

# ARTIGO

## A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE E O IMPEDIMENTO DE LICITAR NA NOVA LEI 14.133/2021

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

Doutor em Direito - UFSC

Professor adjunto - UTP

Pós-doutorando - FDUL (Lisboa)

Pós-doutor - PUCPR

### 1 INTRODUÇÃO

A nova lei de licitações 14.133/2021 fortalece o instituto da suspensão tornando-o ainda mais abrangente nos termos dos seus art. 14, §§ 1º e 5º e no art. 156, III, § 4º. Aumentaram-se os prazos das penalidades. O impedimento de licitar e contratar foi para, no máximo, três anos e a declaração de inidoneidade, de três a seis anos. Segundo o art. 87 da Lei 8.666/93, inciso III, a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com a Administração tem prazo máximo de dois anos.

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

O Tribunal de Contas da União (TCU) interpreta a suspensão temporária de participação em licitação segundo as leis 8.666/93, 10.520/02 e 13.303/16, conforme decidido no Acórdão 2081/2014<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).

O Acórdão 269/2019, do TCU, confirma essa leitura, 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).

1 Contato: [claudio15dedezembro@gmail.com](mailto:claudio15dedezembro@gmail.com).

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 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 nov. 2020.

[...] 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 10.520/02:

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 Sicafe, 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.

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

Essa visão do TCU alcança também o art. 87, III, da Lei 8.666/93, nos termos do Acórdão 2.081/14<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)

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 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%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*NUMACORDAO:269%20ANOACORDAO:2019%20COLEGIADO:%22Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc.%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20). Acesso em: 08 nov. 2020.

É interessante notar 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> entende pelos efeitos amplos das sanções previstas no art. 87, III e IV, da Lei 8.666/93, e assim se estendem a toda a Administração Pública, e não apenas ao órgão ou ente federado que a aplicou.

Prevê a Lei 13.303/16, 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 Acórdão 2.757/20<sup>7</sup>, incorporou a interpretação de acatar o inciso III do art. 38 da Lei 13.303/16, assinalando, inclusive, a questão do sócio da empresa penalizada:

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.

Nessa 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.

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

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

### 3 A INTERPRETAÇÃO DO GOVERNO FEDERAL

A Controladoria-Geral da União (CGU) aplica as penalidades do art. 87 da lei 8.666/1993 de forma ampla em todos os entes da federação, conforme pode ser visto na decisão de 2016<sup>8</sup>:

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 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.

[...]

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.

Nas declarações expedidas pela União consta o impedimento de licitar ou contratar com toda a administração pública federal<sup>9</sup>, não citam a estadual nem a municipal, pois não possuem essa competência, mas o impedimento, na prática, é para todos os entes.

### 4 AS NORMAS GERAIS E SUA APLICAÇÃO

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

Evidentemente, não havia qualquer sentido tal premissa jurídica.

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>. Acesso em: 08 nov. 2020.

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 nov. 2020.

Imaginemos um licitante que, punido nas esferas federal e estadual, participava, 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, não há espaços normativos ou de discordância em outros estados, municípios ou empresas estatais para tratarem de forma particularizada a suspensão temporária e desconsiderarem – ou não – a punição pelo fato de seus ordenamentos preverem tratamentos diversos ou pelo fato de que ente específico tenha penalizado o licitante.

Em resumo, um licitante penalizado pela União não pode participar de certame municipal, de outro ente federativo ou de empresa estatal.

Se a norma não for geral, mas específica da União, poderiam ser permitidos tratamentos diferenciados em normas diversas que admitissem a participação em certames com outros entes, desconsiderando a suspensão temporária de outros órgãos ou entes estatais daquele que os tenham declarado suspensos.

Para responder à indagação vejamos o que coluna dorsal do ordenamento jurídico a Constituição Federal, 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.

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

Contudo, se a norma valesse apenas para a União seria preciso 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 esse respeito, garantindo a interpretação que se trata de norma de caráter geral, e, portanto, não se admitiria modulações 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

10 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 set. 2020.

