



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

NOTA TÉCNICA Nº 949/2020/CGUNE/CRG

PROCESSO Nº 00190.105176/2019-85

INTERESSADO: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES
- DNIT

1. ASSUNTO

1.1. Análise da viabilidade de tese de extensão por analogia da sistemática de execução de penas utilizada no Direito Penal no plano do Direito Administrativo Sancionador.

2. SUMÁRIO EXECUTIVO

2.1. Trata-se de processo autuado para análise de proposta de tese jurídica desenvolvida no âmbito da Procuradoria Federal Especializada do DNIT, a qual fora encaminhada para manifestação desta CGU por decisão do Diretor Executivo daquele departamento (1124281).

2.2. O objeto de análise em questão surgiu como proposta de solução específica no âmbito da autarquia demandante, no sentido de conceber maior efetividade na aplicação de múltiplas sanções administrativas a uma mesma entidade privada, de forma unificada, a partir do uso da analogia relacionado a parâmetros legais encontrados no Direito Penal (as referidas sanções aplicáveis constam da Instrução Normativa nº 02/2019/DG/DNIT, que dispõe sobre o rito de aplicação das penalidades previstas nas Leis 8.666/1993 - licitações e contratos -, 10.520/2002 - pregão - e 12.462/2011 - RDC).

2.3. Originariamente, a demanda surgiu com a verificação junto à Superintendência Regional do DNIT, no Estado do Rio Grande do Norte, da inexistência de unificação das sanções de impedimentos de licitação e contratação no sistema CGU-PJ, de forma que o tempo de cumprimento de cada uma delas, a partir do cadastro das respectivas decisões proferidas, estaria sendo somado simultaneamente, de forma sobreposta.

2.4. De acordo com o relato, o *"transcurso dos prazos das sanções em paralelo"* resulta numa sensação de impunidade em relação à efetividade da pena, motivo pelo qual foi sugerido que se procedesse à *"soma ou unificação"* das sanções, à exemplo da sistemática existente no âmbito penal.

2.5. O tema foi levado à análise da Consultoria Jurídica daquela autarquia, sendo emitido o Parecer nº 00190/2019-PFE-DNIT/PGF/AGU (1144378), que ao final:

[...] opinou pela viabilidade de aplicação analógica do art. 69, §2º, do Código Penal, combinada com a sistemática prevista no art. 75, §§ 1º e 2º, do mesmo normativo, às sanções ' aplicadas com base na Instrução Normativa nº 02/2019 do DNIT, sugerindo o seguinte:

**" - as sanções sejam executadas simultaneamente, caso compatíveis;
- caso sejam incompatíveis, sejam executadas sucessivamente, na ordem das respectivas decisões sancionatórias administrativas definitivas, observando-se o limite temporal que vier a ser estabelecido, como regra, do início do cumprimento da primeira**

sanção da série;

- caso o agente cometa novo ilícito no curso da execução das sanções, a contagem do prazo máximo será reiniciada a partir da data do fato superveniente, desprezando-se, assim, o período de punição já cumprido".

2.6. Ressaltou-se, no mesmo documento, que a Coordenação Geral de Cadastro e Licitações do DNIT, unidade responsável pelo gerenciamento das penalidades junto aos sistemas SICAF e CGU-PJ, informara que, atualmente, os registros de cada uma das penalidades aplicadas a uma mesma empresa são considerados de forma independente nos referidos sistemas, ou seja, conforme já indicado, com períodos de vigência não relacionados entre si, contando-se os respectivos prazos de cumprimento da pena de forma individual (OFÍCIO N° 26325/2019/SAA - CGCL/CGCL/DIREX/DNIT SEDE - SEI n° 2967212).

2.7. Diante disso, a demanda foi encaminhada a esta CGU para manifestação e orientação quanto à viabilidade da tese apresentada (1125923), sendo, por competência temática, remetida à Diretoria de Responsabilização de Entes Privados - DIREP (1126532), que, após a devida instrução (1143697; 1144371; 1144373), efetivou a sua análise por meio da confecção da Nota Técnica n° 507/2020/DIREP/CRG (1433089).

2.8. Na sequência, após despachos do Diretor da DIREP (1440651 e 1443825), os autos vieram a esta Coordenação-Geral para exame, anteriormente à deliberação do Corregedor-Geral da União.

2.9. É este o sumário dos fatos, passando-se à análise da questão posta.

3. ANÁLISE

3.1. Para o exame da matéria, entende-se como necessária a reprodução dos termos da análise da Nota Técnica n° 507/2020/DIREP/CRG, que traz inicialmente parte do Parecer n° 00190/2019-PFE-DNIT/PGF/AGU:

O DNIT aduziu dois documentos para instrução da matéria. O primeiro consiste na Instrução Normativa n° 06, de 24/05/2019; e o segundo, o Parecer n° 00190/2019-PFE-DNIT/PGF/AGU, de 20/03/2019, que foi aprovado pelo Despacho n° 00917/2019-PFE-DNIT/PGF/AGU, de 27/03/2019, conforme 1144371, 1144373 e 1144378. A Procuradoria Federal Especializada (PFE) do DNIT defende a tese de que, dada a inexistente diferença ontológica entre as espécies de sanção (administrativa, civil ou penal) para o Direito, nada obsta à colmatação das lacunas do regime administrativo com a aplicação de disposições legais penais por analogia, desde que não seja desfavorável ao transgressor. Nesse sentido, **propõe-se a incidência dos arts. 69, § 2º, e 75, §§ 1º e 2º, do Código Penal nos casos de cumulação de punições administrativas motivadas nas normas de contratação pública** (Lei n° 8.666/93, Lei n° 10.520/2002, Lei n° 12.462/2011 e Lei n° 13.019/2014, por exemplo).

"10. De fato, verifica-se, uma tendência "[...] no sentido de que o regime jurídico aplicável ao poder punitivo da Administração deve encontrar fundamento e limite na sistemática constitucional de maneira semelhante àquela estabelecida no âmbito do Direito Penal. Nesse sentido, além das cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIII, LIV e LV), destacam-se: o princípio da legalidade, sob o viés da tipicidade (arts. 5º, II e XXXIX, e 37, caput), os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade (art. 5º, caput, XXXIX e XL); os princípios da culpabilidade e da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV); o princípio da individualização da sanção (art. 5º, XLVI); e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (arts. 1º e 5º, LIV)" (BINENBOJM, Gustavo. Direito administrativo sancionador e seu estatuto constitucional. In: BINENBOJM, Gustavo. *Estudos de direito público - Artigos e pareceres*. Rio de Janeiro:

Renovar, 2015. p. 623-624.).

11. Dessa forma, no ordenamento jurídico pátrio, a aplicação de penalidades está sujeita ao princípio da legalidade estrita, em qualquer esfera do poder estatal sancionador, não se admitindo tipificações ou penalização por analogia. A Administração Pública não está autorizada a aplicar sanções não previstas em lei, ou mesmo importar de diplomas normativos estranhos à matéria regulada, formas de penalizar o agente infrator. Elucidativo sobre essa questão o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

[*omissis*]

12. Com efeito, as sanções administrativas previstas nos diplomas legais que regem as licitações públicas são: (1) na Lei nº 8.666/1993 - advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 anos; declaração de inidoneidade; (2) nas leis que regem o pregão (Lei nº 10.520/02) e o RDC (Lei nº 12.462/11) - impedimento de licitar e contratar pelo prazo de até 5 anos.

