



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
NOTA TÉCNICA Nº 1299/2023/CGPRIV/DPI/SIPRI

PROCESSO Nº 00190.104227/2019-51

NOTA TÉCNICA

Processo SEI nº: 00190.104227/2019-51

Assunto: Reabilitação. Prazo Máximo Para a Penalidade de Declaração de Inidoneidade da Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993.

I - INTRODUÇÃO

1. Em 16 de fevereiro de 2023 a empresa MENDES JÚNIOR TRADING E ENGENHARIA S.A. apresentou manifestação questionando a avaliação de seu programa de integridade, realizado pela Coordenação-Geral de Integridade Privada, CGIPRIV, por meio da NOTA TÉCNICA Nº 3104/2022/CGIPRIV/DPI/STPC.

2. Em síntese, a Empresa afirma que: (i) seu programa de integridade é efetivo; (ii) as supostas lacunas apontadas no programa de integridade são inerentes à recuperação judicial e, por isso, em hipótese alguma devem constituir obstáculo à sua reabilitação; e (iii) a referida nota técnica aborta prematuramente a efetividade do programa recém implantado por uma empresa em recuperação judicial, sem dar a chance de um posterior monitoramento.

3. Além disso, alega que não é possível condicionar a sua reabilitação à prévia análise do seu programa de Compliance, uma vez que tal exigência violaria o princípio constitucional da irretroatividade da norma sancionadora mais grave, pois tanto a Lei nº 12.846/2013 como a Portaria nº 1.214/2020 são posteriores aos fatos que ensejaram a aplicação da sanção de inidoneidade à Empresa, ocorridos entre os anos de 2004 e 2012. Aponta, ainda, que essa exigência violaria os princípios constitucionais da segurança jurídica e da legalidade.

4. Afirmou, também, que deveria ser plenamente reabilitada, pois a sanção foi integralmente cumprida, o que implica em estar extinta a pena e a punibilidade, sendo certo que na decisão condenatória não consta, em momento algum, a tipificação da exigência de implementação de Compliance como condição objetiva de cumprimento da pena.

5. Em 03 de abril de 2023, a empresa apresentou um Memorial com o intuito de demonstrar o cumprimento integral das orientações emitidas por meio da Nota Técnica nº 3104/2022/CGIPRIV/DPI/STPC, acompanhado de 14 arquivos, e renovou o pedido de deferimento de sua reabilitação.

6. Considerando os novos documentos apresentados, convém realizar a presente análise acerca do pedido de reabilitação da Empresa.

7. Conforme disposto na Portaria CGU n. 1.214, de 8 de junho de 2020 – alterada pela Portaria Normativa nº 54, de 14 de fevereiro de 2023 –, em seu art. 2º, III, um dos requisitos necessários para concessão de reabilitação é a adoção de medidas que demonstrem a superação dos motivos determinantes da punição, o que inclui a implementação e a aplicação de programa de integridade, instituído de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 57 do Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022.

8. A referida portaria, no caput de seu art. 4º, estabelece que o pedido de reabilitação será processado pela Secretaria de Integridade Privada, que adotará as providências necessárias para a sua instrução, por intermédio da Diretoria de Promoção e Avaliação de Integridade Privada da Secretaria de Integridade Privada – DPI, sendo elaborada uma análise técnica conclusiva acerca do pedido de reabilitação, que conterá recomendação expressa sobre o deferimento ou indeferimento do pleito.

9. Inicialmente, convém ressaltar que a presente nota técnica irá analisar exclusivamente questões relacionadas ao programa de integridade da Empresa naquilo que relacionado ao prazo da aplicação da sanção de declaração de inidoneidade. Isso porque, conforme NOTA TÉCNICA Nº 2503/2022/COREP2 (SEI nº [2543483](#)), os demais requisitos necessários para reabilitação (transcurso do prazo mínimo e ressarcimento do prejuízo) já foram superados. Com efeito, de acordo com a referida nota:

3.12. (...) observa-se que esse primeiro quesito [transcurso do prazo] já foi considerado atendido por esta Corregedoria-Geral da União na análise elaborada pela Nota Técnica nº 478/2020/CGPAR – REABILITAÇÃO/CGPAR/DIREP/CRG (1430617), tendo em vista o escoamento do prazo mínimo de 02 (dois) anos desde a publicação da decisão que negou provimento ao pedido de reconsideração interposto pela pessoa jurídica em face da decisão que lhe aplicou a sanção de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública.

(...)

3.25. (...) não tendo a Administração Pública logrado êxito em definir o valor do ressarcimento até a presente data (diga-se de passagem, mais de seis anos desde a aplicação da penalidade), não resta outra alternativa a não ser considerar superada a necessidade do atendimento ao requisito do inciso II, do artigo 2º, da Portaria CGU nº 1.214/2020 [ressarcimento integral dos prejuízos causados], para fins de reabilitação da empresa MJTE.

