

## ARTIGO

# A AMPLITUDE DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO *THE EXTENT OF THE SANCTION OF TEMPORARY SUSPENSION OF PARTICIPATION IN BIDDING*

**Claudio Henrique de Castro<sup>1</sup>**

Doutor em Direito - UFSC

Professor Adjunto – UTP

Pós doutorando - FDUL/Portugal e PUCPR

### RESUMO

O artigo analisa a amplitude da sanção de suspensão temporária de participação em licitação, isto é, se é possível empresa com sanção em ente municipal participar de licitação estadual ou da União. Analisa-se a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Conclui que as normas gerais prevalecem sobre as normas municipais ou estaduais que não podem ampliar ou reduzir a sanção de suspensão.

### PALAVRAS-CHAVE

Suspensão. Temporária. Licitações. Norma geral.

### ABSTRACT

*The article analyzes the breadth of the sanction of temporary suspension of participation in bidding, that is, if it is possible for a company with a sanction in a municipal entity to participate in a state or Union bidding process. The case law of the Federal Audit Court, the Superior Court is analyzed Justice and the Supreme Federal Court on the subject. It concludes that the general norms prevail over the municipal or state norms that cannot extend or reduce the suspension penalty.*

### KEY-WORDS

*Suspension. Temporary. Bidding. General rule.*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da interpretação do art. 87 da Lei 8.666/1993 que trata da inexecução total ou parcial do contrato na qual a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado a sanção do inciso III, da suspensão temporária de participação em licitação e do impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

<sup>1</sup> Contato: [claudio15dedezembro@gmail.com](mailto:claudio15dedezembro@gmail.com)

## 2 VISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como o Tribunal de Contas da União (TCU) interpreta este tema quanto as leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 13.303/2016.

No Acórdão 2081/2014 – Plenário o TCU assim decidiu:<sup>2</sup>

Enunciado: A sanção de impedimento de licitar e contratar pautada no art. 7º da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) produz efeitos não apenas no âmbito do órgão/entidade aplicador da penalidade, mas em toda a esfera do respectivo ente federativo (União ou estado ou município ou Distrito Federal).

Recentemente, o Acórdão 269/2019 de 13/02/2019 do TCU confirmou a interpretação, citando outras decisões a respeito do tema:<sup>3</sup>

Enunciado: Os efeitos da sanção de impedimento de licitar e contratar prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 **restringem-se ao âmbito do ente federativo sancionador** (União ou estado ou município ou Distrito Federal). (...) a interpretação dada ao art. 7º da Lei 10.520/2002 afronta a jurisprudência do TCU, **a qual é no sentido de que as sanções previstas nesse dispositivo se limitam ao ente federado sancionador** (Acórdãos 2.242/2013, 2.081/2014 e 2.530/2015, todos do Plenário deste Tribunal, entre outros);

(...)12. Realmente, há interpretação distinta entre o TCU e o STJ quanto à abrangência dos efeitos da pena de suspensão temporária disciplinada pelo art. 87, III, da Lei 8.666/93. **Para o TCU, a sanção produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador. Para o STJ, a sanção aplica-se a toda Administração Pública.**

(...)14. Por oportuno, quanto à abrangência dos efeitos de sanções a licitantes, trago excerto que proferi quando do Acórdão 2.530/2015-TCU- Plenário, que bem sintetiza a questão:

O impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) é pena mais rígida do que a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993), e mais branda do que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993). (grifamos)

Prevê o art. 7º da Lei 10.520/2002:

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. (grifamos)

2 BRASIL. TCU. **Acórdão 2081/2014 – Plenário**. Disponível em [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*NUMACORDAO:2081%20ANOACORDAO:2014%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*NUMACORDAO:2081%20ANOACORDAO:2014%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20) Acesso em 08 de nov. 2020.

3 BRASIL. TCU. **Acórdão 269/2019 – Plenário**. Disponível em [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*NUMACORDAO:269%20ANOACORDAO:2019%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*NUMACORDAO:269%20ANOACORDAO:2019%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20) Acesso em 08 de nov. 2020.