à garantia de cumprimento de obrigações específicas. **Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desigualdades 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. Carmen Lúcia, j. 8.9.2016, DJE de 1º.8.2017.] (grifamos)

Doutrina Mello<sup>11</sup> sobre as normas gerais:

Destarte, de fora parte diretrizes, princípios e delineamentos genéricos, a União estaria autorizada também a qualificar, em casos de símile compostura, um patamar, um piso defensivo do interesse público que as legislações estadual e distrital não poderiam desatender. Porém, acima daquele piso e obviamente respeitados os princípios e diretrizes pertinentes, Estados e Distrito Federal legislariam livremente sobre as matérias da legislação concorrente. Isto é, poderiam neste campo sempre estabelecer exigências defensivas do interesse público, ainda mais enérgicas, mais intensas ou mais extensas do que as fixadas pela União o que não poderiam seria rebaixá-las porque, aí sim, estariam contrariando normas gerais, é dizer, normas instituídas para caracterizar o patamar mínimo imposto para defesa do interesse público atinente àquele objeto legislado.

Portanto, se o bem jurídico protegido está em norma geral, não pode norma local, estadual ou específica discreparem ou lhe reduzirem o alcance.

Os fundamentos jurídicos da CGU e do STJ rechaçam a interpretação do TCU, mesmo não se referindo à decisão do STF. Com efeito, essa é a interpretação constitucional adequada e, hierarquicamente, superior que prevalece na Lei 8.666/1993 e se consolidou na nova Lei 14.133/2021.

## 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).

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

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, v. 13, n. 66, mar./abr. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72616>. Acesso em: 13 jul. 2021.

Podemos lembrar 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>12</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>13</sup>, que se traduz na reputação<sup>14</sup>, que se irradia para todos os negócios.

Interpretar de forma diversa o que foi manifestado, objetivamente, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) poderia ser considerado 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 desconsiderar 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, nesse caso, a Lei 12.846/13:

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)

E na hipótese de leis estaduais ou municipais que permitam a participação em suas licitações, não obstante a empresa estar penalizada por outros entes, tal previsão é inconstitucional, em face da norma geral das Leis 8.666/1993 e 14.133/2021.

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 não deva ter qualquer impedimento para poder licitar com a União, estados, municípios e estatais?

Se a previsão 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 tal previsão, isto é, a punição é abrangente em todas as esferas públicas.

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

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

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



E se nenhum dos licitantes levantar o referido impedimento por desconhecer a sanção dos outros licitantes, e o objeto for adjudicado e, posteriormente, a administração souber ou uma denúncia revelar o impedimento?

Se o impedimento for 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 o 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, por isso idêntico procedimento deve ocorrer.

Nos dois casos, deve ser realizado processo com direito ao contraditório e à ampla defesa.

## 7 PROCEDIMENTO PARA A PENALIDADE

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) possui regras do procedimento para a aplicação das penalidades consubstanciadas na Instrução Normativa 06/19<sup>15</sup>.

Após a análise de justificativas é elaborada nota técnica com os seguintes elementos<sup>16</sup>:

- I – relato dos fatos e análise da manifestação do interessado, se houver, bem como enquadramento da impropriedade 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 8.666/93:

- 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

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

16 BRASIL. DNIT. Instrução Normativa 06/2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Claudio/Downloads/instrucao-normativa-06-2019-colegiada-aplicacao.pdf.../AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/AppData/Claudio/Downloads/instrucao-normativa-06-2019-colegiada-aplicacao.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.



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 poderiam ocorrer mesmo na fase do certame se houvesse a tentativa de frustrar os objetivos da licitação, nos termos do inciso II do art. 88 da Lei 8.666/93.

## 8 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES 14.133/2021

No parecer 181/2020 do Senado Federal quanto ao projeto foi consignado que a nova lei de licitações:<sup>17</sup>

No âmbito da FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, incluiu-se a exigência de que, antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas (Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas) e juntá-las ao respectivo processo (art. 90, § 4º).

(...)