13. Todavia, é forçoso reconhecermos que não há na legislação que rege as contratações públicas, nem na lei de processo administrativo (Lei nº 9.784/99), previsão de balizas claras voltadas à sistemática de aplicação de penalidades administrativas, razão pela qual se faz necessário utilizar a analogia como meio de integração das lacunas existentes.

14. Nesse caso, importante registrar que ao se utilizar da analogia no âmbito do direito administrativo sancionador, a Administração Pública não pode adotar analogicamente norma mais gravosa, em prejuízo ao agente, pois estar-se-ia incorrendo em **analogia in malam partem**, solução repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio, consoante se observa nos seguintes precedentes do STF e STJ:

[*omissis*]

15. O Tribunal de Contas da União - TCU no recentíssimo Acórdão nº 2702/2018 - Plenário, proferido em 21 de novembro de 2018, dentre outros temas, discutiu a sistemática de cumprimento das penas de declaração de inidoneidade, prevista no art. 46 da Lei nº 8.443/1992, caso um mesmo licitante sofra mais de uma sanção em períodos que se sobreponham. Ocasão na qual optou por adotar o cumprimento sucessivo das sanções, em analogia ao art. 69, § 2º, do Código Penal, combinada com a sistemática prevista no art. 75, §§ 1º e 2º, do mesmo normativo, para orientar a aplicação do limite temporal a depender do momento de ocorrência do fato - se antes, durante ou depois da execução da pena, resultando no seguinte acórdão:

'VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia pedido de reexame interposto pelo Ministério Público junto ao TCU, assinado conjuntamente pelo Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin e pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, em face do Acórdão 348/2016-TCU Plenário, por meio do qual o Tribunal firmou entendimento, no bojo de processo administrativo, acerca da sistemática de cumprimento das penas de declaração de inidoneidade, prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, caso um mesmo licitante sofra mais de uma sanção em períodos que se sobreponham.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, conhecer e dar provimento parcial ao presente pedido de reexame, para conferir a seguinte redação aos itens 9.2.4.1 e 9.2.4.2 do Acórdão 348/2016-TCU-Plenário:

“9.2.4.1 as sanções são executadas sucessivamente,

na ordem dos respectivos trânsitos em julgado, observando-se o limite temporal de cinco anos contados, como regra, do início do cumprimento da primeira sanção da série;

9.2.4.2. caso o agente cometa novo ilícito no curso da execução das sanções, a contagem do prazo de cinco anos é reiniciada a partir da data do fato superveniente, desprezando-se o período de punição já cumprido e fazendo-se nova unificação, contada daquele fato.”

9.2. recomendar à Segecex que avalie a conveniência e a oportunidade de constituir grupo de trabalho para a realização de estudo com vistas a apresentar proposta de regulamentação de critérios e parâmetros para definir o grau de responsabilidade e gravidade em casos de fraudes a licitações públicas, bem como para balizar a dosimetria na aplicação da penalidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992.

9.3. dar ciência deste acórdão aos recorrentes.' (grifo nosso)

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

17. A cumulação das sanções (pela soma ou pela mera sucessão) visa exatamente a esse fim: quando há mais de uma a cumprir, há de ser evitado o inconveniente do cumprimento simultâneo, no qual um mesmo dia de punição é computado nas várias sanções que pesam contra o agente. E, pelas mesmas razões, deve igualmente ser evitada toda sistemática que acarrete, em termos práticos, esse mesmo inconveniente, de ineficácia de quaisquer das sanções aplicadas.

18. De fato, há três formas distintas de operacionalizar o concurso material, previstas no art. 69 do CP: a primeira, pela soma das penas (art. 69, caput), caso se tratar de fatos punidos com a privação de liberdade; a segunda, pela simultaneidade (art. 69, § 2º, primeira parte), caso se tratar de penas restritivas de direito compatíveis com o cumprimento simultâneo (como no exemplo de uma sanção de inidoneidade para licitar e outra de inabilitação para exercer cargo público, aplicadas a uma pessoa natural); a terceira, pela sucessividade (art. 69, § 2º, segunda parte), caso se trate de penas restritivas de direito não compatíveis com o cumprimento simultâneo (como na hipótese de duas ou mais sanções de inidoneidade para participar de licitação).

19. No caso em tela, como as sanções administrativas a serem eventualmente aplicadas pelo DNIT, também, são restritivas de direito, SMJ, sujeitam-se à disciplina do art. 69, § 2º, do CP, e não ao procedimento de soma, previsto no caput daquele mesmo artigo para as penas privativas de liberdade. Assim, SMJ, as sanções devem ser cumpridas simultaneamente, caso compatíveis, e sucessivamente, caso não sejam.

20. No que tange à aplicação analógica das regras dos §§ 1º e 2º do art. 75 do Código Penal, não obstante tratem de pena restritiva de liberdade, SMJ, ocorre no sentido de conferir maior reprovabilidade à conduta de agente que, embora já punido, e cumprindo sanção venha a cometer novo ilícito, motivo pelo qual desloca-se o termo inicial do cumprimento das sucessivas sanções para a data do novo fato delituoso.

21. Na prática, a sistemática proposta objetiva deixar claro que a unificação das diversas penalidades aplicadas a um único agente, embora limitada a prazo máximo, tem sua data base deslocada para o cálculo do limite, reiniciando a contagem do prazo máximo. A aplicação dessa sistemática de execução da sanção almeja evitar que haja impunidade da empresa sancionada para infrações posteriores ao início da execução de sanções já aplicadas pelo DNIT, o que fatalmente ocorreria se já houvesse sido atingido o limite fixado para as sanções acumuladamente consideradas, ou se esse limite já estivesse próximo de ser atingido.

(omissis)

22. Ante ao exposto, considerando a consulta em tese formulada e a necessidade de se evitar eventuais situações de impunidade, SMJ, sugere-se a aplicação analógica do art. 69, §2º, do Código Penal, combinada com a sistemática prevista no art. 75, §§ 1º e 2º, do mesmo normativo, e conseqüentemente a adoção da seguinte sistemática de execução de sanções administrativas:

- as sanções sejam executadas simultaneamente, caso compatíveis;
- caso sejam incompatíveis, sejam executadas sucessivamente, na ordem das respectivas decisões sancionatórias administrativas definitivas, observando-se o limite temporal que vier a ser estabelecido, como regra, do início do cumprimento da primeira sanção da série;
- caso o agente cometa novo ilícito no curso da execução das sanções, a contagem do prazo máximo será reiniciada a partir da data do fato superveniente, desprezando-se, assim, o período de punição já cumprido." - negritos do parecerista (fls. 02-05 de 1144378).

3.2. E segue, com a exposição das seguintes aduções, e a conseqüente conclusão pela inviabilidade jurídica da tese levantada, conforme ora se transcreve:

A PFE tem em mente que **a aplicação simultânea de penalidades semelhantes**, como, e.g., dois impedimentos de contratar e licitar com o Poder Público pelo prazo de dois anos, resulta na inefetividade de uma das sanções. Em concreto, o infrator não experimenta o efeito correspondente aos atos lesivos que motivaram as punições, já que a execução prática implica a manutenção das restrições do direito com a sobreposição dos prazos, o que se equivale à cominação de uma única pena, se ambas tiverem o termo inicial igual, ou à de uma pena que dure um pouco além de dois anos, se os termos iniciais forem próximos, apesar da decisão de impor ao condenado dois impedimentos por dois anos com fundamento em fatos distintos.