A motivação da interpretação do TCU seria a interjeição “ou” ou invés de “e”.

Esta visão do TCU alcança também o art. 87, III da Lei 8.666/1993 nos termos do Acórdão 2081/2014,<sup>4</sup> dentre outros:<sup>5</sup>

Em jurisprudência predominante, mais recentemente o TCU tem conferido abrangência limitada às suspensões temporárias de licitar, coerentemente com as definições insculpidas no próprio texto legal (Acórdãos 1.457/2014, 2.556/2013, 2.242/2013, 1.017/2013, 3.243/2012, todos do Plenário): “Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...)

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;

**Segundo os julgados relacionados, quando se aplica a punição baseada no art. 87, inciso III, da Lei de Licitações, a proibição de contratar adstringe-se à entidade sancionadora.** (grifamos)

Interessante que o TCU afirma em suas decisões que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem interpretação mais ampla, nos termos do citado Acórdão 269/2019 – Plenário.

No STJ o REsp 1.382.362-PR<sup>6</sup> afirma a interpretação dos efeitos amplos das sanções previstas no art. 87, III e IV da Lei 8.666/93 e assim se estendem a toda à Administração Pública e não apenas ao órgão ou ente federado que a aplicou.

E quanto à lei 13.303/2016, no art. 38, incisos I a III:

Art. 38. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa: (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

I - cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social seja diretor ou empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista contratante;

II - suspensa pela empresa pública ou sociedade de economia mista;

III - declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

O TCU no recente Acórdão 2.757/2020<sup>7</sup> tem a interpretação de acatar o inciso III do art. 38 da Lei 13.303/2016 assinalando inclusive a questão do sócio da empresa penalizada:

4 BRASIL. TCU. **Acórdão 281/2014 – Plenário**. Disponível em [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2081%2520ANOACORDAO%253A2014%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2081%2520ANOACORDAO%253A2014%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520) Acesso em 08 de nov. 2020.

5 BRASIL. TCU. **Acórdão 269/2019 – Plenário**. Disponível em [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO:269%20ANOACORDAO:2019%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:269%20ANOACORDAO:2019%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20) Acesso em 08 de nov. 2020.

6 BRASIL. **JUSBRASIL**. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/467302246/recurso-especial-resp-1382362-pr-2013-0134522-6> Acesso em 08 de nov. 2020.

7 BRASIL. TCU. **Acórdão 2757/2020**. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=718517> Acesso em 08 de nov. de 2020.

Os novos critérios disciplinados pela Lei 13.303/2016 (art. 38) dizem respeito a impedimento de a ECT contratar franqueado: (i) cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% do capital social seja diretor ou empregado da ECT; (ii) que recebeu penalidade de suspensão pela ECT ou foi declarado inidôneo, enquanto perdurarem os efeitos da sanção; (iv) constituído por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea; (v) cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea; (vi) constituído por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção; (vii) cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção; e (viii) que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

Nesta decisão percebe-se uma análise mais acurada dos impedimentos da lei das estatais, o que conflita, em certa monta, com a interpretação restritiva dada pelo TCU à lei do pregão.

### 3 A INTERPRETAÇÃO DO GOVERNO FEDERAL

A Controladoria-Geral da União aplica as penalidades do art. 87 de forma ampla em todos os entes da federação, vejamos decisão de 2016:<sup>8</sup>

