

Análise das sanções administrativas previstas na Lei 8.666/93

(Analysis of administrative sanctions provided for in 8.666/93 law)

Bernardo Luiz Pecoraro Sanches¹; Julio Cesar Franceschet²

¹Pós-Graduação – Centro Universitário Araraquara – UNIARA – Araraquara SP
bernardo.sanches@gmail.com

²Docente - Centro Universitário UNIFAFIBE – Bebedouro SP
Mestre em Direito Civil pela UERJ/Rio de Janeiro e Doutor em Direito Civil pela USP/Largo do São Francisco. Juiz de Direito.
juliofranceschet@yahoo.com.br

***Abstract.** This research analyzes the administrative sanctions prescribed in the Bidding and Administrative Contracts Law, with focus on stormy application of items III and IV of article 87, because of the discrepancy in this topic assessment both in law and in doctrine. Aspects concerning the timeliness and competence to implement the punishments are the basis for the sharp divergence and are observed in this work under the critical bias. As corpus is used on a bibliography review, judged various courts and opinions of the Audit Courts*

***Keywords.** Administrative Sanctions; Administrative Contract; Bids.*

***Resumo.** A presente pesquisa analisa as sanções administrativas previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, com enfoque sobre a tormentosa aplicação dos incisos III e IV do artigo 87, em razão da discrepância presente na avaliação do tema tanto na jurisprudência quanto na doutrina. Aspectos concernentes à temporalidade e competência para aplicação das punições são os fundamentos para a acentuada divergência e são observados nesse trabalho sob o viés crítico. Como corpus utiliza-se de revisão bibliográfica e julgados de diversos tribunais, bem como pareceres dos Tribunais de Contas.*

***Palavras-Chave.** Sanções Administrativas; Contrato Administrativo; Licitações.,*

Introdução

O presente artigo tem por objetivo explicar sobre a celeuma jurídica existente na aplicação das sanções previstas no artigo 87, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (8.666/93).

Na atual conjuntura brasileira, em que o cidadão clama pelo fim da corrupção e boa versação dos recursos públicos, especialmente quanto aos gastos em licitações astronômicas, que muitas vezes se configuram por demais onerosas aos cofres públicos, tal intento tem grande relevância social e econômica.

Punir com rigor aqueles que se beneficiam de modos escusos de atuação e tentam se aproveitar de todas as dificuldades que envolvem uma licitação é dar exemplo e mostrar compromisso com a sociedade que contribui e quer se assegurar dos resultados com os gastos públicos.

Todavia, não se pode olvidar que o texto legal deve ser interpretado de maneira coerente e será ilegítimo buscar na lei aquilo que ela não expressa. A hermenêutica jurídica exige boa condução das técnicas à disposição do intérprete, não podendo superar aquilo que entendeu o legislador como necessário.

Nas próximas páginas mostraremos a dificuldade de pacificação no entendimento quanto à aplicação das sanções a maus contratantes, que deixam de cumprir seus acordos com as Administrações Públicas, trazendo irreparáveis danos.

A partir de análise da inteligência dada pelo Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e também da visão de autores renomados no campo do Direito Administrativo, indicaremos como se configurou o problema referente a essas sanções.

Ao final, em nossa conclusão, discorreremos sobre uma possível orientação a ser trilhada para a pacificação da exegese no artigo 87 da Lei de Licitações, bem como possível inovação legislativa que venha a dirimir os problemas listados.

1 Sanções Previstas na Lei de Licitações

Todo aquele que contrata com a Administração Pública tem o dever de bem cumprir o encargo para o qual se habilitou. Assim, diante da ineficácia do contratante em realizar o objeto fruto da avença junto ao Poder Público, o particular se submete às sanções disciplinadas em lei.

Tais condutas podem vir a ser punidas em âmbito civil, penal e administrativo. Na Lei de Licitações há também uma parte penal, exclusivamente voltada aos crimes de Licitações. Já, no que se refere à punição quanto à inexecução de contratos, em termos administrativos, temos o previsto nos artigos a serem analisados neste trabalho.

É neste sentido que ensinam Jessé Torres Pereria Junior e Marinês Restelatto Dotti, conforme excerto: “O agente privado que celebra contrato com a Administração Pública responde administrativamente pela inexecução total ou parcial das cláusulas avençadas ou pelo atraso na execução do objeto” (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2012).

Ao adentrar na temática-problema desse estudo, é inegável a necessidade de apresentarmos a expressa disposição da lei. O artigo 87 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresenta diversas sanções cabíveis àqueles que contratam com a Administração Pública e não cumprem o acordado, configurando inexecução total ou parcial, ou simplesmente se negam a assinar o contrato para o qual se habilitaram.

