

PARECER PROLIC N° 89 /2018

Trata-se de consulta formulada pelo pregoeiro Murilo Lobo de Queiroz a esta PROLIC acerca da divergência entre o entendimento da Central de Licitações, pacificado através de Parecer Normativo desta PROLIC, e o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, no tocante à extensão dos efeitos de punições impostas às empresas com base nas leis nº 8.666/93 e 10.520/2002.

Cita que pela súmula nº 222 do TCU a Administração teria que acatar as decisões da Corte de Contas, a qual tem o entendimento que a aplicação da sanção impossibilitaria a empresa apenada de licitar apenas no âmbito da entidade responsável pela sanção.

Eis o sucinto relatório.

Em face de situações que possam ocasionar prejuízo ao procedimento licitatório, especificamente na modalidade de Pregão, seja ele presencial ou eletrônico, observa-se a aplicação do art. 7º da Lei nº 10.520/02, legislação especial que tipifica expressamente em seu texto as condutas que acarretam a aplicação de sanções por parte da Administração Pública, assim dispondo:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, **ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.** (g.n.)

Nesse mesmo trilhar, é encontrado no art. 87 e incisos da Lei nº 8.666/93, legislação que versa sobre a licitação no âmbito geral, alcançando todas as suas modalidades:

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. (g.n)

Todavia, as expressões “Administração” (no inciso III) e “Administração Pública” (no inciso IV), têm gerado relativa polêmica no meio jurídico, posto que alguns



entendem a suspensão do direito de licitar é restrita às licitações a serem realizadas pelo ente sancionador, enquanto que a declaração de idoneidade seria mais ampla, para a Administração Pública em todas as suas esferas.

Os adeptos dessa conclusão empreendem interpretação sistemática da Lei Geral de Licitações, que em seu Art. 6º, incisos XI e XII, conceitua diferentemente os dois vocábulos, senão vejamos:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

O doutrinador **Jessé Torres Pereira Junior**¹ se fundamenta nessa distinção feita pela Lei e acrescenta:

Compreende-se a diversidade de alcance em sistema que institui penalidades em graduação, da mais leve (advertência) à mais severa (declaração de inidoneidade). Os efeitos da suspensão são restritos ao local em que imposta, quanto ao direito de licitar e contratar; os efeitos da inidoneidade, a mais gravosa das penalidades administrativas previstas na Lei nº 8.666/93, são nacionais, quanto ao mesmo direito de licitar e contratar.

Por outro lado, o renomado administrativista **Marçal Justen Filho**² leciona que **OS EFEITOS DA PENALIDADE PREVISTA NO ART. 87, INCISO III, DA LEI Nº 8.666/93 ESTENDEM-SE, INDISCUTIVELMENTE, A TODAS AS ESFERAS ADMINISTRATIVAS**, veja-se:

"(...) não haveria sentido em circunscrever os efeitos da suspensão de participação de licitação a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar suspenso.
(Grifos nossos)

Observa-se que o mencionado autor, é peremptório ao afirmar que: **"(...) Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar suspenso"**.

A utilização das sanções pela Administração devem ser pautadas pela cautela, observando aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, haja vista não existir vinculação das condutas e sanções, sendo atribuição do juízo de discricionariedade administrativo adequar à conduta a sanção cabível.

Nessa esteira, depreende-se que o objetivo principal do dispositivo não é somente penalizar o licitante infrator por comportamentos que vão de encontro ao interesse da Administração, mas adequar a conduta dos interessados a contratar com esta sob os

¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pags 858-859.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão – Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005.

Centro Admin. Bárbara de Alencar • Av. Dr. José Martins Rodrigues, 150 - Edson Queiroz
Cep: 60811-520 • Fortaleza, Ceará • Fone: (85) 3459.6390

moldes dos princípios da moralidade administrativa, visando a transparência no procedimento licitatório e a segurança jurídica das relações dela advindas.

A competência para a aplicação de tais medidas sancionatórias é do órgão administrativo diretamente atingido pela conduta ilegal do licitante. Pelo princípio do pacto federativo, observa-se que cada ente federativo detém autonomia para tomar suas próprias decisões administrativas, dentre as quais está a aplicação das sanções elencadas no art. 87 da Lei do Geral de Licitações.

No entanto, ressalte-se que o alcance da medida que impede a empresa de licitar e contratar atinge toda a Administração Pública, e não só o ente federativo que observou a conduta reprovável da licitante.

Nesta senda, o posicionamento da melhor doutrina é sólido ao estabelecer que justamente por conta da Administração Pública se caracterizar pela unidade e indivisibilidade, somente se repartindo como forma de aprimorar o desenvolvimento de seus serviços e a capacidade de atender à população, não há como privar o particular de contratar com um órgão específico, mas sim com a Administração como um todo.

Ora, caso não fosse este o entendimento, haveria visivelmente violação aos princípios da moralidade e da razoabilidade, visto que seria deveras contraditório o fato de uma dada empresa estar impedida de participar de licitação e contratar com determinado órgão da Administração Pública, no entanto, continuar gozando, com plenitude, do direito de participar de licitação de outra entidade administrativa.