MTFC nega pedido de reconsideração e mantém Mendes Júnior inidônea  
Decisão assegura efeitos da penalidade aplicada em abril por práticas ilícitas para obter contratos com a Petrobras Publicado em 08/06/2016 12h25  
O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MTFC), antiga Controladoria-Geral da União (CGU), negou o pedido de reconsideração apresentado pela construtora Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, que havia sido declarada inidônea para contratar com a Administração Pública no último dia 27 de abril. A decisão, assinada pelo ministro Torquato Jardim, foi publicada nesta quarta-feira (8) no Diário Oficial da União.  
O pedido de reconsideração apresentado pela Mendes Júnior reiterou os mesmos argumentos utilizados por sua defesa durante o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado em virtude da operação Lava Jato.  
A análise feita pela Assessoria Jurídica do MTFC concluiu que não há qualquer questão de mérito, nem mesmo fato novo que justificasse a reconsideração da decisão de declarar a inidoneidade da Mendes Júnior e recomendou a negativa ao pedido. A decisão mantém integralmente os efeitos da punição aplicada à empresa, impedindo-a de licitar e contratar com a administração pública.  
Processo de Responsabilização  
O PAR utilizou informações compartilhadas pela Justiça Federal e outras colhidas junto a diversos órgãos, notadamente o Ministério Público Federal (MPF), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a Petrobrás. Além disso, também foram realizadas oitivas dos colaboradores que firmaram acordo de delação premiada Alberto Youssef, Paulo Roberto Costa, Pedro José Barusco Filho e Mario Goes. Todo o processo permitiu o direito à ampla defesa e ao contraditório.

8 BRASIL. **Controladoria-Geral da União**. Disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2016/06/mtfc-nega-pedido-de-reconsideracao-e-mantem-mendes-junior-inidonea> e <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2016/04/cgu-conclui-processo-e-declara-construtora-mendes-junior-inidonea> Acessos em 08 de nov. de 2020.

A acusação contra a empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A foi formulada com base em duas tipificações de irregularidades previstas na Lei 8.666/93, nos artigos 87, inciso IV, e 88, inciso III. A ocorrência de ambas foi verificada entre os anos de 2004 e 2012.

A primeira consiste na prática de atos lesivos visando a frustrar os objetivos da licitação (art. 88, II, da Lei 8.666/93), caracterizada pelo conluio entre empresas que prestavam serviços à Petrobrás. A segunda tipificação foi a demonstração de não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados (art. 88, III, da Lei 8.666/93). Essa irregularidade foi caracterizada pelo pagamento de propinas a agentes públicos com a finalidade de garantir a continuidade de ajustes anticompetitivos.

**A declaração de inidoneidade, prevista na Lei nº 8.666/93, impede que a empresa participe de novas licitações ou que seja contratada pela administração pública nos âmbitos federal, estadual e municipal.**

A Mendes Junior foi a primeira empresa envolvida na operação Lava Jato a ser punida em um Processo Administrativo de Responsabilização. (grifamos)

As declarações expedidas pela União constam o impedimento de licitar ou contratar com toda a Administração Pública Federal,<sup>9</sup> não citam a estadual, nem a municipal, deveras pois não possuem esta competência, mas o impedimento, na prática, é para todos os entes.

#### 4 AS NORMAS GERAIS E SUA APLICAÇÃO

Há lógica numa regra que imponha sanção para licitante que pode descumprir contratos em uma determinada esfera pública, mas jurar ser fiel à contratação e cumprir de seus deveres em outro ente?

Evidentemente que não tem qualquer sentido tal premissa jurídica.

Imaginemos um licitante que punido na esfera federal e estadual, participa, fagueiro e impune, de certame municipal ou vice-versa, com tal argumento hermenêutico.

Em verdade, a *quaestio* é se a norma da lei federal é norma geral, e, portanto, não haveria espaços normativos ou de discordância em outros estados, municípios ou empresas estatais, para tratarem de forma particularizada a suspensão temporária e a desconsiderarem ou não a punição, pelo fato de que seus ordenamentos preveem tratamento diversos ou pelo fato de que ente específico penalizou o licitante.

Em resumo, um licitante penalizado pela União poderia participar de certame municipal, de outro ente federativo ou de empresa estatal, e assim reciprocamente.

Se, a norma não for geral, mas específica da União poder-se-á permitir tratamentos diferenciados em normas diversas que admitam a participação em certames com outros entes, desconsiderando a suspensão temporária de outros órgãos ou entes do estado que não o que o declarou suspenso.

9 BRASIL. CGU. **Planilha de penalidades ativas (suspensão e impedimento)**. Disponível em <https://www.gov.br/agu/pt-br/@@search?SearchableText=impedido+de+licitar+art.+87> Acesso em 08 de nov. de 2020.