De acordo com os termos da lei, temos:

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

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

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

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

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

Da leitura do artigo supracitado, vê-se claramente a intenção da lei federal em estipular “escala” nas punições. Todavia, recebe críticas no sentido de não disciplinar quais as condutas praticadas se encaixam numa ou noutra punição, estando aberta a certa discricionariedade do administrador público em qual sanção recai o contratante.

Obviamente, deve prevalecer o bom senso na aplicação da penalidade, pois uma conduta de menor gravidade, que em pouco atinge os cofres públicos ou o bom andamento das atividades da Administração não deve receber a punição mais grave. Com isso, privilegia-se a aplicação do *princípio da proporcionalidade* (MEIRELLES, 2010). No mesmo sentido Márcio dos Santos Barros:

Aplicam-se às penalidades administrativas os princípios do Direito Penal, tais como a tipificação (ainda que genericamente, descumprimento das obrigações contratuais), a culpabilidade (prática do ato ilícito) e a proporcionalidade (relação entre a sanção e a gravidade do ato). Quatro são as penalidades: duas que se aplicam durante a vigência contratual – advertência e multa – e duas, mais graves – suspensão temporária do direito de licitar e declaração de inidoneidade – cujos efeitos se prolongam por períodos posteriores à vigência contratual (BARROS, 2011).

Dessa forma, parece-nos claro o entendimento de que deve o administrador público se basear no tipo de ação perpetrada pelo particular no desempenho do contrato administrativo para definir qual a sanção cabível.

2 A indefinição das regras previstas nos incisos III e IV do artigo 87

A grande celeuma quanto à questão da aplicação das sanções previstas na lei 8.666/93 se encontra nos incisos III e IV do artigo 87. Ali estão as possibilidades de *suspensão temporária* do direito de participar de licitações e *declaração de inidoneidade* para licitar e contratar com o Poder Público.

A *priori*, aparenta ser simples a definição da distinção entre as duas punições, pois, conforme apresentamos em capítulo anterior, existe uma escala das punições, e seria mais grave a declaração de inidoneidade em relação à suspensão temporária do direito de participar de licitações.

Outra situação de extrema importância e que gera controvérsias jurídicas no âmbito da doutrina e da jurisprudência refere-se à extensão da impossibilidade de contratar com o Poder Público.

Da leitura do dispositivo legal, percebe-se que a lei não faz utilização do mesmo vocábulo nos dois incisos. Enquanto baliza no inciso III a suspensão de contratar aplicável à “Administração Pública”, no inciso IV, restringe-se ao termo “Administração” no referente à declaração de inidoneidade:

Verifica-se que como a redação da lei não é clara, dependendo do significado e da compreensão conferidos a essas expressões, os efeitos da aplicação das referidas penalidades sofrem modificações quanto à sua extensão, podendo ser mais ou menos severas (REIS, 2011, p. 111).

Ainda mais um problema surge: o prazo das punições previstas nos mesmos incisos.

O inciso III, do artigo 87, ao referir-se à suspensão temporária de contratar com a Administração expõe prazo limite para a sanção, sem qualquer necessidade de reparação de danos por parte do apenado.

Já o inciso IV, do mesmo artigo, quando trata da declaração de inidoneidade, simplesmente se olvida em tratar de qualquer prazo, remetendo-se ao exposto no inciso anterior, mas acrescentando a necessidade de contratante punido, na forma da lei, reabilitar-se pelo ressarcimento de prejuízos.

Dessa forma, nos tópicos seguintes, exploramos posicionamentos diversos dos autores administrativistas e também do Judiciário e das Cortes de Contas brasileiras.

Cabe destacar eminente posicionamento de Marçal Justen Filho no sentido de que as punições previstas nos incisos III e IV não podem ser aplicadas por falta de correta tipificação, de forma a infringir o regime constitucional (JUSTEN FILHO, 2010).

Apesar da posição do ilustre doutrinador, tanto a jurisprudência dos Tribunais de Contas quanto a do Superior Tribunal de Justiça se inclinam no sentido de ser plenamente possível a aplicação dos incisos III e IV, cabendo ao administrador público, de acordo com a gravidade da conduta praticada pelo contratante, aplicar a razoável punição.

3 Competência para as punições previstas no artigo 87

Primeiramente, é relevante apontar que em qualquer caso de punição deve ser instaurado o devido processo administrativo para apuração da falta cometida pelo contratante, de modo a se observar o devido processo legal, com respeito ao contraditório e a ampla defesa.

Ressalte-se que as punições em análise podem ser aplicadas diretamente pela Administração Pública, sem a necessidade de manifestação do Poder Judiciário (Alexandrino; Paulo, 2011).

