior, aplicar ao responsável, por prática de atos irregulares, a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração estadual, por prazo não superior a 5 (cinco) anos, bem como propor a pena de demissão, na forma da lei, no caso de servidor.

Ainda que, meritoriamente, a LOTCE - RJ nem de longe refira inidoneidade, no que faz bem, parece avançar um pouco sobre os limites da atuação do órgão ao inabilitar alguém para cargo em comissão no Estado, carecendo completamente de sentido técnico a ideia a seguir, de propor demissão de servidor.

Se esse servidor for efetivo e estável apenas por processo administrativo pode ser demitido, se for admitido apenas em comissão o assunto, respeitosamente, não é do TCE.

Mas não existe menção a inidoneidade, repita-se.

V - A Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Minas Gerais, a Lei Complementar estadual nº 102, de 17 de janeiro de 2.008, assim dispõe:

Art. 93 Verificada a ocorrência de fraude comprovada na licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para licitar e contratar com o poder público estadual e municipal por até cinco anos.

É difícil mesmo crer em que algo assim tenha sido redigido para integrar a lei orgânica de um importantíssimo organismo estadual, como o é o Tribunal de Contas.

Pretende esse dispositivo que o TCE tenha poder de, a seu talante e seu critério, bastando que entenda existir fraude comprovada numa licitação sujeita ao seu exame, possa simplesmente decretar a inidoneidade do licitante envolvido !

Fá-lo *sic et simpliciter*, sem processo contraditório ?

Esse artigo *esfacela* os artigos anteriores, que a contento observam o necessário rigor processual nas acusações e nos procedimentos punitivos. Abrevia, ou melhor dizendo atropela, as regras constitucionais e legais da tradição democrática do país no processamento das acusações, neste caso no plano administrativo.

Pelas transcrições acima das leis orgânicas de diversos Tribunais de Contas a iniciar pelo TCU, não há precedente nem equivalente a este art. 93, que não faz falta nenhuma ao direito mas, ao oposto, desserve-o de modo aberto.

VI - Transcrevemos a seguir de matéria da internet - site do TCDF - Tribunal de Contas do Distrito Federal e dos Territórios - um curtíssimo artigo/comentário denominado *Non bis in idem*, cuja autoria é laconicamente indicada apenas como ACS, seguido da informação *publicado 04/04/2025 audiodescrição*.

Oferece uma rápida atualização sobre o entendimento jurisprudencial de contas sobre a questão.

Non Bis In Idem.

Princípio que impede que alguém seja julgado ou punido duas vezes pelo mesmo motivo. dois martelos de magistrados.

O *non bis in idem* é um princípio fundamental do Direito Penal que impede que uma pessoa seja processada ou punida mais de uma vez pelo mesmo fato. A finalidade é proteger o(a) cidadão(ã) contra abusos do poder punitivo do Estado e, assim, assegurar que qualquer sanção seja proporcional e justa.

Embora não esteja explicitamente previsto na Constituição Federal do Brasil, o **princípio é reconhecido em tratados internacionais ratificados pelo país**, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, art. 8.4) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP, art. 15.7).

O non bis in idem possui duas dimensões:

Processual: veda a instauração de um novo processo pelo mesmo fato após decisão transitada em julgado.

Material: impede que um mesmo fato seja considerado mais de uma vez para aplicação de sanções.

O que diz a lei?

Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – Art. 8.4

"O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos."

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) – Art. 15.7

"Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país."

VII - Em conclusão do que já é breve, o único objetivo aqui foi repisar o repúdio à *sanha punitiva* que com indesejável frequência acomete nosso direito, e nossa legislação.

Isso não é bom sinal, nem bom sintoma.

A história evidencia que quem mais cuida de punir as pessoas - inquisições, polícias políticas, caça às bruxas de todo gênero - é quem precisa ser vigiado mais de perto.

Não se postula leniência com bandidos em absoluto - e bandidos são o que não falta em nosso país; porém é preciso lembrar que é mais grave punir inocente, e isso também

significa puni-lo com mais rigor do que merece, do que ser liberal com culpados.

Quem se apraz com irrefletidamente apenar os outros ... ai ! longe de mim !..