O Substitutivo da Câmara também promoveu alterações pontuais em prazos relativos aos processos de apuração de infrações. Em caso de aplicação de multa, por exemplo, facultou-se a defesa do interessado no prazo de 15 dias úteis, enquanto a proposição original previa o prazo de 15 dias corridos. O prazo para a apresentação de alegações finais, por sua vez, foi alterado de 10 dias corridos para 15 dias úteis (art. 157, § 2º). Incluiu se, ainda, a previsão de

17 Na redação do artigo a lei não tinha sido sancionada ainda pelo Presidente da República, então consideramos que os respectivos artigos indicados no artigo não foram vetados pelo Poder Executivo. BRASIL. Senado Federal. Parecer 181/2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8912251&ts=1608807109658&disposition=inline>. Acesso em 06 de jan. 2021.

prescrição, em caso de aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, no prazo de 5 anos, contados da ciência da infração pela Administração.

(...)

Com relação à reabilitação do licitante ou contratado, o Substitutivo promoveu também bons ajustes. Enquanto a proposição original previa a reabilitação “após decorrido o prazo da sanção aplicada”, o texto aprovado pela Câmara prevê “o transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade.

(...)

O recurso da aplicação das sanções previstas nos incisos I, II e III do art. 155 (advertência, multa e impedimento de licitar e contratar) também foi alterado, de 7 dias para 15 dias úteis, contados da data de intimação. O prazo para a reconsideração, por sua vez, foi alterado de 7 dias para 5 dias úteis, enquanto o prazo da autoridade superior foi ampliado de 7 dias para 20 dias úteis.

Já no caso de aplicação da sanção prevista no inciso IV do art. 154 (declaração de inidoneidade para licitar ou contratar), previu-se apenas a possibilidade de oferecimento de pedido de reconsideração, que deverá ser apresentado no prazo de 15 dias úteis e decidido no prazo de 20 dias úteis (art. 165, parágrafo único). Os prazos originais, nos dois casos, eram de 7 dias corridos.

No art. 156 da Lei 14.133/2021 está prevista a declaração de inidoneidade e o impedimento para contratar, nos incisos III e IV, §4º, §7º e art. 158<sup>18</sup>:

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

- I - advertência;
- II - multa;
- III - impedimento de licitar e contratar;
- IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

- I - a natureza e a gravidade da infração cometida;
- II - as peculiaridades do caso concreto;
- III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;
- IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;
- V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

§ 2º A sanção prevista no inciso I do *caput* deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no inciso I do *caput* do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave.

§ 3º A sanção prevista no inciso II do *caput* deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei.

§ 4º A sanção prevista no inciso III do *caput* deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do *caput* do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

§ 5º A sanção prevista no inciso IV do *caput* deste artigo será aplicada ao

18 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei (PL) 4.253/2020. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/10/senado-aprova-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em 06 de jan. 2021.

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.

§ 6º A sanção estabelecida no inciso IV do *caput* deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras:

I - quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade;

II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento.

§ 7º As sanções previstas nos incisos I, III e IV do *caput* deste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II do *caput* deste artigo.

§ 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

§ 9º A aplicação das sanções previstas no *caput* deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública. (...)

Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do *caput* do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

Com a possibilidade de reabilitação, prevista no art. 163:

Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente:

I - reparação integral do dano causado à Administração Pública;

II - pagamento da multa;

III - transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade;

IV - cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo;

V - análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.

Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do *caput* do art. 155 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

Há a previsão no art. 161 da Lei 14.133/2021 da criação de cadastro nacional de empresas inidôneas, suspensas e punidas:

Art. 161. Os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos deverão, no prazo máximo 15 (quinze) dias úteis,

contado da data de aplicação da sanção, informar e manter atualizados os dados relativos às sanções por eles aplicadas, para fins de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal.

Parágrafo único. Para fins de aplicação das sanções previstas nos incisos I, II, III e IV do *caput* do art. 156 desta Lei, o Poder Executivo regulamentará a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

Nos termos do art. 91 na hipótese de aditamento contratual também é necessária certidão negativa de inidoneidade, em cadastro nacional o que assegura que a punição é extensiva a todos os entes da federação:

Art. 91. Os contratos e seus aditamentos terão forma escrita e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial. (...)

§ 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.

Assim está plenamente confirmada a tese do impedimento global das restrições nas leis que tratamos.

O portal nacional de contratações públicas está previsto nos arts. 94, 174 a 176 da Lei 14.133/2021 e reforça a centralização administrativa para facilitar a obtenção das informações.