Para responder tal indagação vamos à coluna dorsal do ordenamento jurídico que é a Constituição, que prevê:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:  
XXVII - **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifamos)

Portanto, se esta norma é geral, não é possível norma diversa de outros entes do Estado e nem a disciplina diferente para tal penalidade administrativa em sede de licitação.

Contudo, se a norma vale apenas para a União, tem-se que examinar cada ordenamento regional, local ou de empresa pública para se extrair a conclusão impeditiva.

A resposta é que a norma é geral.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito, garantindo a interpretação que se trata de norma de caráter geral, e, portanto, não se admitiria tergiversações regionais, locais ou de ente estatal:<sup>10</sup>

A igualdade de condições dos concorrentes em licitações, embora seja enaltecida pela Constituição (art. 37, XXI), pode ser relativizada por duas vias: (a) pela lei, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e (b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas. **Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequiparações entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade.** Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar nesse particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local. Ao inserir a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no rol de documentos exigidos para a habilitação, o legislador estadual se arvorou na condição de intérprete primeiro do direito constitucional de acesso a licitações e criou uma presunção legal, de sentido e alcance amplíssimos, segundo a qual a existência de registros desabonadores nos cadastros públicos de proteção do consumidor é motivo suficiente para justificar o impedimento de contratar com a administração local. Ao dispor nesse sentido, a Lei estadual 3.041/2005 se dissociou dos termos gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos e, com isso, usurpou a competência privativa da União de dispor sobre normas gerais na matéria (art. 22, XXVII, da CF/1988). [ADI 3.735, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-9-2016, P, DJE de 1º-8-2017.] (grifamos)

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em <https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-3-capitulo-2-artigo-22> Acesso em 25 de set. de 2020.

Os fundamentos jurídicos da CGU e do STJ rechaçam a hermenêutica do TCU mesmo não se referindo à decisão do Supremo. Com efeito esta é a interpretação constitucional adequada e, hierarquicamente, superior.

## 5 A BOA-FÉ ADMINISTRATIVA

*A fortiori*, tem-se no ordenamento jurídico a boa-fé administrativa que exige a atuação da Administração Pública segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (Lei 9.784/99, art. 2º, IV).

Cria-se uma situação contraditória com a boa-fé de a empresa estar punida por um ente e poder participar em outras esferas.

Podemos relembrar o exemplo do Direito Romano inscrito no Digesto (D. 19.2.51.1) no qual há uma casa mal construída e daí exsurge o dever de o construtor indenizar o contratante.<sup>11</sup>

E se pensarmos nos interesses da Administração Pública, como pessoa e a *bona-fides* dos contratados, veremos que o nascedouro do instituto da restrição de contratar está também baseado na lealdade das relações, o *fit quod dicitur* ciceroniano<sup>12</sup> que se traduz na reputação,<sup>13</sup> que se irradia para todos os negócios.

Interpretar de forma diversa a que se manifestou, objetivamente, o Supremo Tribunal Federal (STF) poderia ser considerada frustração ou fraude à licitação?

A interpretação restritiva, que não aplica o entendimento de norma geral, geraria uma participação irregular em licitação pelo fato de que desconsidera decisão jurisprudencial consolidada, mormente pelo STF, não obstante estatutos regionais, locais ou estatais preverem de forma diversa da norma geral para agasalhar licitantes punidos.

Enquadra-se, neste caso, a Lei 12.846/2013:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) **frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;** (grifamos)

No caso de leis estaduais ou municipais que permitam a participação em suas licitações, não obstante, a empresa estar penalizada por outros entes?

11 GARRIDO, Manuel J. García. **Derecho Privado Romano: II. Casos y decisiones jurisprudenciales**. Madrid: Distribuidora Dykinson, S.A., 1980, p. 248.

12 CASTRESANA, Amelia. **Fides, bona fides**: un concepto para la creación del derecho. Madrid: Tecnos, 1991, p. 97.

13 SCHULZ, Fritz. **Principios del derecho romano**. Madrid: Cívitas, 1990. p. 255

A lei deve ser considerada inconstitucional pela Administração Pública, em face da norma geral da Lei 8.666/96.