Na esteira do Acórdão TCU nº 2702/2018 - Plenário, a PFE afirma ser necessária a analogia com os arts. 69, § 2º, e 75, §§ 1º e 2º, do Código Penal para que se desembaralhe a eventual sobreposição de infrações com penas similares, haja vista a omissão das normas administrativas sobre a cumulação de punições. A aplicação analógica do regime penal possibilita, por sua vez, que os impedimentos do exemplo corram sucessivamente, já que a execução simultânea é incompatível, com arrimo no art. 69, § 2º, do CP: "*Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.*". Ao sobrevir um impedimento durante o cumprimento doutro com base em ato lesivo posterior, acontece a unificação das punições, submetendo-as ao limite legal e desprezando-se o tempo transcorrido da execução, nos termos do art. 75, §§ 1º e 2º, do CP.

"Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade **cuja soma seja superior** a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 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." (destaques meus).

No TCU, o limite de cinco anos advém do art. 46 da Lei nº 8.443/92 (declaração de inidoneidade). No exemplo, considerando-se o art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, o limite é um biênio. Por isso, **o cômputo das penas deve obedecer ao prazo escolhido pelo legislador para a espécie de reprimenda**. Logo, a combinação de duas sanções de impedimento não ultrapassa o período de dois anos, porém, na superveniência de uma que tem o fundamento em irregularidade praticada após o início da punição primitiva, recomeça-se a contagem do tempo de restrição do direito do reincidente e faz-se a unificação dos prazos para não se exceder o limite legal. Em suma, trata-se de regra que coarcta o cálculo do concurso material e formal impróprio de crimes dos arts. 69 e 70, *in fine*, do CP, o qual consiste na soma das penas dos delitos.

Para situações de aplicação de impedimentos no prazo máximo, o método proposto não traz diferença em relação àquilo que se faz por ora. Se dois impedimentos fossem cominados na mesma data, o *caput* do art. 75 do CP ordenaria a unificação das punições a fim de que não se avance além de 2 anos, à luz do art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, por meio da execução sucessiva, na forma do art. 69, § 2º, do CP. Na prática, assemelha-se o caso à criticada sobreposição, porquanto uma das restrições de direito restaria inócua. Entretanto, se cada impedimento perdurasse por 1 ano, o efeito concreto é nítido, porque eles seriam aplicados sucessivamente (1 + 1) sem o desrespeito ao limite bienal. Dessa maneira, a sistemática penal assegura a efetividade das sanções, corrigindo-se a falha da sobreposição (MEU: Que não pode ser utilizada e, malam partem).

Chama a atenção o seguinte trecho do Parecer: "***No caso em tela, como as sanções administrativas a serem eventualmente aplicadas pelo DNIT, também, são restritivas de direito, SMJ, sujeitam-se à disciplina do art. 69, § 2º, do CP, e não ao procedimento de soma, previsto no caput daquele mesmo artigo para as penas privativas de liberdade. Assim, SMJ, as sanções devem ser cumpridas simultaneamente, caso compatíveis, e sucessivamente, caso não sejam.***". Assumindo-se que a execução concomitante dos impedimentos seja inconciliável, a sucessividade das punições enseja afinal a soma do tempo de restrição ao direito de contratar ou licitar com a Administração.

A sucessividade das penas restritivas de direito previstas no art. 43 do CP, contanto que compatíveis, ocorre no período da pena privativa de liberdade que foi substituída pelo juiz. Destarte, elas são executadas no prazo da condenação de modo concomitante ou consecutivo. Em contrapartida, as sanções administrativas em comento não são alternativas a outra reprimenda. Significa isso que o impedimento de contratar e licitar segue prazo próprio, independentemente doutra punição, diferentemente das penas que substituem a privação da liberdade, que e lhes serve de parâmetro, conforme o art. 55 do CP: "*As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46.*".

A sucessividade constante do art. 69, § 2º, do CP provoca soma inevitavelmente, quando transposta para a seara administrativa. Como já mencionado, a soma do tempo das penas é a razão das disposições dos §§ 1º e 2º do art. 75 do CP. Ocorre que, se porventura operada a analogia, **atribui-se ao infrator situação potencialmente mais desvantajosa em face da sobreposição de penalidades**. A despeito do alerta do parecerista, a PFE e o TCU sustentam algo que incorre na proibição de que se tentou escapar na análise. **A tese atinge o princípio da reserva legal** (art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB), o qual incide no direito administrativo sancionador também, consoante a premissa do parecer jurídico (vide itens 10 e 11 do Parecer, *supra*).

O legislador cometeu grave omissão nas leis administrativas. A sobreposição de penas conduz a resultados injustos à sociedade. Contudo, o saneamento do problema passa pela inovação legislativa parlamentar. A analogia esbarra numa

norma fundamental de limitação do *jus puniendi* estatal, tal como foi proposta (*in malam partem*). Por conseguinte, **afigura-se inoperável no direito administrativo sancionador**, segundo manifestações do STJ e do STF reproduzidas no bojo do Parecer nº 00190/2019/PFE-DNIT/PGF/AGU.

3.3. Após, vieram os despachos do Diretor da DIREP (1440651 e 1443825), nos quais, em concordância com os termos da Nota Técnica 507, concluíram pela inviabilidade jurídica da tese apresentada, apresentando as seguintes observações e apontamentos:

a) Necessidade de adoção do posicionamento de que o Direito Administrativo Sancionador deva ser encarado como ramo autônomo das Ciências Jurídicas, motivo pelo qual exige-se que a técnica hermenêutica de interpretação do seu objeto de estudo e campo de atuação seja aplicada de modo a privilegiar as normas de Direito Administrativo como fonte primária de interpretação, sob o pressuposto de que estas normas são suficientes à regência dos institutos nelas previstos;

b) A aplicação dos institutos do Direito Administrativo Sancionador pelo operador do Direito deve, inicialmente, procurar sua fonte regulatória nas normas específicas que previram as sanções aplicáveis, ou mesmo em outras também de natureza administrativa, sendo que, na hipótese de omissão legal, o intérprete deve valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito;

c) Em primeiro plano, a utilização da interpretação analógica, em casos referentes ao Direito Administrativo Sancionador, como forma de supressão de possíveis lacunas existentes, deve buscar a sua parametrização a partir de outras normas de natureza administrativa, partindo sempre da premissa de que as normas de Direito Administrativo são suficientes para a aplicação dos institutos nelas previstos, sem desprezar, contudo, nos casos de impossibilidade de regência neste plano, da adoção de fórmulas empregadas em outros ramos do Direito, a exemplo do Direito Penal;

d) Que, no caso em concreto, a proposta encaminhada pelo DNIT visa a aplicação direta de institutos específicos previstos no Código Penal, como forma de balizamento da aplicação de sanções em âmbito administrativo, o que, em termos práticos, significa dizer que as sanções impeditivas de contratação com a Administração passariam para a regência de um regime de execução de penas próprio do Direito Penal, resultando, com isso, na unificação das penalidades administrativas restritivas de direito aplicadas;