No caso do inciso III, quanto à autoridade que deve estipular a punição, entendemos que deve o gestor do contrato por parte da Administração Pública, ao receber o relatório final da comissão de sindicância especificamente destacada para a condução do Processo Administrativo, aplicar a devida punição.

Tal possibilidade varia de advertência até a suspensão do direito de contratar com a Administração Pública, realizando, por consequência, a devida publicação em diário oficial e comunicação ao Tribunal de Contas competente para que fique na listagem de apenados (Instruções 02/2008, TCE-SP).

Já quanto ao inciso IV, a Declaração de Inidoneidade só compete a algumas autoridades, com status de Ministro ou Secretário de Estado. É o que se apreende da leitura do §3º, do artigo 87 da Lei de Licitações, o qual confere competência exclusiva às autoridades supracitadas.

Destaque-se posicionamento de Márcio dos Santos Barros quanto à inconstitucionalidade do supracitado dispositivo: “A restrição imposta parece, salvo melhor juízo, inconstitucional, por invasão de competência. Não pode a lei administrativa federal fixar competências para Secretários Estaduais e Municipais. Sua competência é restrita aos servidores federais” (BARROS, 2011).

Apesar do eminente entendimento, não enxergamos inconstitucionalidade. A competência legislativa sobre licitações e contratações é federal e determinar regra simétrica para ser acompanhada pelos outros entes federativos não nos parece ofensa à Carta Magna, de acordo com o artigo 22 desta.

Aponta, também, parte da doutrina quanto à possibilidade de aplicação de declaração de inidoneidade pelos Tribunais de Contas ao contratante que atua em irregularidade. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles: “Essa norma não obsta a que o Tribunal de Contas declare a idoneidade (sic) de licitante fraudador de licitação, com base no artigo 46 da Lei 8443/92” (MEIRELLES, 2010).

Novamente, ousamos discordar: a declaração de inidoneidade para contratante junto à Administração Pública prevista aos Tribunais de Contas não se equivale com a norma prevista na Lei 8.666/93.

Primeiramente, fica clara a diferença de prazo referente à sanção aplicada, já que na Lei de Licitações e Contratos Administrativos não se apresenta um prazo fixo para a declaração de inidoneidade, ressaltando a necessidade de reabilitação do apenado para que esteja novamente capacitado a atuar junto à Administração Pública.

Já nas leis orgânicas das Cortes de Contas (artigo 46, da Lei 8443/92 e artigo 108, da Lei 709/93), o prazo máximo de punição é de 5 anos, sem previsão de reabilitação.

Todavia, a principal diferenciação das duas normas refere-se à conduta praticada que enseja tais punições. No artigo 87 da Lei de Licitações fica evidente que a série de sanções previstas se aplicam em razão de *inexecução total ou parcial de contrato*. Já, no referente ao disposto aos Tribunais de Contas, fica exposta a possibilidade de aplicação de pena àqueles que fraudam licitação.

Sendo assim, parece-nos serem momentos e atos ilícitos distintos, não havendo confronto ou opção de aplicação das punições do artigo 87 da Lei de Licitações às Corte de Contas, estando aquelas previstas exclusivamente para aplicabilidade da Administração Pública.

Entendemos, inclusive, que eventual tentativa de participação em licitação por parte de licitante que esteja suspenso de contratar com a Administração ou que já esteja declarado inidôneo para contratar com a Administração Pública ensejará aplicação, por parte do Tribunal de Contas competente, da punição prevista em suas leis orgânicas, com prazo máximo de 5 anos.

Advirta-se o posicionamento diverso do apresentado por nós de Marçal Justen Filho quanto à equivalência dos dispositivos da Lei de Licitações e das Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas:

Os pressupostos de aplicação do dispositivo são necessariamente os mesmos. A decisão do STF poderia conduzir ao resultado despropositado de dupla punição imposta a um mesmo sujeito, em virtude de prática de mesmo ato. Basta considerar que a aplicação da sanção por parte do TCU apenas pode ser cogitada se o referido sancionamento não foi aplicado no âmbito da Administração contratante (JUSTEN FILHO, 2010).

Conforme acima destacado, não entendemos que a motivação para aplicação das punições sejam as mesmas, e também não há que se falar em dupla punição, exatamente por não se tratar de fato único ensejador das sanções previstas na Lei de Licitações e nas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas.

4 A amplitude das sanções

Outro grande debate que persiste no âmbito da doutrina e concomitantemente na jurisprudência refere-se à abrangência da punição imposta pelos incisos III e IV do artigo 87.

A celeuma se estabelece em razão da diferenciação feita nos dois dispositivos citados quanto às expressões *Administração* e *Administração Pública*, previstos nos incisos citados, na respectiva ordem.

