



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**



fol. 29

58

**C Ó P I A
GABINETE**

1919
RCS

PROCESSO N.º 63298562

INTERESSADO: PRODEST

ASSUNTO: Licitante vencedora do Pregão para assinatura de Ata de Registro de Preço sujeita à penalidade de suspensão de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública aplicada pela Controladoria Geral da União Extensão dos efeitos da penalidade

PARECER PGE/PCA N.º 01419/2014

**C Ó P I A
GABINETE**

Dr. Procurador Chefe Adjunto da PCA,

Foi o presente processo remetido a esta PGE/PCA para análise e manifestação quanto à possibilidade jurídica de a licitante vencedora do pregão vir a assinar a ata de registro de preço haja vista ter-lhe sido aplicada a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública pela Controladoria Geral da União, portanto Órgão vinculado à União Federal.

É esta a delimitação específica da consulta, a ser enfrentada pela análise e manifestação que se segue.

Inicia-se a análise pelo entendimento consignado pela ASSJUR da Autarquia consulente, especificamente de uma parte da doutrina e do TCU no sentido de a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública produzir efeitos somente no âmbito do Órgão que fez incidir essa penalidade.

No mesmo sentido, e de forma contundente, leciona Joel de Menezes Niebur:

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

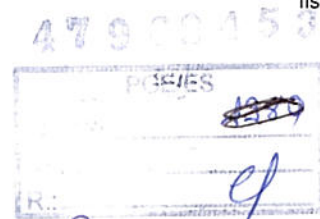
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado



59

1980
19729

"O inciso IX do art. 6º da Lei n.º 8.666/93 preceitua: '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'.

Já o inciso XII do mesmo art. 6º da Lei n.º 8.666/93 preceitua: 'Administração — órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.'

É de clareza solar que a expressão Administração Pública refere-se ao conjunto de todos os órgãos e entidades que integram o aparato administrativo do Estado. Já o vocábulo Administração diz respeito somente ao órgão ou entidade pelo qual a Administração Pública opera, isto é, aquele que realiza a licitação, que firma o contrato.

Ora, como se percebe com extrema facilidade, o inciso III do art. 87 da Lei n.º 8.666/93 prescreve expressamente que a penalidade de suspensão temporária incide sobre a Administração, isto é, somente sobre o órgão ou entidade contratante. Noutro lado, o inciso IV do mesmo artigo prescreve que a declaração de inidoneidade incide sobre a Administração Pública, isto é sobre todo o aparato administrativo do Estado.

Trocando-se em miúdos: quem é declarado inidôneo não pode participar de licitação nem ser contratado por qualquer órgão ou entidade integrante do aparato administrativo estatal, isto é, por qualquer órgão ou entidade que exerça função administrativa. Em sentido bem diferente, que é suspenso temporariamente somente não pode participar de licitação e contratar com aquele órgão ou entidade que aplicou a penalidade." (Licitação pública e contrato

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

1981
 47902453 60
 10/05
 9

administrativo. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 1012)

A interpretação literal adota pelo autor supra citado induz à conclusão de não existir dúvida quanto à extensão da prescrição legal: diante dos conceitos estabelecidos nos incisos IX e XII do artigo 6º da Lei 8.666/93, a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública, prevista no inciso III do artigo 87 do mesmo diploma normativo só produz efeitos no âmbito do órgão que aplicou a referida sanção.

O Tribunal de Contas da União perfilha o mesmo entendimento, entretanto outras razões também subsidiam o seu entendimento. É possível aferir que a posição adotada por este Órgão de controle decorre também de uma interpretação finalística, ao fundamento de ser desproporcional estender os efeitos da penalidade a toda a Administração Pública, quando às vezes ter-se-á hipóteses que não revelam tamanha gravidade a impor essa conduta. Nesse sentido é o que se pode extrair do julgado a seguir transcrito:

"REPRESENTAÇÃO. CAIXA. SUPOSTA IRREGULARIDADE NA PRORROGAÇÃO DE CONTRATO. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. NÃO CONCESSÃO DE CAUTELAR. PENALIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE LICITAR NÃO SE ESTENDE A TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MAS FICA RESTRITA AO ÓRGÃO OU À ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO QUE A APLICOU. CIÊNCIA AO INTERESSADO. ENCERRAMENTO.

1. A suspensão temporária de participar de licitação, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, constitui penalidade impeditiva da contratação apenas com o órgão, a entidade ou a unidade administrativa que a cominou. Precedentes.

2. Para os fins da Lei 8.666/93 (art. 6º), os termos Administração e Administração Pública têm sentidos conotativos diferentes, não são sinônimos.