e) Segundo a proposta de tese encaminhada, caso um ente jurídico, em um primeiro momento, fosse sancionado com uma pena impeditiva de contratar com a Administração por cinco anos, e, após transcorridos quatro anos de sua execução, sobreviesse nova penalização impeditiva de contratar pelo período de dois anos, observando-se, o prazo de início e término de cada uma delas de forma independente, ao invés do cumprimento simultâneo de ambas as sanções, a execução das penalidades seria reiniciada com base na soma do prazo restante de cumprimento da primeira sanção (um ano) àquele fixado para a segunda penalidade (no caso, de dois anos). Dessa forma, de acordo com a regra de unificação de sanções, e observado o prazo limitador máximo para cada tipo de penalidade, que nesta situação seria de cinco anos, na prática, o ente sujeito ao

cumprimento de uma nova sanção de dois anos - que poderia ter sido executada de forma independente -, submeter-se-ia, na verdade, a uma sanção de três anos [ou seja, sem haver a contagem paralela do último ano restante da primeira sanção com o ano inicial de cumprimento da sanção posteriormente aplicada];

f) Nas hipóteses de punições aplicadas em uma mesma data, há evidência de possível hipótese de prejuízo ao infrator a inviabilizar a aplicação da analogia na forma pretendida. Cita como exemplo, o caso da aplicação de três sanções de impedimento de dois anos, relacionadas a fatos diversos, e cominadas em um mesmo momento pelo mesmo ente público. Entende que a unificação destas penalidades, apesar de somar seis anos, restaria limitada legalmente a um patamar de cinco anos, situação esta que se apresenta mais desfavorável ao infrator do que a fluência de uma contagem simultânea das três punições [ou seja, caso a contagem se proceda concomitantemente, ao cabo de dois anos todas as penalidades restariam devidamente cumpridas];

g) A pretensão de aplicação da analogia, nos moldes da tese levantada, demonstra ser prejudicial aos potenciais atingidos pela norma, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme declinado no próprio parecer da Procuradoria Especial DNIT.

3.4. Neste ponto da análise, incumbe destacar a relevância do tema, uma vez que, dentro do campo da responsabilização administrativa de entidades privadas, a questão ora examinada deságua na expectativa de eficácia e do devido efeito preventivo e repressivo necessários às sanções legais aplicadas, de modo a promover um comportamento moral, ético e lícito por parte dos referidos entes nas suas relações com a Administração Pública Federal.

3.5. Logo, entende-se que a verificação a ser empreendida deva ser trilhada pelos meandros principiológicos que alcançam a matéria colocada a exame, de modo a perscrutar a viabilidade de utilização da analogia na supressão de lacunas em normas administrativas de conteúdo sancionador; no presente caso, de modo específico, quanto à forma de execução de penalidades em circunstâncias relacionadas a concurso de infrações administrativas.

3.6. Nesse sentido, sobreleva mencionar que prevalece o entendimento nesta CRG de que, no ato de aplicação de um norma administrativa ao fato ilícito, não se deve recorrer à analogia nas hipóteses em que, em razão de lacuna legal nela existente, derivada de omissão legislativa, a pretensa aplicação por empréstimo, de conteúdo de outros dispositivos fixados em leis diversas, venha a acarretar prejuízo ao infrator. Isto se deve ao fato de que, os efeitos jurídicos originados desta aplicação, advindos da transposição de um conteúdo de regramento diverso, seriam desconhecidos pelo agente infrator por não se apresentarem em leis regentes da matéria, indo, portanto, de encontro ao princípio da legalidade estrita ou da reserva legal.

3.7. Esta Coordenação já se manifestou nesse sentido quando da análise de caso relacionado a processos de responsabilização de empregados públicos federais, pela utilização por analogia de prazos prescricionais penais para a ação processual, em situações nas quais o ilícito administrativo também pudesse ser caracterizado como crime. Neste caso, não se admitiu o emprego da analogia com base nos prazos prescricionais estabelecidos em lei penal, à vista do efeito danoso produzido em relação ao agente, evidenciado na potencial dilatação do prazo prescricional administrativo sem a devida correspondência normativa permissiva.

3.8. Veja-se que, nesse caso em particular, por força constitucional, a hipótese de inexistência de prazo de prescrição exigiria a aplicação da via analógica como forma de supressão da referida lacuna, uma vez que a imprescritibilidade não é aceita. No entanto, situação diametralmente oposta seria identificar a intensão de extensão de um prazo dessa natureza, já estabelecido em norma administrativa, por utilização da analogia.

3.9. Aliás, vale ressaltar que quaisquer exceções ao princípio da reserva legal devem ser autorizadas pela própria Constituição Federal, à exemplo, na área de tributação, da autorização de alteração de alíquotas de impostos pelo Poder Executivo sem a necessidade de inclusão ou criação de novo dispositivo legal para a modificação dos respectivos percentuais.

3.10. Com efeito, especialmente em matéria atinente às sanções de responsabilização administrativa, a aplicação da analogia com a função de supressão de hiatos legais deve respeito à exigência de não caracterização de efeitos negativos em relação aos seus respectivos destinatários, trazendo, por conseguinte, a necessidade de inovação legislativa como meio certo e eficaz de imposição de novos regramentos, tanto para o administrador, como para o administrado.

3.11. Em relação ao administrado, interessa salientar que o conhecimento antecipado da norma impositiva tem o condão de delimitar as suas futuras ações, de modo a mantê-las no campo da licitude (cf. princípios da reserva legal estrita e legalidade, arts. 5º e 37 da CF). Portanto, pode-se aduzir que, naquelas situações em que a utilização da analogia revele qualquer tipo de efeito prejudicial ao infrator, sem uma correspondente previsão legal "direta" anterior, garantias constitucionalmente previstas são afetadas.

3.12. Com razão, nos casos de identificação de brechas legislativas, compreende-se o ímpeto do administrador na utilização da analogia como via de composição das falhas observadas. Na verdade, esta busca tem como esteio o atendimento à expectativa do interesse público para um efetivo cumprimento das penas, de modo a satisfazer os anseios preventivos e repressivos inerentes à sanção, e, por consequência, evitar que o agente penalizado venha a praticar novas ilicitudes. Dentro dessa concepção, pode-se dizer que, no campo sancionatório, de uma forma genérica, a autoridade administrativa empenha-se na correção de uma imperfeição legal, visando atingir a justeza na aplicação de uma penalidade em face da gravidade dos ilícitos praticados (aspecto qualitativo) e o seu número de repetições (aspecto quantitativo).

3.13. Contudo, nessa atividade, a solução resultante da procura em outras leis de disposição normativa adequada, a reger uma situação análoga à observada, e que possa, de forma imediata, emprestar o teor de seu conteúdo para supressão de uma lacuna existente, não pode se sobrepor à objeção gerada pelos potenciais efeitos *in malam partem* que possam advir dessa pretensa aplicação analógica. Especialmente, pela constituição do fato ilícito no tempo sem uma vinculação normativa a qualquer dispositivo legal, a impor de forma expressa e antecipada, as regras de caráter material ou formal a serem observadas pelos administrados ou pela Administração.

3.14. Importa repisar portanto que, quaisquer formas dissuasórias de prática ilícitas resultantes da aplicação da norma são sempre bem vindas, todavia, em situações que exijam o emprego da interpretação analógica como fonte de supressão de vazios legislativos, especialmente em normas de caráter sancionador, existe a necessidade de se evidenciar a não prejudicialidade ao infrator.