Jessé Torres P. Junior explicita:

A diferença do regime legal regulador dos efeitos da suspensão e da declaração de inidoneidade reside no alcance de uma e de outra penalidade. Aplicada a primeira, fica a empresa punida impedida perante as licitações e contratações da Administração; aplicada a segunda, a empresa sancionada

resulta impedida perante as licitações e contratações da Administração Pública (PEREIRA JUNIOR, 2009).

Para Marçal Justen Filho, a interpretação literal das duas expressões não nos traz a correta extensão da norma. Neste sentido, tanto uma quanto a outra punição seriam extensíveis a toda e qualquer Administração Pública, no mais amplo sentido possível.

Se o 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 (JUSTEN FILHO, 2010).

Sendo assim, para o supracitado autor, indiferente se o contratante foi declarado inidôneo ou se sofreu punição de suspensão de contratar com a Administração pela Prefeitura de Araraquara, tal situação se estenderia, obrigatoriamente, à Prefeitura do Rio de Janeiro, ao Estado de Pernambuco ou à própria União Federal.

Tais posicionamentos se ratificam no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, por meio dos seguintes julgados Resp 151.567/97, Resp 174.274/04.

De lado diametralmente oposto, temos o posicionamento de Hely Lopes Meirelles, para quem tais punições devem ser observadas com cautela e sua abrangência se opera de maneira restrita.

Observe-se que a suspensão provisória pode restringir-se ao órgão que a decretou ou até mesmo a uma determinada licitação ou a um tipo de contrato, conforme a extensão da falta que a ensejou. (...) Constituindo a declaração de inidoneidade uma restrição a direito, só opera efeitos relativamente à Administração que a impõe (MEIRELLES, 2010).

Desta feita, se determinado contratante sofre punição de suspensão do direito de contratar com a Administração em razão da incorreta realização de contrato administrativo com a Secretaria de Saúde de São Paulo, poderia tal punição estabelecer-se exclusivamente às contratações com esse órgão, não havendo extensão para a Universidade de São Paulo, por exemplo.

Há que se ressaltar, ainda, posicionamento de Carlos Ari Sunfeld, o qual prega que as sanções previstas no artigo 87, incisos III e IV referem-se à totalidade de entidades que se

encontram em uma mesma unidade federativa, isto é, suplantando o caráter exclusivo do órgão ou entidade que aplica a pena para atingir as diversas entidades e órgãos que existam no âmbito do Município ou do Estado ou da União, mas sem ultrapassar as fronteiras do ente que realizou a punição:

Inidoneidade ou suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração devem ser impostas por agentes políticos da União, Estado, Distrito Federal ou Município, impedindo a contratação ou habilitação do apenado apenas pelos entes administrativos da mesma unidade federativa responsável pela aplicação da penalidade (SUNDFELD, 1994).

Ainda citamos o entendimento exarado pela Procuradoria do Estado de São Paulo, por meio do Parecer PA 315/2003, datado de 03 de novembro de 2003, no qual ficou exposto que a sanção de Declaração de Inidoneidade deve estar adstrita aos órgãos que compõem um mesmo ente federativo:

Por todo o exposto conclui-se, nos termos do entendimento aprovado no âmbito da Administração estadual, que a pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração pública, prevista no artigo 7, inciso IV da Lei n. 8.666/93, uma vez cominada por Secretário de Estado, deve ser observada por todos os órgãos e entidades da Administração pública do Estado de São Paulo (RAMOS, 2013).

Por outro lado, quanto à sanção de Suspensão do Direito de Contratar com a Administração Pública, prevista no inciso III, do artigo 87 da Lei 8.666/93, houve alteração recente na orientação traçada no âmbito daquela entidade. Anteriormente, o entendimento consagrado era de que o suspenso de contratar com a Administração estaria impedido somente junto ao órgão que o suspendeu, mas possibilitado de atuar junto a outros órgãos, ainda que do mesmo ente federativo, porém, hoje, a situação se expandiu, à mesma abrangência espacial da declaração de inidoneidade, conforme se verifica no Parecer GPG 08/2004, aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 19 de julho de 2004:

Os efeitos da suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar restringem-se às licitações e contratações do órgão ou pessoa estatal que a aplicar (Parecer PA-3 n. 69/95).

(...)

Em se mantendo a orientação jurídica reproduzida na alínea “d” do item 12 anterior, a pessoa interessada poderá estar sob os efeitos da sanção de “suspensão temporária para participação em licitação e impedimento para

contratar com a Administração”, prevista no inciso III do artigo 87 da Lei federal n. 8.666/93, aplicada por órgão ou entidade de um ente federado, sem que se possa impedi-la de participar de licitações ou de contratar com outros órgãos ou entidades dessa mesma Administração Pública. Esse entendimento, embora esposado por juristas de escol, não me parece razoável. (...)