3. A declaração de inidoneidade para licitar e contratar com

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
 Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br Website: http://www.pge.es.gov.br
 NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993) configura sanção mais gravosa ao contratado do que a suspensão temporária de participar de licitação e de contratar com o órgão, a entidade ou a unidade administrativa que aplicou a penalidade (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993).

4. A extensão dos efeitos da penalidade fixada no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 a toda a Administração Pública viola os princípios: a) da reserva legal, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, pois imputa penalidade mais severa ao contratado sem que haja prévia cominação legal; b) da proporcionalidade, porquanto não restam preservadas as distintas modulações dos efeitos das sanções nos incisos III e IV do referido artigo, a evidenciar a adequada proporção entre a gravidade do ilícito incurso pelo contratado e a sanção prevista em norma legal."

(TC-033.867/2011-9 – Acórdão n.º 3.439/2012-TCU-Plenário)

Todavia, a tese ora exposta não ressoa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A Corte Superior, ao se pronunciar sobre o tema, conclui que os efeitos da penalidade prevista no inciso III, do artigo 87 da Lei 8.666/93 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública) tem abrangência nacional, ou seja, para toda a Administração Pública, em todas as esferas da Federação. Em recente julgado, o STJ confirmou esse posicionamento:

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

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
 Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: http://www.pge.es.gov.br

NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

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.

(MS 19.657/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013)

Para melhor aferição do entendimento adotado no referido julgamento, e que reflete a posição da Corte Superior, vale trazer à baila trecho da sua fundamentação:

Para a impetrante a manutenção da informação no site do portal da Transparência a impede "de contratar e licitar, em face da ilegal publicidade em site restritivo;" (fl. 05). **Entretanto, nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente a empresa faltosa de participar de licitações e contratar com a Administração, não tem efeitos limitados ao órgão ou ente federativo que aplicou a sanção, se estendendo a toda a Administração Pública.**

Confira-se, a propósito:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87,

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

1984
RCG

fls 34
479.02453 63
1984
ef

INC. III.

- 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.**

- Recurso especial não conhecido.

(REsp 151.567/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003, p. 208)

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

2. Recurso especial provido.

(REsp 174.274/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 294)

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Nesse contexto, a ampla divulgação da informação da penalização sofrida pela empresa, com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, atende ao interesse público.

Assim, a inclusão do nome da impetrante no Portal da Transparência e no Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, viabilizado pelo acordo de cooperação firmado entre a CGU e o Estado de Minas Gerais, autorizando a troca de informações entre os órgãos estadual e federal, não é suficiente para causar, de per si, o dano alegado, **pois o impedimento de contratar e licitar com todos os entes da Federação decorre da própria punição e não da publicidade.**"

Ao referido acórdão, assim como aos mencionados em sua fundamentação, somam-se os a seguir transcritos alinhados à mesma conclusão:

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.

(RMS 32.628/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 14/09/2011)

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA.
ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SANÇÃO IMPOSTA A
PARTICULAR. INIDONEIDADE. **SUSPENSÃO A TODOS OS
CERTAMES DE LICITAÇÃO PROMOVIDOS
PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE É UNA. LEGALIDADE.**
ART. 87,

INC. II, DA LEI 8.666/93. RECURSO IMPROVIDO.

**I - A Administração Pública é una, sendo, apenas,
descentralizada o exercício de suas funções.**

**II - A Recorrente não pode participar de licitação
promovida pela Administração Pública, enquanto
persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos
por ela praticados (art. 88, inc. III, da Lei n.º
8.666/93). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade,
ou seja, a capacidade plena da concorrente de se
responsabilizar pelos seus atos.**

**III - Não há direito líquido e certo da Recorrente,
porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal.**

IV - Recurso improvido.

**(RMS 9.707/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA
TURMA, julgado em 04/09/2001, DJ 20/05/2002, p. 115)**

Veja-se, pois, que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento dissonante de parte da doutrina, assim como da jurisprudência do TCU.

A respeito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, vale notar que se constata a existência de pronunciamentos proferidos no âmbito do referido Órgão de Controle, **no mesmo sentido do posicionamento adotado pela Corte Superior de Justiça, como o AC 2218-11/11**, em que o Ministro Walton Alencar Rodrigues, proferiu voto revisor dissentindo do relator, que por sua vez o acompanhou, dissentindo do entendimento majoritário do TCU. Para melhor elucidação, transcreve-se o voto do Relator, que inicialmente encapava a tese de que os efeitos da penalidade prevista no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93 estão circunscritos ao âmbito do

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Órgão que a aplicou e o voto do revisor que acompanha o entendimento do STJ:

"(...)