II – ANÁLISE

10. De início, cabe esclarecer que a empresa foi sancionada com declaração de inidoneidade, aplicada com base no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, no bojo do processo administrativo sancionador (PAR) nº 00190.025826/2014-03, da Controladoria Geral da União - CGU, como consequência dos diversos desdobramentos diretos da Operação Lava Jato, tendo em vista o cometimento das seguintes infrações: a frustrar os objetivos da licitação; por pagar propina a agentes públicos, exercer influência indevida sobre esses agentes e deles receber tratamento diferenciado; e por ter-se utilizado de empresa de fachada para dissimular pagamentos. A decisão referida foi proferida em 27/04/2016, e publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 28/04/2016, Seção 1, p. 29 ([1172053](#)).

11. Fato é que passados 06 (seis) anos, há poucos dias de completar-se efetivamente 07 (anos), da aplicação da sanção, a empresa permanece sob a condição de inidônea e isso deve-se ao fato, inicialmente, de que o dispositivo contido no artigo 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, abaixo transcrito, não prevê marco final para a sanção.

Lei 8666/1993

[...]

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

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

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 enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

12. Acrescido a isso, no caso em tela, a penalidade em razão dos atos praticados foi aplicada em combinação com as disposições da Lei nº 12.846/2013, a qual foi regulamentada pelo Decreto 11.129, de 11 de julho de 2022, e pela Portaria CGU n. 1.214, de 8 de junho de 2020 – alterada pela Portaria

Normativa nº 54, de 14 de fevereiro de 2023 –, **a qual elenca, em seu art. 2º, III, como um dos requisitos necessários para concessão de reabilitação, a adoção de medidas que demonstrem a superação dos motivos determinantes da punição, o que inclui a implementação e a aplicação de programa de integridade.**

13. Desta feita, conforme se infere do presente processo, a empresa apenada não se desincumbiu da apresentação, nos moldes exigidos pela CGU e pela legislação vigente, do Programa de Integridade. Assim, permanece como inidônea para participar de contratações públicas.

14. Nesse sentido, por exemplo, nos termos da Lei 8.666/93, uma empresa pode ser declarada inidônea sem que haja prazo máximo de duração dessa sanção. Para a reversão da situação, a empresa deve buscar a reabilitação que, conforme regulamentos, demanda o cumprimento de requisitos pela empresa, dentre os quais se destaca a implementação de um programa de integridade. Assim, se não houver o cumprimento de algum dos requisitos necessários, a empresa continuará inidônea, ou melhor, não obterá êxito no seu processo de reabilitação. Como resultado, essa interpretação da lei faria com que a Declaração de Inidoneidade se constitua em uma pena perpétua, a não ser que sejam atendidos os requisitos legais de reabilitação. Tal situação, pelo menos de maneira abstrata, destoa veementemente do Estado Democrático de Direito instituído no ordenamento pátrio, afrontando o direito fundamental definido no art. 5º, inciso XLVII, b da Constituição Federal.

15. Questão semelhante a ora analisada foi levada ao Supremo Tribunal Federal pela Delta Construções S/A, por meio do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança impetrado face à União, RO nº 33.526, no qual a empresa afirmava que após decorrido o prazo mínimo contido no artigo 87, inciso IV, da lei 8.666/93, especialmente quando inexistente dano a ser ressarcido, ou quando os motivos que ensejaram a inidoneidade não mais remanesçam, não haveriam razões para a manutenção da declaração de inidoneidade, sob pena de aplicação de sanção perpétua.

16. O STF reconheceu que a impetrante possuía razão quanto ao questionamento inerente à inidoneidade, tendo o relator, Ministro Gilmar Mendes, colacionado entendimento de diversos administrativistas sobre o tema, como os Professores José dos Santos Carvalho Filho e Marçal Justen Filho, os quais asseveram que:

1. *“a reabilitação constituirá direito do contratado se, decorrido o prazo de dois anos, a Administração for ressarcida dos prejuízos causados”* CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. atual. ampl. - São Paulo: Atlas, 2016, p. 229).
2. *“A extinção dos efeitos da sanção de declaração de inidoneidade não se produz de modo automático, pelo simples decurso do tempo. Segundo a lei, faz-se necessário um ato administrativo formal, de cunho constitutivo negativo, denominado ‘reabilitação’. Essa disposição deve ser interpretada em termos consentâneos com o disposto no inc. XLVII do art. 5º da CF/88, que determina que ‘não haverá penas:*

(...)

b) de caráter perpétuo’.