Isso posto, encaminho o assunto à deliberação de Vossa Excelência para, se assim anuir, aprovar a orientação no sentido de que:

a) não há óbices jurídicos à instituição de cadastro único de fornecedores para a Administração direta e indireta do Estado de São Paulo.

b) a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no inciso III do artigo 87 da Lei n. 8.666/93, aplicada pela autoridade competente mediante devido processo legal, gera efeitos sobre todos os órgãos e entidades da Administração Pública do Estado;

c) a sanção de impedimento de licitar e contratar com o Estado, estabelecida no artigo 7º da Lei federal n. 10.520/2002, é de competência do Governador, passível de delegação, e alcança os órgãos e entidades da Administração Pública estadual, direta e indireta (PACHECO, 2013, grifos nossos)

De forma a temperar os dois polos apresentados, temos o posicionamento das Cortes de Contas. Para o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a extensão da punição nas normas em questão deve ser aplicada da seguinte forma: a suspensão do direito de contratar com a administração, regra prevista no inciso III do artigo 87, refere-se somente ao órgão que aplicou a punição. Já a declaração de inidoneidade para contratar e licitar com a Administração Pública teria efeitos mais amplos, impedindo o apenado de participar de licitações em quaisquer esferas federativas.

Tal entendimento se consubstancia no seguinte julgado do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

TC-015313/026/08 – REPRESENTAÇÃO

Defesa oferecida pela USP ressalta a distinção que há de ser feita entre os efeitos da sanção então aplicada e aqueles decorrentes da declaração de inidoneidade para licitar com a Administração Pública, esta última cabível se e quando configurada a prescrição do inciso IV do artigo 87 da Lei n. 8.666/93.

Ora, ainda que à época do certame promovido pela USP a restrição estivesse vigorando no âmbito daquela Edilidade, a sanção não afeta eventual interesse da licitante apenada em participar de procedimentos licitatórios lançados por outros órgãos e esferas, por se tratar da hipótese prevista no inciso III do artigo 87 da Lei n. 8.666/93, limitando-se, desse modo, ao impedimento de licitar e contratar com a

Administração Municipal de Barretos. Nesse sentido, decisão exarada pelo E. Tribunal Pleno nos autos do TC-004899/026/95.

O Tribunal de Contas da União parecia ter entendimento predominante de mesmo sentido, devendo a suspensão do direito de participar de licitações e contratar com a Administração estando restrita ao órgão ou entidade que a aplicar.

Decisão nº 352/1998

Se é defensável que alguém considerado inidôneo em determinada esfera administrativa não o seja em outra, muito mais razoável é admitir-se que a suspensão temporária do direito de licitar seja válida apenas no âmbito do órgão ou entidade que aplicou a penalidade, não apenas por raciocínio lógico, mas principalmente em atenção ao princípio da legalidade, que deve nortear toda a atividade da Administração Pública.

Entretanto, passa a vacilar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme julgados abaixo listados.

Em 14/06/2011 foi publicado no Diário Oficial da União o seguinte Acórdão 3757/2011 - Primeira Câmara:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Acre/TCU, na qual são tratadas possíveis irregularidades na celebração de aditivos contratuais pela Secretaria de Estado de Extensão Agroflorestal e Produção Familiar-Seaprof/AC.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator em:

9.1. acolher as razões de justificativa do Sr. Nilton Luiz Cosson Mota;

9.2. dar ciência à Secretaria de Estado de Extensão Agroflorestal e Produção Familiar-Seaprof/AC de que este Tribunal, visando dar maior proteção à Administração Pública e ao interesse público, reviu seu posicionamento sobre o alcance da penalidade prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 e, considerando decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, decidiu 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."** (Acórdão nº 2.218/2011 - TCU - 1ª Câmara, de 12.04.2011);

(grifos nossos)

E no voto do relator, Ministro Ubiratan Aguiar, foi assim explicitado o entendimento:

6. Quanto ao ponto que discute o alcance dos efeitos da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a administração pública, trago ao conhecimento do responsável que, posteriormente à instrução da Secex/AC, foi proferido o Acórdão nº 2218/2011 - TCU - 1ª Câmara, de 12.4.2011, no qual esta Corte reviu seu posicionamento sobre o alcance dessa penalidade, ante o nobre propósito de dar proteção à Administração Pública e ao interesse público, e considerando decisões do Superior Tribunal de Justiça. O novo entendimento dado à questão foi "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."