2. No mérito, acolho as conclusões a que chegou a unidade técnica, acompanhada pela Procuradoria junto ao TCU. A recorrente apresenta argumentação incapaz de desconstituir os fundamentos da decisão atacada, por meio da qual foram expedidas determinações para que não sejam incluídas nos seus editais de licitação cláusulas que afastem empresas suspensas por ente distinto da Administração Pública ou de cujo ato constitutivo façam parte diretores, sócios ou dirigentes que tenham participado de outra pessoa jurídica suspensa.

3. **O Tribunal entende que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 restringe-se à entidade que a aplicou e, por isso, determinou à Infraero que se abstivesse de incluir em seus editais de licitação cláusula impedindo a participação de interessados que houverem sido suspensos de participar de licitações e de contratar por decisão de ente distinto da Administração Pública (item 1.5.1 do Acórdão nº 1.166/2010-TCU-1ª Câmara).**

4. Por também considerar que as penalidades de que tratam os incisos III e IV do art. 87 da Lei de Licitações aplicam-se à pessoa jurídica responsável pela inexecução contratual e não às pessoas físicas que a constituem, foi que determinou à Infraero que se abstivesse de incluir nos editais dispositivos impedindo a participação de empresas cujos integrantes de seu ato constitutivo estejam suspensos (item 1.5.2 do acórdão recorrido).

5. Em consonância com o art. 87 da Lei nº 8.666/1993, no caso de inexecução total ou parcial do contrato, a Administração poderá aplicar ao contratado sanções, que vão desde advertência (inciso I), multa (inciso II), suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (inciso III) até a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (inciso IV).

6. A questão da abrangência dessas sanções encontra-se

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

detidamente analisada no relatório de auditoria que fundamentou a prolação do Acórdão nº 1.647/2010-TCU-Plenário, conforme excerto a seguir transcrito:

4.10.3. A Lei nº 8.666/1993, ao tratar das sanções administrativas, menciona duas penalidades que, quando aplicadas, impedem, ou no jargão do SicaF, suspendem o licitante:

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

(...)

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.'

4.10.4. Ambas impedem o licitante de participar de futuras licitações e de serem contratados. Entretanto, diferem em relação ao âmbito da penalidade. **A jurisprudência do TCU adota o posicionamento de que o inciso III do art. 87, quando menciona 'Administração', se refere somente ao órgão/entidade aplicador da penalidade, conforme posicionamento constante no voto condutor da Decisão nº 352/1998-TCU-Plenário.'**

(...)

10. Nesse contexto, e por estarem em consonância com a jurisprudência deste TCU, **não cabe desconstituir as determinações dirigidas à Infraero para não incluir nos editais de licitação cláusulas que afastem empresas suspensas por ente distinto da Administração Pública ou**

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

de cujo ato constitutivo façam parte diretores, sócios ou dirigentes que tenham participado de outra pessoa jurídica suspensa.

11. Feitas essas considerações, entendo que merece acolhida o parecer da unidade técnica quanto ao conhecimento e negativa de provimento do pedido de reexame em tela, mantendo-se inalterada a deliberação recorrida.

Diante do exposto, acolho os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público e voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à 1ª Câmara.

(...)

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Relator

GRUPO II – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 025.430/2009-5

Natureza: Pedido de Reexame em Representação

Unidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero)

Recorrente: Infraero

SUMÁRIO: PEDIDO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EDITAL. CLÁUSULA IMPEDITIVA DA PARTICIPAÇÃO DE INTERESSADOS SUSPENSOS POR ENTE DISTINTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEGALIDADE. SANÇÕES APLICADAS A PESSOA JURÍDICA. ALCANCE DOS EFEITOS. DETERMINAÇÕES. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL.

1. A vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93 estende-se a toda a Administração direta e indireta.

2. Incumbe a cada órgão da Administração impedir a participação de sociedade empresária que comparece a certame licitatório no intuito de esquivar-se de sanção aplicada por ente diverso da Administração.

3. Presume-se fraude quando a sociedade que procura participar de certame licitatório possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio-controlador e/ou sócio-

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

gerente em comum com a entidade apenada com as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, previstas no inciso III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93.

VOTO REVISOR

A controvérsia destes autos diz respeito ao alcance da sanção de suspensão temporária (inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93) e à possibilidade de editais proibirem a participação, em licitações, de sociedades cujos diretores, sócios e dirigentes façam parte do ato constitutivo de pessoas jurídicas suspensas ou declaradas inidôneas para contratar com a Administração.