Na linha interpretativa ora desenvolvida, argumenta Marçal Justen Filho³, defendendo o entendimento de que as sanções teriam o mesmo efeito perante toda a Administração Pública:

"(...) afigura-se ofender a lógica reconhecer que a conduta ilícita do sujeito acarretaria sanção restrita ao âmbito de um único e determinado sujeito administrativo. Se o agente apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Sob um prisma sistêmico, nenhum órgão da Administração Pública poderia contratar com aquele que teve seu direito de licitar 'suspense'."

Ademais, enfatiza-se que nas licitações públicas o princípio da moralidade deverá nortear toda a conduta administrativa. Assim sendo, devem os agentes administrativos envolvidos nas licitações atuarem com lealdade e boa-fé em todos os seus atos, portando-se com seriedade, de modo a garantir a lisura do procedimento, e evitando-se qualquer conduta desfavorável à Administração Pública. Por conseguinte, o mesmo comportamento espera-se do particular perante toda a Administração Pública.

A jurisprudência pátria apresenta consonância com esse entendimento,

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009. Centro Admin. Bárbara de Alencar • Av. Dr. José Martins Rodrigues, 150 - Edson Queiroz
Cep: 60811-520 • Fortaleza, Ceará • Fone: (85) 3459.6390

conforme se observa na decisão do **Superior Tribunal de Justiça - STJ** no **REsp 151.567/RJ**. Na ocasião, o Ministro Francisco Peçanha Martins, relator do voto que decidiu o recurso, reproduziu trecho do voto condutor do acórdão recorrido, do qual transcreve-se o seguinte excerto:

"A premissa em que se fundamenta o julgado, ou seja, a diferença conceitual entre órgão da administração pública e órgão da administração, em que se assenta a conclusão de que a penalidade aplicada por este último tem a sua eficácia limitada à jurisdição administrativa do órgão sancionador, **não se compadece com o sistema instituído pela lei de regência, até porque o princípio da moralidade administrativa, insculpido no art. 3º da Lei 8.666/93, não se harmoniza com a ideia de que a improbidade, decorrente da inadimplência do licitante no cumprimento do contrato, tenha por limite a jurisdição administrativa do órgão sancionador.**

[...]

É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. **A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. A LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA "SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO" NÃO PODE FICAR RESTRITA A UM ÓRGÃO DO PODER PÚBLICO, POIS OS EFEITOS DO DESVIO DE CONDUTA QUE INABILITA O SUJEITO PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO SE ESTENDEM A QUALQUER ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**"

(grifos nossos)

Em outra recente decisão, o STJ reafirmou seu posicionamento, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE. ADMINISTRAÇÃO X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA.

[...]

10. Por fim, não é demais destacar que **neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a sanção de impedimento de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela.** Precedentes.

11. Recurso ordinário não provido.

(Processo RMS 32628/SP. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 2010/0123926-1. Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 06/09/2011. Data da Publicação/Fonte: DJe 14/09/2011)

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no bojo do RMS 9707/PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, tece comentários acerca dos princípios licitatórios da probidade e honorabilidade, de estrito cumprimento dos particulares quando da participação nos certames, protegidos pela decisão que impede a participação dos licitantes irregulares:

"A garantia da honorabilidade e probidade dos licitantes é qualidade indissociável ao trato da coisa pública. O resguardo da Administração à regularidade da concorrência pública denota, sobretudo, o respeito ao interesse comum. Ora, se a lei exige do administrador que aja com



proibidade ao promover a licitação pública, com maior razão que também se prescreva ao particular essa exigência.”

A extensão das sanções previstas na Lei nº 8.666/93 voltou à tona na pauta de julgamento do STJ, o qual novamente concluiu pelo efeito extensivo das penalidades previstas no art. 87, III e IV, do Estatuto Licitatório, conforme abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE.

1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade.

2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado.

3. O *writ* impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese.

4. NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, A PENALIDADE PREVISTA NO ART. 87, III, DA LEI 8.666/93, SUSPENDENDO TEMPORARIAMENTE OS DIREITOS DA EMPRESA EM PARTICIPAR DE LICITAÇÕES E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO É DE ÂMBITO NACIONAL.

5. Segurança denegada.

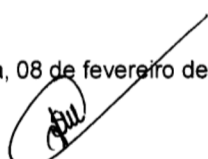
(STJ, S1 - Primeira Seção, MS 19.657/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 14/08/2013, p. DJe 23/08/2013).

Consequentemente, o principal efeito da decisão que suspende o direito das empresas que praticam as condutas tipificadas na legislação supra de licitar e contratar com toda a Administração Pública é a sua inabilitação para futuros certames que ensejaria participar.

Assim, corroborando a jurisprudência do STJ, conclui-se que a suspensão temporária de participação em licitação, na forma prescrita no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, bem como impedimento de participar de licitação e contratar com a Administração, na forma prescrita no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, impede o apenado de contratar e licitar com todos os órgãos da Administração Pública em qualquer de suas esferas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Fortaleza, 08 de fevereiro de 2018.


Simone Magalhães Oliveira
PROCURADORA DO ESTADO – PROLIC