3.15. Neste mesmo eixo, conforme salientado na Nota Técnica 507/DIREP, a

aplicação da analogia seria justa caso fosse possível, sendo, portanto, nesse sentido, a omissão do legislador considerada como penosa ao interesse público. Ainda, como conclusão final, da referida nota, fez constar que o problema somente poderá ser corrigido por meio de inovação legal:

O legislador cometeu grave omissão nas leis administrativas. A sobreposição de penas conduz a resultados injustos à sociedade. Contudo, o saneamento do problema passa pela inovação legislativa parlamentar. A analogia esbarra numa norma fundamental de limitação do *jus puniendi* estatal, tal como foi proposta (*in malam partem*). Por conseguinte, **afigura-se inoperável no direito administrativo sancionador**, segundo manifestações do STJ e do STF reproduzidas no bojo do Parecer nº 00190/2019/PFE-DNIT/PGF/AGU.

3.16. Destarte, de modo mais específico, resta claro que o uso da analogia em razão da não especificação em lei do *modus operandi* de execução das sanções deve ser considerado como ato de efeito prejudicial à parte, uma vez que, por outro lado, o cumprimento simultâneo de penalidades sem que se proceda a unificação das mesmas, ainda que injusto, apresenta-se como situação extremamente favorável ao infrator. É, portanto, evidente que, a aceitação da validade do ponto de vista externado junto à tese desenvolvida pela Procuradoria do DNIT pode acarretar o surgimento de futuras demandas judiciais, viáveis materialmente, a serem promovidas pelas partes prejudicadas; o que, manifestamente, não atende ao interesse público, em especial pela possibilidade de reparação pelo Estado dos danos causados à empresa no curso do impedimento, na hipótese de ser considerado como indevido judicialmente.

3.17. Nota-se que, em vista das situações concretas apresentadas no âmbito do DNIT, e conforme conteúdo já exposto nas manifestações antecedentes a desta Coordenação-Geral, a questão em foco, consubstanciada na tese encaminhada à análise, apesar de estar imbuída de parâmetros justos, no que diz respeito à forma de aplicação de penalidades apresentada (tanto que objeto de apreciação e estudo no âmbito do TCU), não é, de antemão, e SMJ, viável juridicamente, posto que se encontra em um campo que se sabe limitado por natureza, qual seja, o das leis de caráter sancionador. Frise-se que, como já mencionado, neste plano não há espaço para a “surpresa” ou “desconhecimento” em relação àqueles a quem a lei é dirigida, o que define a necessidade de publicidade antecipada de seu conteúdo pelos meios ordinários e oficiais do Estado.

3.18. É inequívoco, pelo referencial trazido à consulta, que, na prática, a empresa deveria cumprir a sanção restritiva de direito de forma plena, sujeitando-se, dessa forma, ao devido efeito repressor e preventivo inerente à cada uma das penalidades aplicadas em razão de sua condutas irregulares e dos eventuais danos por ela causados. No entanto, repise-se, o foco de análise está fixado na verificação da legalidade da possibilidade jurídica da tese colocada a exame, que, conforme o quadro apresentado, não é plausível.

3.19. Dessa forma, pelo exposto, e por ora, resta o estudo da questão de forma a subsidiar a composição de futura inovação normativa, bem como, de uma forma geral, para a formatação e idealização de um legítimo sistema de execução das sanções administrativas dentro deste campo específico do direito administrativo sancionador.

3.20. Esclarecido o ponto nevrálgico da questão, e em vista da argumentações expendidas, tanto na Nota Técnica 507/DIREP, quanto nos despachos daquela Diretoria, que relacionam as possíveis inconsistências de aplicação direta da lei penal por analogia aos casos apresentados, além dos efeitos concretos de sua possível utilização, dá-se vazão à outras considerações e aspectos que podem somar ao enfrentamento do tema em um futuro estudo.

3.21. Preliminarmente, há de ser levado em conta que uma interação analógica com a lei penal, na forma proposta, deve observar com cautela a aproximação de pessoas de natureza distintas (físicas e jurídicas), especialmente sob o ângulo comparativo das possibilidades de aplicação de penalidades em relação a cada uma delas.

3.22. De se notar que, a aplicação de sanção a uma pessoa física, seja ela restritiva de direitos ou de multa, é *intuito personae*, ou seja, individualizada, não transcende ao agente (a não ser sob aspectos civis sucessórios), enquanto que, em relação à pessoa jurídica, pela sua própria condição, não há possibilidade de aplicação de pena restritiva de liberdade, mas sim, tão somente de restrição de direito e multa (além do ressarcimento ao erário por dano causado, que não se trata de pena, mas recomposição de prejuízo). Veja-se que esta disparidade entre a condição humana e abstrata destes agentes modifica o espírito das leis aplicáveis a cada um deles, levando o seu interprete a uma situação de extrema cautela frente à necessidade de aproximação e conexão de normas regentes específicas em uma atividade de construção analógica. Os efeitos de uma atividade de adaptação analógica, que se valha de modelos legais penais preexistentes de aplicação exclusiva às pessoas físicas para aplicação em pessoas jurídicas, serão abordados à frente.

3.23. À propósito, por importante, insta esclarecer que, no âmbito do direito administrativo, as penas de impedimento de contratar ou licitar, aplicadas às pessoas jurídicas, são caracterizadas como penalidades autônomas restritivas de direito, sendo que, de forma diversa, na seara criminal penal, relacionada às pessoas naturais, embora também se apresentem como penalidades restritivas de direito autônomas, possuem uma função substitutiva às penalidades de restrição de liberdade. De todo oportuno trazer a reprodução dos artigos 32, 44, e 54 e 55 do Código Penal para visualização das características exclusivas da penalidade restritiva de direito em âmbito penal:

Art. 32 - As penas são:

I - privativas de liberdade;

II - **restritivas de direitos;**

III - de multa.

Art. 44 - As **penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade**, quando:

[...]

Art. 54 - **As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade**, fixada em quantidade inferior a um ano, ou nos crimes culposos.

Art. 55 - **As penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.**

(Destaquei)

3.24. Noutro giro, no tocante ao conteúdo legal disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 75, cumpre consignar que ele deve ser considerado como inapropriado para um compartilhamento analógico direto, com a função regerar a aplicação de sanções administrativas relacionadas às licitações por impedimento de contratação com a Administração Pública. Em verdade, os referidos dispositivos se referem primariamente às penalidades privativas de liberdade, cujas fundamentações e motivações derivam de uma necessidade de imposição de reprimenda máxima ou de unificação na execução de penalidades, compatíveis exclusivamente com a responsabilização criminal de pessoas físicas, ou seja, os seus efeitos de cunho repressivo e preventivo levam em consideração características inerentes às pessoas naturais. A seguir, como exemplo, transcreve-se o art. 75 do CP com o seu novo limitador legal, incrementado em dez anos em 2019 (de 30 para 40 anos),

justamente pela mudança na concepção punitiva retributiva em relação às práticas ilícitas realizadas por pessoas físicas:

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 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.

3.25. Adite-se, ainda, por pertinência, que no campo de estudo para o efetivo cumprimento das sanções administrativas especificadas, conforme se almeja, também deve tomar como auxílio, no que aproveitar, o regime de execução da penalidades regido pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/1984), que dispõe sobre o processamento de unificação de penalidades, onde, inclusive, situa-se dispositivo que espelha o conteúdo informativo do art. 75, § 2º do CP (este aplicável às pessoas físicas para o estabelecimento de modulações de cumprimento da pena em função do regime de cumprimento a ser considerado). Veja-se o dispositivo supra mencionado:

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.