Conquanto tenha atuado como Relator do Acórdão 1.166/2010-TCU-1ª Câmara, ora recorrido, e ter defendido, na ocasião, tese idêntica à apresentada pelo Exmo. Ministro José Múcio, Relator do recurso em exame, solicitei vista dos autos, com fundamento no art. 119 do RITCU, por verificar que a matéria reclama reflexão mais aprofundada.

Esta Corte, em consonância com grande parte da doutrina, vem considerando que a "suspensão temporária para participação em licitação e impedimento para contratar com a Administração", prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93, tem abrangência restrita ao órgão ou pessoa estatal que aplicar a sanção.

Assim, mesmo estando sob os efeitos da suspensão, o particular não estaria impedido de continuar a participar de licitações ou de contratar com distintos órgãos ou entidades dessa mesma Administração Pública, muitas vezes causando os mesmos incidentes que determinaram a aplicação das penalidades.

Por sua vez, a "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública", prevista no inciso IV do art. 87 da Lei 8.666, diz respeito a toda Administração Pública, impedindo o particular de licitar ou contratar com

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

todos os órgãos e entidades, enquanto perdurarem seus efeitos.

Os defensores desse entendimento fundamentam a distinção entre a abrangência das sanções, essencialmente, na utilização pelo legislador das expressões "Administração", no inciso III, e "Administração Pública", no inciso IV, cujas definições foram estabelecidas nos incisos XII e XI do artigo 6º da Lei 8.666, in verbis:

'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;'

Para efeito da aplicação da sanção de suspensão temporária, o raciocínio revela-se falho, quando se observa, a partir da interpretação do inciso XI, acima transcrito, que "administração" é a expressão concreta da Administração Pública. Por conseguinte, não se trata de conceitos contrapostos, um mais abrangente que o outro, mas de sinônimos.

Ademais, segundo o STJ, a Administração Pública é uma, sendo apenas descentralizado o exercício de suas funções, para melhor atender ao bem comum.

Vejamos o que dizem alguns de seus julgados:

'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 uma, sendo

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

1992
15/12/92

fls. 42

47902450

1000

cl

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'

(REsp 151.567 / RJ, Relator: Ministro Peçanha Martins).

'Como bem acentuado pela Insigne Subprocuradora-Geral da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho Berger, não há ampliação punitiva ao direito da Recorrente, tão-somente a irrepreensível aplicação da letra da lei: '(...) verifica-se que a sanção de suspensão prevista no inciso II, do art. 87, na forma com que foi disposta, aplica-se a todo e qualquer ente que, componha a Administração Pública, seja direta ou indireta, mesmo porque esta se mostra una, apenas descentralizada para melhor executar suas funções:' (fl. 189)

A Administração Pública é a acepção subjetiva de Estado-administrador e sua natureza executiva é única. Apenas as suas atribuições são distribuídas de forma descentralizada, para melhor gerir o interesse de sua comunidade.

(STJ - RMS 9707 / PR, Relatoria: Ministra Laurita Vaz).

Caso tomemos "Administração" com o sentido estreito dado no inciso XII do art. 6º, teremos que reconhecer a existência de incongruência no caput do art. 87, haja vista que, indubitavelmente, o Ministro ou Secretário que aplica a sanção de inidoneidade para licitar ou contratar não o faz enquanto responsável por órgão, entidade ou unidade administrativa. A

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

competência é exercida em nome da Administração da esfera respectiva como um todo, ou "Administração Pública", conforme definição do inciso XI do art. 6º.

'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.

(...)

§ 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'. (grifei)

A exegese mais adequada do preceito perpassa pela inteligência dos princípios fundamentais da Administração Pública, bem como de sua teleologia.

O art. 3º da Lei de 8.666 assim dispõe:

"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720





1994
RCS

116-44
73

1994
CJ

Governo do Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Estado

do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, **da moralidade**, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.' (grifei)

Esse dispositivo incorpora à Lei das Licitações os princípios fundamentais da Administração Pública, previstos no art. 37 da Carta Magna, dentre os quais destaco o princípio da moralidade pública, cláusula geral de conduta imposta não apenas ao administrador, mas também ao particular que contrata com a Administração Pública.

O procedimento licitatório tem como finalidade primordial selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, assim considerada aquela que melhor abrigar o interesse público, cujas principais diretrizes se consubstanciam na eficiência, na economicidade e na moralidade.

Com base nesse entendimento, depreende-se que as sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666 buscam impelir o particular a executar o contrato administrativo em observância princípio da moralidade pública e ao interesse público, assim como proibir acesso ao certame licitatório de particulares cujas condutas tenham se revelado atentatórias a esses preceitos, como é o caso do particular punido com uma das sanções previstas nos incisos III e IV do artigo.