Determina-se que a ‘reabilitação’ do sujeito declarado inidôneo poderá ser concedida apenas após decorrido prazo de dois anos da aplicação da sanção e mediante ressarcimento pelo interessado dos prejuízos derivados de sua conduta. A ausência de ressarcimento dos eventuais prejuízos, no entanto, não pode ser obstáculo ao deferimento da reabilitação, sob pena de configurar-se uma sanção com cunho de perpetuidade. Lembre-se que, no âmbito da repressão penal (que envolve condutas dotadas da mais elevada gravidade), admite-se a extinção da punibilidade em virtude do decurso do tempo, tal como se prevê que a execução da pena acarreta efeito similar. Isso também não pode significar que a declaração de inidoneidade tenha sido reservada apenas para os casos em que existir prejuízo para a Administração Pública. Existem condutas graves que não produzem danos ao patrimônio público, mas que comportam punição severa. Suponha-se, por exemplo, a falsificação de documento indispensáveis à participação em licitação. A descoberta da prática da ilicitude poderia acarretar a declaração de inidoneidade (pressupondo-se, é claro, que assim estivesse cominado na lei). Nessa hipótese, não caberia aludir ao ressarcimento de prejuízos como pressuposto da reabilitação.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 1.024-1.025).

17. Certo que a análise do caso concreto acima citado, bem como a manifestação dos juristas e doutrinadores sobre a norma em comento, teve como fundamento a questão do ressarcimento ao erário e sua eventual ausência, contudo a mesma máxima deve ser aplicada à exigência do Programa de Integridade, cuja necessidade decorre, como já dito, da aplicação conjunta das disposições da lei nº 8.666/1993, da lei nº 12.846/2013, do Decreto nº 11.129/2022 e Portaria CGU n. 1.214, de 8 de junho de 2020 – alterada pela Portaria Normativa nº 54, de 14 de fevereiro de 2023.

18. Assim, se ausência de ressarcimento ao erário, salvo se decorrente de um ato de improbidade administrativa (quando caracterizará, nos moldes da interpretação dada ao texto constitucional contido no artigo 37, § 5º da CF/88 pelos Tribunais Superiores, um dano imprescritível), não pode fundamentar a dilação da pena de inidoneidade ao infinito, quiçá poderia fazê-lo a ausência de Programa de Integridade, o qual, como regra, sequer é requisito para participação em licitações públicas, ressalvada exigência em sentido diverso. Qualquer entendimento em sentido contrário violaria princípios fundamentais do ordenamento jurídico como o da livre iniciativa (art. 170, CF/88) e ampla concorrência em processo licitatório (art. 37, XXI, CF/88), bem como o próprio princípio da preservação e função social da empresa.

19. Assim, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, RO nº 33.526, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que pese não possua caráter vinculante, joga luz a uma lacuna normativa que demanda solução. Certo que a decisão, em parte consonante com o texto legal, fixa algumas premissas:

- 1. Passados os dois anos previstos no inciso III, do artigo 87 da Lei nº 8666/93, não há impedimento para a análise quanto a reabilitação da empresa declarada inidônea com base no inciso IV deste mesmo artigo;*
- 2. Passados os dois anos previstos no inciso III, do artigo 87 da Lei nº 8666/93, inexistindo outras obrigações a serem cumpridas pela apenada, a reabilitação é um direito a ser reconhecido pela autoridade sancionadora;*
- 3. Passados os dois anos previstos no inciso III, do artigo 87 da Lei nº 8666/93, ainda que existam obrigações não cumpridas pela apenada, a pena não pode ser perpétua, devendo as disposições da Lei Geral de Licitações ser compreendida em consonância com os dispositivos Constitucionais vigentes;*

20. A decisão do STF, contudo não responde uma questão relevante: qual é então o prazo máximo pelo qual a penalidade contida no inciso IV, do artigo 87, da Lei 8.666/93 (declaração de inidoneidade) pode ser aplicada, uma vez que sacramentada a impossibilidade de aplicação de penas perpétuas sob pena de violação de preceitos fundamentais, ante o silêncio normativo?

21. Conforme conceitua o Professor Osmar Vieira da Silva [\[1\]](#):

“O vocábulo “lacuna” foi introduzido, com um sentido metafórico, para designar os possíveis casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução. Três são as espécies de lacunas:

- 1. normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso;*
- 2. ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais (o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso tecnológico, etc.);*
- 3. axiológica, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.*

22. Já o Professor Christiano José de Andrade [\[2\]](#):

“Aparentemente a lacuna é vista como falha do sistema que é assim incompleto. O direito como sistema é uma incompletude completável por ser aberto. Estaticamente o direito é lacunoso, mas dinamicamente ele é sem lacunas, visto que seu próprio dinamismo traz soluções para qualquer caso sub judice, dada pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo. Mediante a criação e a aplicação de normas, o próprio direito vai suprindo seus espaços vazios”.