Mas, posteriormente, no Acórdão 902/2012, com publicação em 23/04/2014 no Diário Oficial da União, o plenário da Corte de Contas Federal voltou ao antigo entendimento, no sentido de se restringir a aplicabilidade da sanção do artigo 87, inciso III. Todavia, há que se ressaltar o voto do Relator, Ministro José Jorge, demonstrando a necessidade de pacificação quanto ao dispositivo em análise:

19. De início, cumpre registrar que a extensão dos efeitos da penalidade aplicada com base no art. 87, III, da Lei de Licitações é questão ainda sem entendimento pacificado no âmbito desta Corte. Antes da prolação do Acórdão 2218/2011 - 1ª Câmara, proferido na sessão de 12/4/2011, estava sedimentada nesta Corte a tese de que a abrangência da aplicação da sanção de impedimento de contratar se restringia ao próprio órgão sancionador, não se aplicando a toda a Administração Pública.

20. No Acórdão acima, da Primeira Câmara, decidiu-se que o alcance da suspensão estende-se a toda a Administração direta e indireta. Ocorre que na sessão de 15/06/2011 pedi vista do TC 013.294/2011-3, que tratava de matéria análoga. Em 17/08/2011, apresentei Voto onde propus que a interpretação a ser dada ao referido dispositivo da Lei 8.666/93 deveria ficar circunscrita à esfera do ente federativo que proferiu a penalidade. De qualquer forma, a matéria ainda se encontra em aberto, ante o pedido de vista do Ministro Raimundo Carreiro.

21. Trata-se, portanto, de matéria ainda controversa no âmbito desta Corte. Por outro lado, no âmbito do Poder Judiciário, o assunto, ao que parece, se encontra pacificado. Como exemplo, cito, no que cabe, deliberação do Superior Tribunal de Justiça (REsp 151567/RJ, Rel Min. Francisco Peçanha Martins - 2ª Turma - 25/02/2003):

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 art. 87 da Lei 8.666/1993 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."

Data vênua às manifestações doutrinárias e jurisprudenciais diversas, parece-nos a razão estar com a Corte de Contas Paulista e com o antigo posicionamento do Tribunal de Contas da União, em virtude da análise do artigo 6º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

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;

A partir da apreciação do disposto na lei, parece clara a intenção do legislador em definir o conceito de Administração e Administração Pública para o aplicado na Lei 8.666/93. Interpretação diversa demonstra, por parte do operador do direito, descrédito para com o legislador, algo que não pode prevalecer, e afronta ao que foi disciplinado em norma explicativa da própria lei.

Nesta direção está Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Os incisos III e IV do artigo 87 adotam terminologia diversa ao se referirem à Administração Pública, o que permite inferir que é diferente o alcance das duas penalidades. O inciso III, ao prever a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, refere-se à **Administração**, remetendo o intérprete ao conceito contido no artigo 6º, XII, da lei (...). O inciso IV do artigo 87, ao falar de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, parece estar querendo dar mais amplitude a essa penalidade (DI PIETRO, 2011).

Outro indício de a declaração de inidoneidade ter aplicabilidade muito mais ampla que a suspensão do direito de contratar está presente na exigência legal do §3º, do artigo 87, para que aquela punição seja aplicada exclusivamente por Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou Municipal, caso contrário não haveria tamanho rigor legislativo, obviamente adotado de forma a conferir cautela e avaliação apurada dessa punição.

É nessa linha, inclusive, o entendimento de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

Além disso, em vista de a suspensão restringir-se ao âmbito do órgão sancionador, é a autoridade superior desse órgão quem a aplica, por proposição da comissão processante designada, depois de observados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A aplicação da sanção de declaração de inidoneidade (art. 87, IV), cujos efeitos são mais amplos, atingindo toda a Administração Pública, é da competência exclusiva do Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso (art. 87, §3º, da Lei nº 8.666/93) (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2012).

A lógica apresentada (JUSTEN FILHO, 2011) de que o contratante incapaz de cumprir suas obrigações para com determinada entidade não seria apto a contratar com mais nenhuma em caso de suspensão do direito de contratar com a Administração (art. 87, III) parece ser a mais justa e a que atinge os anseios sociais de maneira mais direta. Entretanto, contraria frontalmente o disposto e prelecionado pela própria lei, algo que não se admite no Direito, de forma a se desconstituir toda a construção jurídica, princípios e segurança jurídica.

Sendo assim, entendemos que a sanção prevista no artigo 87, III, qual seja, a *Suspensão do Direito de Contratar com a Administração*, tem aplicação exclusiva ao órgão ou entidade pelo qual atue a Administração Pública (entes da Administração Pública Direta e Indireta).

Por outro lado, a declaração da inidoneidade, prevista no artigo 87, IV, tem amplitude para todos os entes da federação, estando, desta maneira, o apenado eliminado de qualquer certame licitatório em todo o território nacional.