Na linha interpretativa ora desenvolvida, argumenta **Marçal Justen Filho** (in Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 13ª edição, 2009, p. 856), **ao defender o entendimento de que as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 teriam o mesmo efeito perante toda a Administração Pública:**

'(...) afigura-se ofender a lógica reconhecer que a conduta ilícita do sujeito acarretaria sanção restrita

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

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'.

Em consonância com esse entendimento, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, o 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 transcrevo 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 idéia de que a improbidade, decorrente da inadimplência do licitante no cumprimento do contrato, tenha por limite a jurisdição administrativa do órgão sancionador.'

No mesmo sentido, o já aludido RMS 9707 / PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz:

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

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

1996 Rcz
47963-53 75
1996
C

A proibição de contratação de particular que já revelou ser indigno de ser contratado pela Administração, descumprindo obrigações anteriormente pactuadas, como é o caso do particular punido com a sanção prevista no inciso III do art. 87, tem o nítido propósito de evitar fraudes e prejuízos ao erário.

Não procede a idéia de que o legislador tenha deliberadamente impedido o administrador de evitar tais prejuízos e fraudes. A Administração tem a obrigação de evitar a produção de evento que supõe danoso, ante a presença de elementos que permitam formar fundada convicção quanto ao resultado.

A esse respeito, Juarez Freitas (in *Discrecionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, Ed. Malheiros, 2ª edição, p. 99-102), ensina:

"O princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui que a administração pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de que determinada atividade implicará dano injusto, se encontra na obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias. Quer dizer, tem o dever incontornável de agir preventivamente, não podendo invocar juízos de conveniência ou de oportunidade, nos termos das concepções de outrora acerca da discrecionariedade administrativa. (...)

Já o princípio constitucional da precaução, igualmente dotado de eficácia direta e imediata, estabelece (não apenas no campo ambiental, mas nas relações de administração em geral) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de forte verossimilhança). (...)

O Estado precisa agir com precaução, na sua versão balanceada, se e quando tiver motivos idôneos a ensejar a intervenção antecipatória proporcional."

No mesmo sentido, o entendimento do STJ, esposado no REsp 174.274 / SP, relatado pelo Ministro Castro Meira:

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

'O entendimento do Tribunal a quo, no sentido de que a suspensão imposta por um órgão administrativo ou um ente federado não se estende aos demais, não se harmoniza com o objetivo da Lei nº 8.666/93, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propostas.

Há, portanto, que se interpretar os dispositivos legais estendendo a força da punição a toda a Administração, e não restringindo as sanções aos órgãos ou entes que as aplicarem. De outra maneira, permitir-se-ia que uma empresa, que já se comportara de maneira inadequada, outrora pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando esta suspensão desprovida de sentido.'

Por essas razões, **entendo que esta Corte deva rever seu posicionamento anterior, para considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista no inciso III da Lei 8.666/93.**

(...)

Por essas razões, Voto no sentido de que seja aprovado o Acórdão que ora submeto a deliberação deste Colegiado.

(...)

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Revisor

GRUPO I - CLASSE I - 1ª CÂMARA

TC 025.430/2009-5

Natureza: Pedido de Reexame em Representação

Unidade: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária

Recorrente: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária

VOTO COMPLEMENTAR

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

A determinação contida no item 1.5.1 do Acórdão nº 1.166/2010-TCU-1ª Câmara, contestada pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, decorreu do entendimento de que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 restringia-se à entidade que a aplicou e, por isso, a Infraero deveria se abster de incluir em seus editais de licitação cláusula impedindo a participação de interessados que houvessem sido suspensos de participar de licitações e de contratar por decisão de outro ente da Administração Pública.

2. Em consonância com o art. 87 da Lei nº 8.666/1993, no caso de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar ao contratado sanções, que vão desde advertência (inciso I), multa (inciso II), suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (inciso III) até à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (inciso IV).