A boa-fé administrativa não vale apenas em uma esfera administrativa.

## 6 PREVISÃO EM EDITAL DE LICITAÇÃO E EVENTOS FUTUROS

O edital pode prever que o licitante deve não possuir nenhum impedimento de licitar na União, nos Estados, nos Municípios e estaduais?

Se a interpretação for de que a penalidade se restringe a um só ente, a cláusula é nula, se a interpretação for na linha do STF e do STJ, é possível esta previsão.

Se nenhum dos licitantes levantar o referido impedimento, por desconhecer a sanção dos outros licitantes, e o objeto é adjudicado e, posteriormente, a Administração souber ou denúncia revelar o impedimento?

Se o impedimento é anterior ao certame, o licitante tinha o dever de revelá-lo, se ocorrer no curso do contrato, o licitante tem o dever de informar à Administração este fato novo.

No primeiro caso o contrato deve ser declarado nulo e aberta nova licitação.

No caso de impedimento no curso do contrato os efeitos da suspensão abrangem os contratos em curso, idêntico procedimento deve ocorrer.

Em todos os dois casos, deve ser realizado processo com direito a contraditório e ampla defesa.

## 7 PROCEDIMENTO PARA A PENALIDADE

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes possui regras do procedimento para a aplicação das penalidades consubstanciadas na Instrução Normativa 06/2019<sup>14</sup>.

Após a análise de justificativas é elaborada Nota Técnica com os seguintes elementos<sup>15</sup>:

- I - relato dos fatos e análise da manifestação do interessado, se houver, bem como enquadramento da improbidade a ser apurada;
- II - exposição de motivos que deram causa à solicitação de abertura do procedimento administrativo;
- III - consequências para Administração Pública advindas do ato infracional, com relação ao andamento do certame e/ou contrato; e
- IV - memória de cálculo, nos casos de eventual aplicação de multa.

Tais procedimentos podem ser adotados para a decretação das penalidades previstas no art. 87 da Lei 8.666/1993:

14 BRASIL. DNIT. **Instrução Normativa 06/2019**. Disponível em <file:///C:/Users/Claudio/Downloads/instrucao-normativa-06-2019-colegiada-aplicacao.pdf> Acesso em 08 de nov. de 2020.

15 BRASIL. DNIT. **Instrução Normativa 06/2019**. Disponível em <file:///C:/Users/Claudio/Downloads/instrucao-normativa-06-2019-colegiada-aplicacao.pdf> Acesso em 08 de nov. de 2020.

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.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III)

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

As penalidades podem ocorrer mesmo na fase do certame se houver a tentativa de frustrar os objetivos da licitação, nos termos do art. II do art. 88 supracitado.

## 8 CONCLUSÕES

Diante do exposto, podemos concluir que:

O TCU por diversas decisões firmou o entendimento de que as sanções do art. 87, III da Lei 8.666/1993, do art. 7º da 10.520/2002 e art. 38, incisos I a III da lei 13.303/2016, aplicam-se apenas ao ente que declarou a penalidade.

O STJ de modo diverso firmou entendimento no qual o inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 abrange todas as esferas da federação.

A lei 10.520/2002 a nosso ver abrange a proibição de todos os entes, não é convincente o “ou” ser interpretado como alternância ou exclusão, pois também se pode entender como ênfase,<sup>16</sup> sentido que é mais consentâneo com a norma geral da lei 8.666/1993 que não foi revogada pela lei do pregão neste particular.

<sup>16</sup> HOUAISS, **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2091.

Quanto a lei 13.303/2016 que é um microsistema dentro do sistema da lei 8.666/1993 adotou a interpretação de que penalidades em outros entes repercutem em certames da estatal e assim entendeu a recente decisão do TCU.

O STF entende que a lei 8.666/93 é norma geral quanto a estabelecer desigualdades entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade razão pela qual leis estaduais ou municipais não podem transbordar este mandamento geral, se o fizerem são inconstitucionais.