5 Prazos das Sanções

Outro ponto importante da Lei de Licitações na apostila das sanções previstas no artigo 87, que também deixa dúvidas de interpretação, se refere ao prazo das punições previstas nos incisos III e IV.

Para a suspensão do direito de contratar com a administração o legislador foi claro ao afirmar que tal sanção pode perdurar pelo prazo máximo de dois anos. Desta forma, ficará o contratante apenado impedido de participar de licitações com o órgão/entidade que o apenou por meses, ano ou até o máximo de dois anos.

Neste sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Enquanto a pena de suspensão não pode ultrapassar dois anos, a de declaração de inidoneidade não tem um limite preciso definido na lei. Apesar da má-redação do inciso IV do artigo 87, deduz-se que o limite mínimo é de dois anos, já que a lei, na parte final do dispositivo, emprega a expressão *após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior*; o limite máximo é a data em que ocorrer a reabilitação, ou seja, quando, após decorridos dois anos, o interessado ressarcir os prejuízos causados à Administração (DI PIETRO, 2011).

Todavia, entendemos que a correta interpretação quanto à declaração de inidoneidade exige interpretação sistemática e também nos obriga a visualizar o globo do ordenamento.

A princípio, salta que a declaração de inidoneidade ganha caráter eterno quando o contratante não se reabilita. Isto é, exige deste uma conduta frente à Administração que o apenou de modo a ressarcir os prejuízos que tenham ocorrido, caso contrário seguirá apenado.

Entretanto, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLVII, esclarece que são inaceitáveis penas perpétuas, de modo que acolher que a declaração de inidoneidade dure por prazo indeterminado, tornando-se eterna se não houver ressarcimento por parte do apenado é violar exatamente dispositivo de nossa norma magna.

Ressalte-se que a Ação de Ressarcimento ao Erário é imprescritível, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹. Porém, quanto às outras sanções

¹ STJ declara imprescritível ação de ressarcimento do erário por improbidade administrativa.

Disponível em

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89406>. Acesso em 02/12/2013.

administrativas, inclusive aquelas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, sempre haverá prescrição.

Ressalte-se, outrossim, que a matéria encontra-se em discussão no Supremo Tribunal Federal, tendo sido levantada a questão de repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário 669069.

Desta forma, entendemos que o prazo máximo da declaração de inidoneidade também será de 2 anos, já que o inciso IV faz referência ao inciso III, que prevê tal limite temporal.

Neste sentido, Marçal Justen Filho:

Determina-se que “reabilitação” do sujeito declarado inidôneo poderá ser concedida apenas após decorrido o prazo de dois anos da aplicação da sanção e mediante ressarcimento pelo interessado dos prejuízos derivados de sua conduta. A ausência de ressarcimento dos eventuais prejuízos, no entanto, não pode ser obstáculo ao deferimento da reabilitação, sob pena de configurar-se uma sanção com cunho de perpetuidade (JUSTEN FILHO, 2010).

Pode, assim, emergir a ideia de que, então, as punições dos incisos III e IV seriam exatamente idênticas. Porém, vale retornar ao capítulo anterior e analisar que a primeira, segundo nosso entendimento, teria aplicabilidade somente quanto ao órgão/entidade que apenou o contratante enquanto o segundo teria extensão para toda e qualquer Administração Direta ou Indireta nacional, já apresentando grande diferenciação das penas.

Conclusão

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresentou-se como grande inovação legislativa no sentido de se conferir critérios rigorosos de seleção de contratantes e propostas de serviços e produtos frente à Administração Pública, sempre buscando o melhor para o coletivo para celebração de contratos administrativos.

Como se sabe, é intrínseco à atividade do administrador público seguir com rigor o princípio constitucional da legalidade, devendo realizar exatamente o que esteja disposto nos termos legais, não se oferecendo ao seu arbítrio decisões referentes aos negócios jurídicos de interesse público.

Em seu artigo 87, a supracitada lei apresenta sanções administrativas àqueles que não cumprem o que se disciplina nos Contratos Administrativos. Dentre as diferentes hipóteses ali previstas, ganham notoriedade e eficácia a suspensão do direito de licitar e contratar e a declaração de inidoneidade.

Porém, tais espécies de sanção não ficam claras, especialmente quanto à extensão e abrangência de tais punições. Tal abertura legal, conseqüentemente, instaura grande celeuma de interpretação, que se reflete tanto na jurisprudência quanto na doutrina.

Ao apontarmos as diversas interpretações conferidas àquelas sanções, identificamos que a avaliação mais coerente parece estar com os Tribunais de Contas, que aplicam a sanção prevista no inciso III do artigo 87 restritivamente ao órgão ou entidade que apena o contratante e estendem a punição do inciso IV do mesmo artigo a toda Administração Pública, consubstanciada nos municípios, estados e união.

