



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER Nº 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.001847/2013-61

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

EXTENSÃO DOS EFEITOS DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA (ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93) E IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO (ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02).

I. Orientação do TCU. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar. Efeitos da penalidade não alcançam toda a Administração Pública Federal; incidem, apenas, sobre as relações jurídicas entre o apenado e o ente que aplicou a penalidade.

II. Inteligência do conceito de Administração no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93. Semanticamente, no âmbito das autarquias e fundações públicas federais, refere-se ao ente (pessoa jurídica). Aplicação da "teoria do órgão" para solucionar a indeterminação do art. 6º, XII, da Lei nº 8.666/93. Irrelevância da discussão sobre competência da autoridade para fins de delimitação dos efeitos jurídicos da sanção de suspensão temporária ou impedimento.

IV. Impedimento do art. 7º da Lei nº 10.520/02. A vedação à participação de empresas em licitações e contratações em toda a Administração Pública Federal somente se dá se a penalidade houver sido aplicada por ente federal.

V. Possibilidade de prorrogação contratual com empresa apenada, desde que a ampliação do prazo de vigência decorra da incidência dos arts. 57, §1º, e 79, §5º, da Lei nº 8.666/93.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos, através da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á de enfrentar a discussão sobre a extensão dos efeitos da aplicação das penalidades do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 e do art. 7º da Lei nº 10.520/02.

5. É o relatório.

DA SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR NA LEI Nº 8.666/93



6. A discussão sobre o alcance dos efeitos da aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar (art. 87, III, da Lei nº 8.666/93), doravante denominada simplesmente de suspensão temporária, tem sido objeto de controvérsia.

7. O TCU, por muitos anos, teve posição assentada sobre o tema, tendo se manifestado sucessivas vezes por um alcance mais restrito da penalidade, de sorte que os efeitos da suspensão temporária somente alcançariam as licitações e contratações do próprio órgão ou ente da Administração que aplicou a sanção. São nesse sentido os precedentes dos Acórdãos TCU nº 3.858/2009 – 2ª Câmara e nº 1.539/2010 – Plenário.

8. Em 2011, contudo, o Acórdão TCU nº 2.218 – 1ª Câmara entendeu que os efeitos da suspensão temporária não deveriam afetar, apenas, as relações jurídicas entre o aplicador da sanção e a pessoa física ou jurídica punida, mas deveriam ser estendidos a toda a Administração Pública. Nos fundamentos do Acórdão, estava a tese de que o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 objetivou a prevenção às fraudes e prejuízos em detrimento da Administração Pública, o que sugeriria a pertinência de uma interpretação mais rigorosa e compatível com a moralidade administrativa. Na comunicação de cautelar do TC 008.674/2012-4, divulgada no Informativo TCU nº 100, das sessões de 3 e 4 de abril de 2012, esse entendimento pareceu ratificado pela Corte de Contas, pois lá figurou que a empresa apenada à luz do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 restaria proibida de firmar contratos e participar de licitações promovidas por qualquer ente administrativo.

9. Vê-se, portanto, que, nos idos de 2011 e 2012, houve certa instabilidade da jurisprudência do TCU. Em fins de 2012, contudo, o Acórdão nº 3.243/2012 – Plenário, julgado definitivamente em 28 de novembro, fixou entendimento definitivo sobre o tema. A partir do voto revisor do Ministro Raimundo Carreiro, o TCU ratificou sua clássica jurisprudência com supedâneo em argumentos bastante conhecidos.

10. Para o Ministro revisor, a penalidade de suspensão temporária somente afeta a relação jurídica da empresa com o órgão ou ente responsável pela aplicação da sanção por força do princípio da proporcionalidade e dos arts. 6º, XI e XII,¹ e 87, III e IV,² da Lei nº 8.666/93:

¹ 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;

16/05/2013

16/05/2013

16/05/2013

16/05/2013



7. Consoante se lê dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93, os conceitos definidos pelo legislador para "Administração Pública" e para "Administração" são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Desse modo, não creio que haja espaço hermenêutico tão extenso quanto tem sustentado o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes citados no voto do relator no que concerne ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87.

8. Penso que a jurisprudência majoritária desta Casa acertadamente tem dispensado interpretação restritiva para esse dispositivo, especialmente por se tratar de comando sancionador. Boa parte da doutrina também tem entendido dessa forma. Nesse sentido, podemos citar, entre outros, Jessé Torres Pereira Junior (in: Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar. 7 ed. 2007, p. 886), Carlos Pinto Coelho Motta (in: Eficácia nas Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Del Rey. 11 ed., 2008, p. 686) e Carlos Ari Sundfeld (in: A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações. Informativo de Licitações e Contratos. ILC 169. Curitiba: Zênite, mar. 2008, p. 240-243).

