

PARECER. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO. TERMO INICIAL

*LEGAL OPINION. MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE.
BAN ON GOVERNMENT CONTRACTING. INITIAL DATE*

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Professor Emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

*Quesito:*¹ Pena restritiva de direito concernente à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos, aplicada com fundamento na Lei Federal 8.492/92 (Lei de Improbidade Administrativa), tem como termo inicial para sua eficácia o trânsito em julgado da respectiva decisão judicial?

A Consulente é empresa com notória e reconhecida *expertise* na prestação de serviços especializados de metodologias educacionais e capacitação de professores e é focada, exclusivamente, no mercado educacional público. Ocorre que seu sócio fundador, “A”, também é sócio fundador e responsável pela empresa “B” que, por sua vez, foi alvo de aplicação de pena de proibição de contratar com o poder público com fundamento no regime legal que tutela a probidade administrativa nos termos do art. 12, inciso II, da Lei Federal 8.492/92.

A empresa “B” foi contratada, por meio de procedimento de contratação direta com fundamento em inexigibilidade de licitação, no ano de 2004, para prestação de serviços especializados de fornecimento de metodologias educacionais

1. A transcrição deste parecer foi realizada por Renan Marcondes Facchinatto e Victor Augusto de Oliveira.

isto, ou seja, *sem que se conclua esta fase recursal, não se realiza o devido processo, visto que ele a pressupõe como elemento indispensável. Sem isto não se efetua o que a Constituição considerou necessário para sua ocorrência.*

Daí decorre, por mera e inadversável consequência lógica, que nenhuma sanção judicial ou administrativa *pode ser aplicada antes da conclusão de um devido processo*. Vale dizer: as sanções pressupõem a completude de um devido processo, sem o que haverá contradição a princípio de importância magna explicitamente abraçado de maneira até enfática pela Constituição do País. Assim, para que ocorresse tal exceção cumpriria que existisse uma prévia e indiscutível ressalva quanto a isto. Se não existir, é óbvio que nenhum intérprete assisado sufragará tal entendimento, porque ofenderia à força aberta dicção principiológica residente na Lei Magna.

2. Eis, pois, que conforme sua exigência, é incabível, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que a pena restritiva de direito concernente à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja acionista majoritário, pelo prazo de cinco anos, seja aplicada com fundamento na Lei Federal 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa) *sem a prévia realização de um completo procedimento administrativo ou judicial assegurada ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes*.

Donde não há como contender a assertiva de que é radicalmente inadmissível aplicar dita sanção sem que se tenha preliminarmente concluído o processo com a finalização da ampla defesa. Se ela não foi realizada, isto é, se não se integrou e concluiu, é meridianamente claro que não foi aberto o espaço jurídico indispensável à aplicação de sanção.

3. Nem seria preciso indagar a razão destes dispositivos, pois é perceptível de imediato que seu objetivo é, de um lado, assegurar o preceito magno de que todos são inocentes até prova em contrário e, de outro, impedir a adoção de medida que possa, ao depois, revelar-se como de reparação efetiva literalmente impossível, se afinal viesse ser julgado que a parte não havia cometido irregularidade alguma. Aliás, que bastas vezes aconteceu em casos similares ao da Consulta, que decisões do Tribunal de Contas do Estado mencionadas pela Consulente, consideraram correta a dispensa de licitação em casos absolutamente equivalentes. Deveras, seria impossível de antemão dizer-se que o sancionado seria ou não vitorioso em dado certame e que seu ganho ou seus ganhos, no caso de diversas licitações, montaria a tantos reais, cuja percepção viesse a ser obstada pela providência sancionatória intempestiva, suscitada pela habitual intemperança do Ministério Público.

4. Isto tudo posto e considerada a indagação da Consulta respondo, reafirmando o acima dito:

“Nenhuma sanção judicial ou administrativa pode ser aplicada antes da conclusão de um devido processo que teria de precedê-la. Vale dizer: as sanções pressupõem a completude de um devido processo, sem o que haverá contradição a princípio de importância magna explicitamente abraçado de maneira até enfática pela Constituição do País. Assim, para que ocorresse tal exceção, cumpriria que existisse uma prévia e indiscutível ressalva quanto a isto. Se não existir, é óbvio que nenhum intérprete assisado sufragará tal entendimento, porque ofenderia à força aberta dicção principiológica residente na Lei Magna.”

É o meu parecer.