A fim de esclarecer de vez por todas a celeuma, entendemos caber ao legislador reformular o texto legal, indicando claramente que a suspensão do direito de contratar deve ficar restrita à Administração que realizou a contratação e, de outra ponta, conferir maior amplitude à declaração de inidoneidade, estando o apenado nesta hipóteses impedido de atuar junto a qualquer entidade da Administração Pública Direta e Indireta em todos os níveis federativos.

Por outro lado, em razão do momento propício que se vive, em que o povo brasileiro se enche de esperança e cobra mais dos representantes por ele escolhido, e no mesmo sentido, clama por melhor versação do dinheiro público e correta utilização dos tributos pagos por cada cidadão, entendemos que seria interessante alteração legislativa no sentido de seguir o entendimento de Marçal Justen Filho, apresentando-se as exatas hipóteses em que caberia uma sanção ou outra.

Tal situação, além de mais segurança jurídica e aplicação basilar do princípio da legalidade, traria mais rigor à sanções previstas, aclarando a todos, inclusive ao próprio gestor do contrato, qual tipo de conduta deveria ser avaliada como mais nociva e conseqüentemente mereceria a punição mais grave, extirpando os maus contratantes, com objetivos escusos, de atuarem junto ao setor público.

A suscitada reforma legislativa deveria, portanto, se direcionar ao correto enquadramento de condutas que se relacionam com suspensão do direito de contratar e declaração de inidoneidade.

Se decidisse ir mais além, poderia o legislador, inclusive, extirpar qualquer dúvida da amplitude das referidas sanções e conferir mais rigor nas punições, extinguindo a punição de suspensão de contratar com a Administração, definindo-se apenas pela declaração de inidoneidade do apenado, estando, desta forma, impedido de atuar com qualquer Administração Pública. Assim, determinado contratante que não se mostra capaz de adimplir contratos com uma pequena prefeitura não estaria apto a atuar junto ao estado e também com a União.

Tal medida viria ao encontro da moralidade esperada na utilização dos recursos públicos, traria mais credibilidade às licitações.

Além de tal tipificação, caberia também ao legislador definir a situação do instituto da reabilitação, previsto no mesmo inciso IV, impondo quais procedimentos deveriam ser observados e de que forma se teria por efetivo o ressarcimento dos prejuízos causados à Administração Pública, ainda que não se perfaçam exclusivamente em danos monetários.

No mesmo sentido, deveria explicitar qual o limite de prazo de sanção no caso de o apenado não realizar a referida reabilitação, devendo, obviamente, esse prazo ser superior aos dois anos necessários para a reabilitação realizada quando há o ressarcimento de prejuízos, conforme exposto no §3º do artigo 87.

Com tais inovações legislativas, cremos que o interesse público estaria mais respaldado, culminando-se em mais moralidade no trato dos negócios jurídicos públicos, e, como dissemos anteriormente, afastar-se-iam os maus contratantes.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19ª edição rev. e ampl. – São Paulo: Método, 2011

BARROS, Márcio dos Santos. *502 Comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos*. 2ª edição rev, atual e ampl. – São Paulo: NDJ, 2011

Brasil. STJ declara imprescritível ação de ressarcimento do erário por improbidade administrativa Disponível em <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89406>. Acesso em 02/12/2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª edição – São Paulo: Atlas, 2011.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª edição. - São Paulo: Dialética, 2010

<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>. Acesso em 11/07/2013

<http://www4.tce.sp.gov.br/>. Acesso em 12/07/2013

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 12/07/2013

JUNIOR, Jesse Torres Pereira. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

JUNIOR, Jessé Torres Pereira. DOTTI, Marinês Restelatto. *Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação* - 1ª edição. São Paulo: NDJ, 2012

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª edição. – São Paulo: Malheiros, 2010.

PACHECO, Maria Emília. *Licitação. Sanções. Registro Cadastral. Consulta Visando ao Estabelecimento de Normas Gerais e de Padronização dos Procedimentos para toda a Administração Pública*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/bol2005/bol2005.pdf>. Acesso em 07/08/2013.

RAMOS, Dora Maria de. *Licitação e Contrato Administrativo – Aplicação da Pena de Sanção de Declaração de Inidoneidade para Licitar. Consulta acerca do Alcance da Penalidade*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/boletins-pdf/06%20-%20Boletim%20Nov-Dez-2004.pdf>. Acesso em 07/08/2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Instruções Normativas 02/2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros, 1994.

Recebido em 17/04/2015

Aprovado em 03/08/2015