3.26. De volta à questão central tratada nesta análise, que tem a pretensão de avaliar a viabilidade jurídica da tese *sub examine*, importa destacar que as entidades privadas (a quem são dirigidas as penalidades de responsabilização administrativa) detêm a capacidade de transcendência que as pessoas físicas não têm, uma vez que a existência destes últimos encerra-se definitivamente com a morte. Este estado metafísico das pessoas jurídicas pode ser verificado em tentativas de dissolução e posterior reconstituição das empresa com outra identidade - mudança de CNPJ -, na tentativa de ludibriar a Administração, fugindo à efetividade de suas apurações e consequentes sanções administrativas (veja-se ainda sob o prisma da abstração inerente às empresas, que, em nome do interesse público, estas podem ser dissolvidas de forma forçada, em razão de certas situações previstas em lei).

3.27. Dessa maneira, entende-se que na pré-concepção de uma possível inovação legislativa que se proponha a apresentar uma solução de execução das sanções administrativas, conforme almejado, há necessidade de enfrentamento dos aspectos aqui relacionados.

3.28. Ainda, nessa esteira, mas noutro sentido, cabe salientar que o bom comportamento da empresa também deva ser considerado na quantização do prazo de restrição, como por exemplo, pela não identificação da prática de novos ilícitos dentro de certo período, ou mesmo por evidências de padronização interna de medidas de integridade. Por outro lado, atuações ilícitas em sentido diverso devem ser exemplarmente reprimidas, vindo a afetar quaisquer concessões anteriores de benefícios.

3.29. Para além disso, também há de se observar o efeito dissipado da aplicação de sanção de impedimento a uma empresa, que atinge não somente a entidade privada e suas autoridades máximas (donos e sócios), mas terceiros (empregados ou dependentes diretos das atividades da empresa), que, apesar de não terem nenhuma responsabilidade pela fraude, podem sofrer com os efeitos

da interdição negocial dos atos de contratação com a Administração.

3.30. Insta esclarecer, a partir da observação da representação penal para o concurso de crimes (concurso material, formal, e continuado), que na atividade de construção de um sistema eficaz, eficiente e justo de execução de sanções administrativas, uma série de fatores especiais devem ser considerados - posto que inerentes à própria condição de existência destes entes abstratos sujeitos de direito -, procurando, com isso, equalizar as garantias extensíveis às pessoas de natureza jurídica e a necessidade de estabelecimento de formas eficazes e eficientes de aplicação das sanções, tal como a necessária fusão das penalidades cominadas.

3.31. À vista disso, a idéia de concurso de sanções administrativas para as pessoas jurídicas deve, antes de tudo, respeito aos limites legais máximos de aplicação de sanções já previstos em norma, com vistas ao justo dimensionamento do *quantum* de punição a ser imposta de forma unificada, ou seja, para uma imposição de reprimenda que, respeitando os limitadores máximos existentes, traduza fidedignamente a eficácia e a proporção necessárias da resposta estatal em relação à violação ocorrida.

3.32. Como exemplo do que está a se argumentar, cuida trazer à colação excertos do Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, relacionados à análise de aspectos ligados à definição do prazo máximo cumprimento de sanções de impedimento, cujos conteúdos apresentam uma preocupação com a devida repressão pelo ilícito cometido e com a forma de condução ética e íntegra da entidade privada, em balanceamento com a necessidade de continuidade das atividades empresariais (pela função social e necessidade da manutenção de sua viabilidade econômica destes entes):

8.4. Com efeito, a lei prevê uma margem para cada punição ('até cinco anos'), de forma que as sanções podem e devem ser aplicadas abaixo desse máximo, nas situações em que tal medida for suficiente para reprimir a conduta ilícita. Todavia, também há situações de inegável gravidade, em que a própria lei determina que a sanção se estenda por cinco anos. Mais que isso, a experiência demonstra que, em casos extremos, o licitante pode perpetrar reiteradas fraudes graves, tanto sob a ótica do desvalor da conduta (p. ex.: a elevada sofisticação do estratagema utilizado para ludibriar a Administração) como sob a perspectiva do desvalor do resultado (p. ex.: o elevado prejuízo acarretado aos cofres públicos), surgindo daí a necessidade de cumular sanções igualmente graves.

8.3. De todo modo, na deliberação recorrida o Tribunal manifestou preocupação com esse prazo total, que considerou excessivo. Ponderou-se no julgamento 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'. E que, em reconhecimento da função social da empresa, 'inexistentes circunstâncias agravantes, a pena deve ser fixada por período menor [que cinco anos]', de forma que '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'.

[omissis]

8.6. Por outro lado, no contexto de reiteração de condutas altamente lesivas ao interesse público são precisas as observações do MPTCU, de que 'a função social da empresa deve ser a preocupação primeira das próprias empresas', as quais 'devem ter como norte, permanentemente, o bem comum, o efetivo respeito às leis', harmonizando a liberdade de iniciativa empresarial com o interesse da sociedade.

8.7. Como observado no recurso, a continuidade da empresa 'não deve estar condicionada a contratações pelo Poder Público', mas, se assim for, por maior razão tal empresa deve observar padrões éticos de conduta, pois disso dependerá sua permanência como fornecedora do Estado.

8.8. Assiste razão ao MPTCU ao ponderar, ainda, que o afastamento de licitantes inidôneos induz o mercado a uma 'concorrência real, não fraudada', entre os agentes econômicos. Ao transgredir reiteradamente o ordenamento para, de

modo desleal, obter vantagens competitivas em prejuízo da lisura da competição, o fraudador contumaz de licitações assume o risco da cumulação de sanções, as quais não podem deixar de ser aplicadas e cumpridas.

8.9. O rigor, nesses casos, dá-se não só em benefício do erário, mas da própria ordem econômica, pois a conquista de mercado deve resultar da maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores, e não do uso de expedientes ilegais para obter vantagem ilícita na disputa.

[omissis]

9.14. Note-se que um dos fundamentos utilizados pela deliberação recorrida para não aplicar o prazo de trinta anos previsto no art. 75 do Código Penal foi o de que 'o afastamento compulsório do licitante por prazo tão longo' seria gravame incompatível com a função social da empresa. Tal inconveniente não se aplica ao limite previsto no art. 22, § 3º, da Lei 9.605/1998.

[omissis]

9.16. Ao realizar essa ponderação, em situação bastante próxima da disciplinada na Lei 8.443/1992, por envolver o mesmo tipo de agente (pessoa jurídica) e sanção de mesma natureza (impedimento de contratar com o Poder Público), o próprio legislador buscou um ponto de equilíbrio para conciliar as finalidades preventivas e repressivas da punição e a necessidade de preservar a empresa, ante as repercussões sociais que decorrem de seu regular funcionamento.

[omissis]

9.19. Em suma, a objeção levantada na deliberação recorrida, quanto à necessidade de conciliar a duração das múltiplas sanções do art. 46 da Lei 8.443/1992 com a função social da empresa, encontra na legislação penal especial um parâmetro de equilíbrio estabelecido pelo próprio legislador, justificando-se que esse limite temporal específico da Lei 9.605/1998 (regra especial) seja utilizado em preferência ao prazo trintenário previsto no art. 75 do Código Penal (regra geral).