3. Nesta oportunidade, **o Relator da deliberação contestada pela Infraero, eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, apresenta voto revisor, colacionando, inclusive, decisões do Superior Tribunal de Justiça, QUE AMPARAM SEU NOVO ENTENDIMENTO de que a vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se a toda a Administração direta e indireta.**

4. Considerando que ainda não há jurisprudência consolidada sobre a matéria em discussão, e tendo em vista que a linha defendida pelo Revisor carrega o nobre propósito de dar proteção à Administração Pública e, enfim, ao interesse público, **NÃO VEJO ÓBICE A QUE ESTA CORTE REVEJA SEU POSICIONAMENTO ANTERIOR, PARA CONSIDERAR LEGAL A INSERÇÃO, PELA INFRAERO, DE CLÁUSULA EDITALÍCIA IMPEDITIVA DE PARTICIPAÇÃO DAQUELES INCURSOS NA SANÇÃO PREVISTA NO INCISO III DA LEI 8.666/1993, NA FORMA PROPOSTA PELO MINISTRO WALTON ALENCAR RODRIGUES, CUJO VOTO PASSO A**

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

ACOMPANHAR.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Relator"

O julgamento ora transcrito demonstra que a questão objeto da presente análise não se encontra pacificada no âmbito do TCU, havendo posicionamento de integrantes desta Corte de Contas no sentido de que os efeitos da penalidade de suspensão temporário de participar de licitação e impedimento de contratar se estende a toda a Administração Pública, conquanto minoritário.

Merece destaque ponto abordado na fundamentação do voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues (revisor), concernente à imprestabilidade da interpretação literal para se aferir o alcance do comando legal. Extrai-se da sua explanação que as expressões Administração e Administração Pública não foram empregadas pelo legislador em fiel observância à conceituação que lhes foram conferidas no artigo 6º. Como exemplo, cita o *caput* do artigo 87 que se refere à Administração, que segundo a conceituação legal deveria compreender somente o Órgão, e, no entanto, abrange sanção que é aplicada por Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal conforme o caso (§3º).

Marçal Justen Filho, em edição mais recente da sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* em relação à citada no acórdão do TCU ora transcrito, também sustenta a insuficiência da interpretação literal, ressaltando não haver congruência com a ordem jurídica a restrição dos efeitos da penalidade ao órgão sancionador:

"A distinção mais evidente entre as duas figuras envolve uma interpretação literal, fundada nas definições adotadas pelos incisos XI e XII do art. 6º da Lei. A suspensão do direito de licitar produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse, enquanto a declaração de inidoneidade

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Deco
RCS

fls. 50
47062403 79
~~2009~~
9

alcançaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo 'Administração', enquanto o inc. IV contém 'Administração Pública'.

No entanto, pode-se contrapor que **a lógica excluiria o cabimento de sancionamento ao sujeito no estrito âmbito de um único e determinado sujeito administrativo. Se ao agente apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com um determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda a Administração Pública. Assim se passa porque a prática do ato reprovável, que fundamentou a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança.**

Um exemplo prático permite compreender o raciocínio. Suponha-se que o contratado deixe de adimplir às obrigações assumidas num contrato de empreitada de obra pública. Entrega à Administração uma obra defeituosa. Sancionado com a suspensão do direito de licitar, estaria ele livre para contratar com outros entes da Administração Pública? Reputa-se que a resposta negativa é a mais compatível com a ordem jurídica." (15 ed. São Paulo: Dialética, p. 1020, 2012)

Na mesma linha do julgado já transcrito é o acórdão do TCU AC 3243-49/12-P. Em voto que integra referido julgado, constata-se que a AGU também se alinha ao entendimento do STJ, cujo trecho transcreve-se:

"Ainda em relação à dosimetria das penalidades administrativas, argumentada nos votos revisores anteriores, cito trechos do Parecer nº 87/2011-DECOR/CGU/AGU, da Advocacia Geral da União, aprovado e divulgado a todos os seus órgãos jurídicos consultivos, o qual considera que a sanção do inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, pena mais branda que a do inciso IV, afasta o

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

sancionado das licitações e contratações promovidas por toda a Administração Pública brasileira, tal como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

11. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça em algumas oportunidades já atestou o despropósito da distinção entre Administração Pública e Administração constante dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93. Desse modo, entendeu o referido Tribunal, que é o guardião maior da legislação infraconstitucional no sistema jurídico pátrio, pelo alcance amplo da suspensão temporária de licitar e contratar, irradiando os seus efeitos a todos os órgãos da Administração Pública.

[...]

16. Ademais, compreende-se que a citada tese encontra apoio na unicidade da Administração Pública, que pode ser comprovada pela leitura atenta do art. 1º caput, da Constituição Republicana de 1988, e faz todo o sentido.

17. Também sustenta o entendimento o fato de que a Lei nº 8.666/93 é uma norma nacional. Sendo de cumprimento obrigatório para todo o Estado brasileiro (art. 1º da mencionada lei).

18. Sem dúvida alguma, as penalidades previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 são distintas. Porém, isso não significa dizer que todas as suas consequências devam ser diversas."

Não se desconhece que o TCU possui acórdãos recentes em que reforça o entendimento de que os efeitos da sanção prevista no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93 se limitam ao Órgão que a aplicou, como o AC 3.243/2012, AC-3439-51/12-P.