23. Certo que, em que pese a existência de lacunas normativas, assim consideradas em conceito amplo, os casos concretos não podem permanecer sem solução em razão disso, conforme colacionado no artigo 4º da Lei de Introdução do Normas de Direito Brasileiro – LINDB.

Decreto - Lei nº 4.657

[...]

"Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito."

24. Assim, havendo omissão da lei, o aplicador, para solucionar a questão, utilizará a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, e esse processo é denominado de integração. Interessa-nos o instituto da analogia.

25. A analogia consiste na aplicação de uma norma prevista para uma hipótese distinta, porém semelhante. Assim, para um caso não previsto na legislação, utiliza-se a norma existente para um caso que seja parecido, respeitando as suas individualidades.

26. Aqui ganha relevância as previsões trazidas na Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a qual, diferente da lei 8.666/93 que é omissa no aspecto temporal da penalidade de declaração de inidoneidade, em seu artigo 156, §5º, prevê expressamente para estes casos um limite de no mínimo 3 (três) anos e no máximo de 6 (seis) anos para sua incidência.

"Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

(...)

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

(...)

*§ 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo **mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.**"*

27. Importa aqui consignar a peculiaridade da vigência concomitante das duas leis de licitações, a Lei nº 8.666/96 e nº 14.133/2021, sendo que cada uma delas deve reger as contratações realizadas sob a sua égide.

28. Assim, inicialmente, para solucionar a omissão da lei 8.666/96, identifica-se a existência de uma lacuna legislativa que pode ser solucionada com o uso da analogia face às disposições da 14.133/2021. Isto considerando que se as duas leis prescrevem regime de contratação pública, no qual a lei posterior foi colocada para tornar-se, no futuro, total substituta da lei anterior—ainda que tenha disposição expressa de vigência concomitante e de que cada uma rege as contratações realizadas sob a sua égide.

29. Tal utilização de analogia, além atender a preservação de direito fundamental, conforme mencionado, não está proibida pela Lei 14.133/2021. O contrato em decorrência do qual resultou a penalidade ora analisada foi firmado sob a égide da lei nº 8.666/93 e integralmente por ela regido, inclusive em relação às sanções passíveis de aplicação. Já a nova lei consigna vedação expressa para que os contratos antes da sua entrada em vigor sejam por si regidos (art. 190), sendo que, no caso concreto, tratamos só do exaurimento de sanção, e não de mudança de regime jurídico contratual. Além disto, a nova lei traz vedação expressa de que a administração pública, ao optar por licitar ou contratar, faça aplicação combinada da Lei 8.666/93 com a Lei 14.133/2021 (art. 191, § 2º), o que também não acontece neste caso.

30. Nesse contexto, não se trata de antinomia de normas, visto que uma lei posterior afasta expressamente sua aplicação nas situações regidas pela lei anterior, ou seja, não há a concomitância de mais de uma norma aplicável para a mesma situação concreta, do qual pudesse resultar aparente conflito. Assim,

tampouco se está tratando de solução de aplicação normativa em caso de antinomia pelo critério de cronologia.

31. De igual modo, é importante ressaltar que não estamos aqui falando de retroatividade da lei 14.133/2021 para reger situações que a antecederam, mas sim da aplicação de uma lei por analogia a fim de suprir uma lacuna legislativa da lei anterior. Lacuna esta que gera violação direta de direito fundamental previsto na Constituição Federal, qual seja, a vedação de penas perpétuas. Como resultado da interpretação sistemática dos dispositivos legais e constitucionais, deve-se entender que não vai subsistir a inidoneidade não porque houve reabilitação antes do cumprimento da pena, mas pelo próprio exaurimento da pena pelo seu total cumprimento temporal (a empresa foi inidônea por mais de 6 anos).

III – CONCLUSÃO

32. Desta feita, ante todo o exposto, considera-se que na atualidade o limite máximo para a aplicação da pena de declaração de inidoneidade deve ser de 06 (seis) anos, o qual consta da Lei nº 14.133/2021, lei geral de licitações superveniente à Lei nº 8.666/1993, cuja lacuna restou assim solucionada, ainda que a contratação não tenha sido por ela regida. Sendo assim:

Encaminho para consideração superior com proposta de **declarar o fim da sanção imposta (declaração de inidoneidade) com a respectiva baixa no Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS.**

[1] REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano II - nº 2

[2] O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica. São Paulo: RT, 1992



Documento assinado eletronicamente por **ALINE RODRIGUERO DUTRA, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 28/04/2023, às 15:29, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



Documento assinado eletronicamente por **RENATO MACHADO DE SOUZA, Diretor de Promoção da Integridade**, em 28/04/2023, às 15:44, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://super.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 2780685 e o código CRC B26C81D0