3.33. Convém consignar novamente que, em alinhamento ao interesse público, todas estas vertentes até então expostas devem ser consideradas e sopesadas para o estabelecimento e fixação em norma de um escoreito sistema de execução de sanção. Ademais, também deverão ser levadas em consideração outras circunstâncias relacionadas ao ilícito, que têm influência nesta composição, dentre as quais: a prática dos atos lesivos no tempo; a identificação de hipóteses diferenciadas de cumprimento da pena em função da extensão do dano; as circunstâncias para uma possível individualização da pena em relação às pessoas jurídicas; a possibilidade de estipulação de regimes de cumprimento; o tipo de dano causado à Administração; e, por fim, das próprias consequências da aplicação de penalidade superveniente ao curso da execução de outra anterior.

3.34. Neste ponto, como substrato para o estudo do tema, passa-se à extração de outros pontos relacionados aos demais eixos da análise realizada na DIREP, que dizem respeito, de modo mais específico, à atual situação concreta no DNIT gerada pela existência de lacuna legislativa e às consequências de uma possível aplicação em tese por analogia dos arts. 69, § 2º, e 75, §§ 1º e 2º, do Código Penal:

a) A unificação de penalidades está adstrita ao prazo limite escolhido pelo legislador para a espécie de reprimenda observada. Portanto, em situações concretas, caso se considere a limitação de dois anos fixada no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, ao invés da limitação de cinco anos advinda do art. 46 da Lei nº 8.443/92 (declaração de inidoneidade), a cominação conjunta destas duas sanções de impedimento não poderá, em qualquer hipótese, exceder ao prazo bienal limitador indicado, fato este que, por si só, já se caracteriza como uma limitação concreta à utilização do cálculo na forma pretendida (por concurso material e formal impróprio de crimes - arts. 69 e 70, *in fine*, do CP); ou seja, o simples somatório das penalidades (na forma do *caput* do art. 75 do CP), especialmente nos

casos de existência de um período de pena ainda não cumprido, com a superveniência de nova punição de mesma natureza, encontra limitador nos dois anos especificado em lei;

b) Considerando a limitação bienal imposta pelo art. 87, inciso III, *in fine*, da Lei nº 8.666/93, na hipótese de aplicação simultânea de duas sanções de impedimento em prazo máximo, a aplicação da execução sucessiva espelhada na forma penal, relacionada às penas restritivas de direito de cumprimento simultâneo, quando incompatíveis entre si, restaria prejudicada (art. 69, § 2º, do CP), uma vez que o referido limitador traria um mesmo efeito de sobreposição de sanções por simultaneidade de cumprimento, conforme já vislumbrado na prática;

c) Caso a duração dos prazos de impedimentos acima referidos fosse fixada em um ano, com aplicação da soma das duas sanções de modo sucessivo, conforme a sistemática penal, o limite de dois anos não seria ultrapassado, garantindo-se, com isso, a efetividade de ambas as sanções pela incoerência de sobreposição;

d) As sanções administrativas de impedimento de contratar ou licitar com a Administração são autônomas e com definição de prazo próprio de duração, contudo, diferentemente das sanções penais, não são alternativas ou substitutivas à outra penalidade (cf. arts 43, 44 e 55 do CP);

e) A transposição por analogia dos efeitos da sucessividade definido no art. 69, § 2º, do CP, com vistas à sua utilização em âmbito administrativo, traz inevitavelmente a soma das sanções, sendo que, do mesmo modo, e pelo mesmo meio de integração normativa, a efetivação desta adição, com fundamento nas disposições dos §§ 1º e 2º do art. 75 do CP, resulta em impropriedade, pelo fato de ser potencialmente mais desvantajosa ao infrator se comparada à sobreposição de penalidades existente a se e operar em razão da lacuna legislativa existente.

3.35. Também em apoio aos estudos sugeridos, remete-se à leitura do inteiro teor dos acórdãos nºs 348/2016 e 2702/2018 do TCU, que, no seu bojo, dão tratamento pontual à questão abordada, bem como a outras a ela relacionadas, a exemplo da adequada extensão do limite para o cumprimento de sanções, que, impõe dizer, SMJ, também se situa em campo suscetível à proibição de fixação ou alteração, uma vez que, *a priori*, a competência encontra-se dentro das atribuições do legislativo.

3.36. Em retorno ao plano de análise, voltado às garantias constitucionais, oportuno trazer ao debate, pelos seus próprios argumentos, a apresentação em destaque de trechos da jurisprudência colacionada pela PFE em seu parecer (extraídas da manifestação do Ministério Público Federal junto ao TCU, no Acórdão 2702/2018/TCU), que refutam a aplicação da analogia em questões relacionadas à própria sanção ou à sua forma de aplicação, em situações que o seu resultado seja potencialmente prejudicial ao agente infrator:

11. Dessa forma, no ordenamento jurídico pátrio, a aplicação de penalidades está sujeita ao princípio da legalidade estrita, em qualquer esfera do poder estatal sancionador, não se admitindo tipificações ou penalização por analogia. A Administração Pública não está autorizada a aplicar sanções não previstas em lei, ou mesmo importar de diplomas normativos estranhos à matéria regulada, formas de penalizar o agente infrator. Elucidativo sobre essa questão o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ATO DE IMPROBIDADE.

1. O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais (Fábio Medina Osório in Direito Administrativo Sancionador, RT, 2000).

2. À luz dos referidos cânones, ressalvadas as hipóteses de aplicação subsidiária textual de leis, a sanção prevista em determinado ordenamento é inaplicável a outra hipótese de incidência [...] Precedente da Corte: REsp 704570/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, DJ 04.06.2007." (RESP 879360/SP, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, Dje 11/09/2008) (Grifo nosso)

[omissis]

14. Nesse caso, importante registrar que ao se utilizar da analogia no âmbito do direito administrativo sancionador, a Administração Pública não pode adotar analogicamente norma mais gravosa, em prejuízo ao agente, pois estar-se-ia incorrendo em **analogia in malam partem**, solução repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio, consoante se observa nos seguintes precedentes do STF e STJ:

" [...] Ademais, **na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei (analogia in malam partem), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade.** Precedentes. Ordem concedida." (HC 97261/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, Data do Julgamento: 12/04/2011) (Grifo nosso)

" [...] **As causas interruptivas da prescrição penal - definidas, taxativamente, em 'numerus clausus', no art. 117 do Código Penal - estão sujeitas a regime de direito estrito, não comportando, em consequência, ampliação nem extensão analógica. Inadmissibilidade da analogia 'in malam partem' em matéria de prescrição penal.** Precedentes. Doutrina." (HC 69859/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Data do Julgamento: 01/12/1992) (grifo nosso)

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO. CARGO OCUPADO SEM REMUNERAÇÃO. BASE DE CÁLCULO PARA FIXAÇÃO DA MULTA. SALÁRIO MÍNIMO. CABIMENTO. **DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ANALOGIA IN MALAM PARTEM. IMPOSSIBILIDADE.**

[...]