Também não se desconsidera que há relevantes argumentos doutrinários que sustentam a limitação dos efeitos da referida penalidade ao Órgão/entidade que a aplicou, dentre eles a gradação entre as penalidades previstas no artigo 87 da Lei 8.666/93, que estaria afastada caso fossem idênticos os efeitos das previstas nos incisos III e IV.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

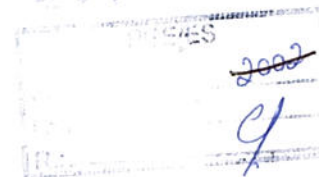
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado



Portanto, no âmbito doutrinário, sustenta-se tanto uma quanto outra tese. No TCU, ainda que a maioria adote o entendimento de restringir os efeitos da penalidade, há posicionamento contrário. Já o Superior Tribunal de Justiça é uniforme quanto à ampliação dos efeitos da penalidade para toda a Administração Pública, em todos os níveis da Federação.

Não se pode desconsiderar que "ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade)" (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 884).

É despidendo aprofundar a análise quanto à competência conferida ao Superior Tribunal de Justiça, pela Constituição Federal, de uniformizador da interpretação do direito federal, garantindo-lhe a unidade. Na oportunidade, vale transcrever o seguinte destaque doutrinário:

"Confiou-se, portanto, ao Tribunal a missão de assegurar uma aplicação uniforme do direito federal. Trata-se de atribuição de elevado relevo em razão do caráter diverso e amplo da federação brasileira." (MENDES, COELHO, BRANCO. *Ob cit.* 2007, p. 922)

Além da orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de estender a toda a Administração Pública os efeitos da penalidade prevista no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93, algumas questões consideradas por aqueles que adotam tese contrária se demonstram frágeis.

Em primeiro, tem-se a insuficiência da interpretação literal, como já demonstrado no voto do Ministro do TCU Walton Alencar Rodrigues, que integra o acórdão AC 2218-11/11, em que se demonstrou que a Lei, em outras situações, emprega o termo

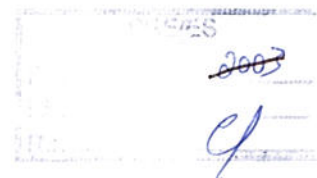
Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado



Administração no sentido amplo, e não no restrito previsto no inciso XII do artigo 6º da Lei 8.666/93.

Quanto à interpretação teleológica, finalística, também é frágil o tema a respeito da proporcionalidade, sobretudo quando se considera que a penalidade muitas vezes decorre de ingerências políticas, ou quando aplicada no âmbito do Município, ou de uma contratação menor, não poderia ter seus efeitos estendidos à toda a Administração Pública.

Entende-se, nessa hipótese, que a proporcionalidade está sendo utilizada num ângulo inverso. Ora, desproporcional não é estender os efeitos da penalidade de suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar, mas sim a aplicação da referida penalidade em hipóteses em que os elementos fáticos não a autorizam incidir. Ou seja, quando não há uma correlação entre a gravidade da conduta e penalidade, cabendo a distorção ser corrigida pelos meios cabíveis.

Até mesmo a tese da gradação que deve existir entre as penalidades que imporia a restrição aos efeitos da penalidade prevista no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93 pode ser infirmada, pois não seria só o tempo de duração da penalidade que a distinguiria da declaração de inidoneidade (o que inclusive poderia se considerar como suficiente), pois exige não só o decurso de tempo que reabilita o contratado, mas sim a cessação dos motivos que levaram à aplicação da penalidade ou a reabilitação perante o Órgão ou Entidade mediante o ressarcimento pelos prejuízos causados e o decurso do prazo.

Diante das razões ora explanadas, **perfilha-se ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao fundamento de que a gravidade da conduta que impôs a sanção prevista no inciso III do artigo 87 desqualifica a licitante a contratar com a Administração Pública, não subsistindo fundamento lógico, na esteira do que leciona Marçal Justen Filho, já referido, que tal desqualificação**

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado



estaria limitada ao âmbito do órgão.