Tem-se um período de transição de dois anos para a Lei 8.666/93 prevista no art. 191 da Lei 14.133/2021:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do *caput* do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do *caput* deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do *caput* do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

A sombra de dois anos da lei revogada (Lei 8.666/1993) açambarca os contratos em andamento e as licitações concluídas e adjudicadas, antes da nova lei das licitações.

A opção do gestor pela Lei 8.666/1993 no período bienal deverá ser motivada e não mera opção sem fundamentos fáticos e jurídicos, nos termos dos arts. 2º e 3º do Decreto 9.830/2019 que regulamenta o Decreto-Lei 4.657/1942.

Quanto as sanções aplicadas sob o manto e vigência da Lei 8.666/1993 está claríssimo que devem ser amplas e aplicáveis a todos os entes da Administração Pública direta e indireta.

## 9 CONCLUSÕES

Diante do exposto concluímos que no TCU, havia diversas decisões firmadas no sentido de que as sanções dos dispositivos revogados no art. 87, III, da Lei 8.666/93, do art. 7º da 10.520/02 e do art. 38, I a III, da Lei 13.303/16 aplicavam-se apenas ao ente que tivesse sido declarada a penalidade.

O STJ, de modo diverso, assenta que o inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93 abrange todas as esferas da Federação.

A Lei 10.520/02, a nosso ver, abrangia a proibição de todos os entes. Não era convincente o “ou” ser interpretado como alternância ou exclusão, pois também se deveria compreendê-lo como ênfase<sup>19</sup>, sentido que é era mais consentâneo com a norma geral da Lei 8.666/93, e que não foi revogada pela Lei do Pregão nesse particular, que por sua vez está reforçada pela Lei 14.133/2021.

A Lei 13.303/16, que é um microssistema dentro do sistema geral das licitações, adotou a interpretação de que penalidades em outros entes repercutem em certames da estatal, e assim a recente decisão do TCU acatou o que foi firmado pelo STJ e pelo STF.

O STF concluiu que a Lei 8.666/93 é norma geral quando permitida a equiparação entre os concorrentes e, desta forma, restringe o direito de participar de licitações em condições de igualdade, razão pela qual leis estaduais ou municipais não podem transbordar o mandamento geral que se mantinha na Lei 8.666/1993 e com mais vigor na nova Lei 14.133/2021.

Se normas locais ou estaduais o fizerem, serão inconstitucionais.

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

Nesta toada, mesmo na nova lei de licitações 14.133/2021, deve-se considerar o enquadramento da Lei 12.846/13, 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)

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

Portanto, a hipótese pode perfeitamente se enquadrar no caso de o licitante possuir impedimento e, mesmo assim, participar de certame, sem revelá-lo. Ou ainda de a Administração permitir-lhe a participação em licitação.

O edital pode e deve prever que o licitante não possua nenhum impedimento de licitar com a União, com os Estados-membros, com os municípios ou empresas 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 ou representação do impedimento, 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 vigentes, e idêntico procedimento deve ocorrer.

Nos dois casos, deve ser realizado processo com direito ao contraditório e à ampla defesa.

Por fim, nas decisões nas quais se afasta o impedimento pelo fato de ser ente diverso do que impediu ou suspendeu não se cogita da boa-fé administrativa, que é altaneira no direito administrativo, e não pode ser afastada nesse particular.

Em resumo, a Lei 14.133/2021 reforça a atual jurisprudência quanto ao impedimento e à inidoneidade centralizando as informações quanto aos licitantes, mesmo na *vacatio legis* transitória de dois anos para a transição dos contratos em andamento, em editais em curso ou na opção motivada pela utilização da Lei 8.666/1993.

## 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 nov. 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>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. *Controladoria-Geral da União*. Disponível em: <https://www.gov.br/CGU/pt-br/assuntos/noticias/2016/04/CGU-conclui-processo-e-declara-construtora-mendes-junior-inidonea>. Acesso em: 08 nov. 2020.

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

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

BRASIL. TCU. *Acórdão 2757/2020*. 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 nov. 2020.

BRASIL. TCU. *Acórdão 281/2014 – Plenário*. Disponível em: <https://contas.TCU.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=718517>. Acesso em: 08 nov. 2020.

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

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

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

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