Com efeito, também o governo federal reconhece o impedimento de forma geral, isto é, em todos os entes por meio da AGU e CGU.

Deve-se considerar o enquadramento da Lei 12.846/2013 no seu art. 5º que prevê:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) **frustrar** ou fraudar, mediante ajuste, combinação **ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;** (grifamos)

Podendo perfeitamente enquadrar no caso de licitante possuir impedimento e mesmo assim participar de certame, sem revelá-lo ou da Administração permitir o desatino conhecendo-o.

O edital pode e deve prever que o licitante não possua nenhum impedimento de licitar com a União, com os Estados, com os Municípios e estatais.

Se nenhum dos licitantes levantar o referido impedimento, por desconhecer a sanção dos outros licitantes, e o objeto for adjudicado, mas posteriormente, a Administração souber por denúncia o impedimento, o contrato deve ser declarado nulo e ser aberta nova licitação.

No caso de impedimento no curso do contrato os efeitos da suspensão abrangem os contratos vigentes, e idêntico procedimento deve ocorrer.

Em todos os dois casos, deve ser realizado processo com direito a contraditório e ampla defesa.

Por fim, nas decisões nas quais se afasta o impedimento em todos os entes não se cogita da boa-fé administrativa que é altaneira no Direito Administrativo e não pode ser afastada neste particular.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. CGU. **Planilha de penalidades ativas (suspensão e impedimento)**. Disponível em <https://www.gov.br/agu/pt-br/@@search?SearchableText=impedido+de+licitar+art.+87>. Acesso em 08 de nov. de 2020.

BRASIL. **Controladoria-Geral da União**. Disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2016/06/mtfc-nega-pedido-de-reconsideracao-e-mantem-mendes-junior-inidonea> e <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2016/04/cgu-conclui-processo-e-declara-construtora-mendes-junior-inidonea>. Acessos em 08 de nov. de 2020.

BRASIL. DNIT. **Instrução Normativa 06/2019**. Disponível em <file:///C:/Users/Claudio/Downloads/instrucao-normativa-06-2019-colegiada-aplicacao.pdf>. Acesso em 08 de nov. de 2020.

BRASIL. DNIT. **Instrução Normativa 06/2019**. Disponível em <file:///C:/Users/Claudio/Downloads/instrucao-normativa-06-2019-colegiada-aplicacao.pdf>. Acesso em 08 de nov. de 2020.

BRASIL. **JUSBRASIL**. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/467302246/recurso-especial-resp-1382362-pr-2013-0134522-6>. Acesso em 08 de nov. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em <https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-3-capitulo-2-artigo-22>. Acesso em 25 de set. de 2020.

BRASIL. TCU. **Acórdão 2081/2014 – Plenário**. Disponível em [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO:2081%20ANOACORDAO:2014%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:2081%20ANOACORDAO:2014%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20). Acesso em 08 de nov. de 2020.

BRASIL. TCU. **Acórdão 269/2019 – Plenário**. Disponível em [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO:269%20ANOACORDAO:2019%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:269%20ANOACORDAO:2019%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20). Acesso em 08 de nov. de 2020.

BRASIL. TCU. **Acórdão 2757/2020**. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/sagas/Sv/VisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=718517>. Acesso em 08 de nov. de 2020.

BRASIL. TCU. **Acórdão 281/2014 – Plenário**. Disponível em [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2081%2520ANOACORDAO%253A2014%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2081%2520ANOACORDAO%253A2014%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em 08 de nov. de 2020.

CASTRESANA, Amelia. **Fides, bona fides**: un concepto para la creación del derecho. Madrid: Tecnos, 1991, p. 97.

GARRIDO, Manuel J. Garcia. **Derecho Privado Romano: II. Casos y decisiones jurisprudenciales**. Madrid: Distribuidora Dykinson, S.A., 1980, p. 248.

HOUAISS, **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2091.

SCHULZ, Fritz. **Principios del derecho romano**. Madrid: Cívitas, 1990. p. 255.