Não obstante, toda a controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito da extensão dos efeitos da sanção de suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar aplicada com esteio no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93, **o TCU possui no sentido de que os efeitos da referida sanção quando aplicada com supedâneo no artigo 7º da Lei 10.520/02 se irradiam por todas as entidades administrativas da Federação. Nesse sentido, tem-se o acórdão do TCU AC-2593-37/13-P, cujo sumário segue transcrito:**

"REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO, NA MODALIDADE PREGÃO, PROMOVIDA PELA VALEC S/A, PARA AQUISIÇÃO DE TRILHOS. IRREGULARIDADES GRAVÍSSIMAS. NULIDADES. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA PARALISAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS. OITIVA DE TODOS OS PARTICIPANTES DO PROCESSO. REVOGAÇÃO DO PREGÃO PELA VALEC, POSTERIORMENTE À DEMONSTRAÇÃO PELO TCU DAS NULIDADES. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COM UMA ÚNICA POSSIBILIDADE DE FORNECEDOR, DADA A MAGNITUDE DO OBJETO. INEQUÍVOCO DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO. PRÁTICA DE ATOS COM ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SIMULAÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXTENSÃO DA SANÇÃO APLICADA, COM FUNDAMENTO NO ART. 7º, DA LEI DO PREGÃO, PARA EMPRESA VINCULADA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO POR MÚLTIPLOS FUNDAMENTOS. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA.

(...)

- A aplicação da sanção prevista no art. 7º, da Lei nº 10.520/2002 - que **institui o pregão como modalidade de licitação, para aquisição de bens e serviços comuns - impede a participação do licitante em procedimentos licitatórios e a celebração de contratos com todas as entidades do respectivo ente estatal, União, Estados,**

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Distrito Federal ou Municípios, implicando seu descredenciamento dos sistemas de cadastramento de fornecedores, pelo prazo de até cinco anos, com extensão a toda a esfera do órgão ou entidade que a aplicou.

- A sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 deixa explícita a vontade do legislador, no sentido de efetivamente punir as empresas que cometam ilícitos administrativos, não somente na restritíssima esfera da entidade que promoveu a licitação e sofreu os efeitos da conduta lesiva da licitante, mas de alijá-la de todas as licitações promovidas nas respectivas esferas federal, estadual, do DF e municipal, por até 5 anos, sem prejuízo das multas e das demais cominações legais, constituindo sanção gravíssima que materializa a jurisprudência do STJ em relação a similar dispositivo da Lei 8.666, cuja interpretação, no TCU, mereceu do Plenário visão bem mais restritiva."

Essa análise se apresenta percutiente *in casu*, pois a sanção imposta à licitante notificada nos autos decorreu da sua participação em licitação na modalidade de pregão presencial, somando-se, assim, a jurisprudência do TCU a reforçar o entendimento de que os efeitos da penalidade que lhe foi imposta pela CGU se estendem, sim, à Administração Pública Estadual, razão pela qual estará impedida de assinar a Ata de Registro de Preço, se a penalidade imposta por Órgão Federal estiver produzindo efeitos.

A referência a eventual produção de efeitos da sanção aplicada decorre de ter sido juntada aos autos, pela licitante, cópia de decisão liminar proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Mandado de Segurança n.º 21.373, que suspendeu os efeitos da penalidade imposta, "afastando consequentemente, possíveis restrições impostas à mesma no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF".

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2014.02.000720





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Conquanto a orientação quanto ao cumprimento de decisão judicial não seja de competência desta PCA, não vislumbramos qualquer dúvida de interpretação do comando judicial anexado aos autos a suscitar uma análise com maior alcance, revelando estarem suspensos os efeitos da penalidade imposta no Processo Administrativo n.º 00190.018887/2013-25/CGU. Valendo **destacar se tratar de decisão precária, cabendo ao Administrador verificar estar produzindo efeitos quer quando da assinatura da Ata de Registro de Preço, quer quando da quando da formalização da aquisição, ou seja, quando da emissão da ordem de fornecimento.**

Considerando que a decisão judicial em referência foi anexada aos autos e proferida após a consulta formulada a esta PGE/PCA, subsistindo dúvida ao Órgão consulente quanto aos efeitos da decisão judicial, a exigir maiores digressões, deverá a consulta ser dirigida à PGE/PCJ, em atenção ao disposto no artigo 22, VI da Lei Complementar Estadual n.º 88/96.

Diante de todo o exposto, conclui-se, considerando a delimitação da consulta, ser **óbice à participação em processos licitatórios e à contratação a imposição da sanção prevista no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93, por qualquer ente da Administração Pública, o que revela a impossibilidade de a licitante vencedora do pregão objeto do presente processo assinar a ata de registro de preço, caso a penalidade imposta esteja produzindo efeitos, ressalva que se coloca já que estes se encontram suspensos no momento dessa manifestação, diante das informações constantes dos autos.**

É o parecer, s.m.j., que submeto à vossa apreciação.

Vitória, 24 de novembro de 2014.

MAIRA CAMARÃO GAMA
Procuradora do Estado

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2014.02.000720