5. Como se trata de aplicação de penalidades, é se utilizar de um princípio geral de direito, que cuida da vedação da analogia em desfavor do sancionado. **No Direito Penal, ramo em que esta norma foi melhor trabalhada, distinguem-se dois subtipos de analogia: a analogia in malam partem e a analogia in bonam partem. A primeira agrava a pena em pressupostas hipóteses não abrangidas pela lei. Já a segunda utiliza-se de situações semelhantes para solucionar o caso sem agravar a pena.**

6. Ora, diante da lacuna da Lei de Improbidade Administrativa frente ao caso apresentado, pode-se utilizar da analogia para a determinação da base da pena de multa. **No entanto, a analogia não pode ser aplicada in malam partem, porque no âmbito do Direito Administrativo sancionador.**" (REsp 1216190/RS, Rel. Mauro Campbell, 2ª Turma, Data do Julgamento: 02/12/2010) (grifo nosso)

" [...]

1. A aplicação de penalidades está sujeita ao princípio da legalidade estrita. Mesmo no âmbito do poder de polícia, a Administração não está autorizada a aplicar sanções não previstas em lei. Não é legítima a aplicação a motoristas de taxi, modalidade de transporte individual, de penalidades estabelecidas para infrações no âmbito do transporte coletivo de passageiros. **No âmbito do poder estatal sancionador, penal ou administrativo, não se admite tipificação ou penalização por analogia.**" (MS 21922/GO, Rel. Teori Zavascki, 1ª Turma, Data do Julgamento: 05/06/2007) (grifo nosso).

3.37. Cumpre, ainda, colacionar o seguinte trecho da manifestação do

Ministério Público junto ao TCU, transcrita no Acórdão 2702/2018/TCU, que, embora orientada à apreciação de circunstância diversa, também relacionada àquela que ora se examina, corrobora o entendimento sustentado nesta CRG:

[...]

De igual sorte, entendo que no âmbito do TCU também não há mais dúvidas em se prestigiar essa posição garantista e reconhecer o uso da legalidade estrita em matéria sancionatória, tal como visto na jurisprudência acima indicada do STF e do STJ.

Exemplifico com o mesmo caso recente envolvendo a OAS em fraudes de licitações da Petrobras, já mencionado em linhas anteriores deste parecer. Naquele processo, o MPTCU sugeriu a aplicação analógica do art. 71 do Código Penal - aumento da pena aplicando-se o instituto da continuidade delitiva - mediante uma interpretação extensiva de norma sancionatória, pretendida pelo *Parquet* para ampliar o tempo em que a empreiteira deveria ficar inidônea, **o que foi rejeitado pelo relator e pelo Plenário**, oportunidade em que foi reafirmado, no voto condutor proferido pelo Ministro Benjamin Zymler, o entendimento construído justamente no Acórdão ora sob recurso (Acórdão 348/2016-Plenário), no sentido de que as regras temporais para a **cumulação** de sanções dessa natureza deve se ater ao prazo máximo de cinco anos previsto na norma própria, no caso, a Lei 8.443/1992. Ademais, foi ressaltado nessa decisão que o TCU adotou o mesmo entendimento do limite máximo dos efeitos da declaração de inidoneidade, tendo por parâmetro a própria Lei Orgânica, para os casos de cumulação de sanções de inabilitação para o exercício de cargo em comissão e função de confiança no âmbito da Administração Pública impostas ao mesmo responsável, limitando-as, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992, ao total de oito anos, a serem cumpridas sucessivamente (Acórdão 714/2016-Plenário). **Ou seja, é um caminho que vem sendo seguido e prestigiado pela Corte de Contas que, a meu ver, não comporta a alteração mais gravosa pretendida pelo recorrente e nem a proposta intermediária sugerida pela Serur.**

Denota-se, diante das jurisprudências do STF, STJ e TCU acima mencionadas, a aderência ao cânone do Direito traduzido na assertiva de que não se pode, por via de analogia *in malam partem*, ampliar o *jus puniendi* estatal.

3.38. Sem embargo da conclusão final adotada pela Procuradoria Federal Especializada e pela Corte de Contas, depreende-se que **a proibição de utilização da via analógica há de ser entendida no plano administrativo em seu sentido lato, uma vez que relacionada, em última análise, tanto aos aspectos ligados à própria sanção administrativa em si, onde se inclui a definição de ilícitos e a cominação de penas, como ao seu correspondente processo e execução.**

3.39. Assim, dentro da sistemática de interpretação do direito, sob a ótica dos direitos constitucionais, **não se vislumbra a possibilidade jurídica de sustentação da tese levantada pela PFE/DNIT**, que em síntese, e nos seus respectivos termos, pode assim ser sintetizada:

21. Na prática, a sistemática proposta objetiva deixar claro que a unificação das diversas penalidades aplicadas a um único agente, embora limitada a prazo máximo, tem sua data base deslocada para o cálculo do limite, reiniciando a contagem do prazo máximo. A aplicação dessa sistemática de execução da sanção almeja evitar que haja impunidade da empresa sancionada para infrações posteriores ao início da execução de sanções já aplicadas pelo DNIT, o que fatalmente ocorreria se já houvesse sido atingido o limite fixado para as sanções acumuladamente consideradas, ou se esse limite já estivesse próximo de ser atingido.

3.40. Nestes termos, entende-se que não há necessidade de um maior aprofundamento do exame da matéria no âmbito da presente análise, cabendo, neste momento, e nesta instância de controle, além da avaliação quanto à possibilidade

jurídica da tese levantada, o encaminhamento da tese ventilada por Consultoria Jurídica de autarquia federal à apreciação da Consultoria Jurídica desta Casa, haja vista o envolvimento de interpretação legal em conflito com garantias constitucionais.

3.41. Por ora, sugere-se que, até posterior manifestação da CONJUR/CGU, seja adotado o entendimento manifestado pela DIREP, e endossado por esta CGUNE, com o encaminhamento da presente nota à autarquia interessada em resposta à demanda.

4. **CONCLUSÃO**

4.1. Diante do exposto, sugere-se o seguinte:

- a) O encaminhamento da presente Nota Técnica em resposta à unidade interessada;
- b) O encaminhamento dos autos à CONJUR/CGU para manifestação.

4.2. À consideração superior.



Documento assinado eletronicamente por **JULIANO REGIS COSTA PIRES, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 08/05/2020, às 05:47, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1481657 e o código CRC A230DF77



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO CGUNE

1. Estou de acordo com a Nota Técnica nº 949/2020/CGUNE/CRG, que conclui pela inaplicabilidade dos arts. 69, § 2º, e 75, §§ 1º e 2º, do Código Penal nos casos de cumulação de sanções administrativas aplicadas a ente privados, tendo em vista a impossibilidade da utilização da analogia *in malam partem* no âmbito do Direito Sancionador.
2. Assim, encaminha a referida Nota à apreciação do Senhor Corregedor-Geral da União.



Documento assinado eletronicamente por **CARLA RODRIGUES COTTA, Coordenador-Geral de Uniformização de Entendimentos**, em 08/05/2020, às 18:54, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1486730 e o código CRC D1A3A46E



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO CRG

De acordo com a NOTA TÉCNICA Nº 949/2020/CGUNE/CRG 1481657 e com o Despacho CGUNE 1486730.

Ao GAB CRG para expedição de ofício para o DNIT.

À CGUNE, para divulgação do entendimento desta CRG na Base de Conhecimento e no Portal de Corregedorias.

Atenciosamente,



Documento assinado eletronicamente por **GILBERTO WALLER JUNIOR, Corregedor-Geral da União**, em 11/05/2020, às 15:18, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1487814 e o código CRC 7BA070C5