9. As sanções dos incisos III e IV guardam um distinto grau de intensidade da sanção que deve ser preservado pelo intérprete, principalmente ao se considerar que referidos dispositivos não especificaram as hipóteses de cabimento de uma e de outra sanção, tendo ao contrário adotado o denominado tipo aberto, no qual a descrição abstrata da conduta é extremamente ampla, o que permite ao aplicador do Direito larga margem de atuação no tocante à posterior adequação típica da conduta praticada em concreto.

10. Portanto, se, diante desse quadro, ainda for se admitir que o alcance de ambas sanções é o mesmo, praticamente não mais haverá distinção entre essas sanções, o que milita contra a dosimetria da pena e, por consequência, contra a necessária proporcionalidade que a sanção deve guardar em relação ao grau de culpabilidade.

11. Além disso, chamo a atenção para o fato de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 é aplicada pelo gestor do órgão contratante ao passo que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso. Ou seja, vê-se que para a sanção de maior alcance o legislador exigiu também maior rigor para a sua aplicação, ao submetê-lo à apreciação do titular da respectiva pasta de governo.

12. Nessa mesma linha, observo que a Lei nº 8.443/92, ao prever a competência do TCU para aplicar a sanção de inidoneidade, restringiu os seus efeitos à esfera federal. Eis a redação do citado artigo:

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

13. Desse modo, não me parece razoável admitir que a sanção de suspensão temporária prevista no inciso III do art. 87, cuja competência para a sua imposição é do próprio gestor do órgão contratante, tenha um alcance maior do que a sanção de inidoneidade imposta pelo TCU

(...)

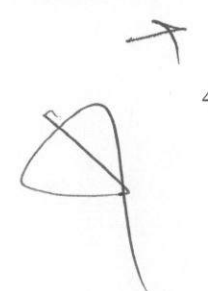
18. Quanto à proposta do primeiro revisor, no sentido de se considerar que "a sociedade apenada com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, por órgão/entidade municipal, não poderá participar de licitação, tampouco ser contratada, para a execução de objeto demandado por qualquer ente público do respectivo município", entendo que encontra óbice na própria redação do inciso XII do art. 6º que, ao definir o conceito de "Administração", disse ser "órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente".

² 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



(...)

20. Por fim, ressalto que a atual jurisprudência majoritária do TCU, que ora sustento que deve ser mantida, em nada desprestigia os princípios da moralidade e da probidade, mas, por outro lado, prestigia os princípios da proporcionalidade da sanção em relação ao grau de culpabilidade, preservando a possibilidade de dosimetria das penas previstas no art. 87, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/93, ao facultar ao gestor a possibilidade de aplicar, com efeitos práticos distintos, ora a sanção mais grave e ora a menos grave, de acordo com o caso concreto, ou seja, permitindo ao gestor aplicar a sanção mais compatível e proporcional com a conduta que se pretende reprimir, o que, antes de tudo, atende ao princípio da igualdade, no sentido de que os iguais devem ser tratados de modo igual e os desiguais de modo desigual, na medida das suas desigualdades (voto revisor de Raimundo Carreiro no Acórdão nº 3.243/2012 - Plenário).

11. Em Acórdão distinto, a jurisprudência clássica foi confirmada mais uma vez, razão pela qual a Corte de Contas entende que “a penalidade de suspensão temporária/impedimento de contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, incide sobre a Administração, isto é, somente em relação ao órgão ou à entidade contratante, nos termos em que decidiu o Tribunal no Acórdão 3243/2012 - Plenário” (Acórdão TCU nº 3.439/2012 - Plenário). Nesse mesmo sentido, confirmam os Acórdãos TCU nº 842/2013-Plenário e nº 1.017/2013-Plenário.

12. No âmbito da CGU/AGU, a questão foi pacificada com a edição do recente Parecer nº 02/2013/GT/Portaria nº 11, de 10 de agosto de 2012. Afora os argumentos do TCU, o referido parecer trouxe à lume razões que reforçam o entendimento da Corte de Contas:

27. Essa diferenciação justifica a nuance procedimental prevista pelo legislador, em razão da qual a declaração de inidoneidade deve ser aplicada pelo Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal, o que denota a preocupação em transferir a competência para aplicação de tal penalidade (justamente pelos seus efeitos mais amplos) para autoridades de maior hierarquia.

28. Outrossim, ao percebermos que o artigo 97 do Estatuto Geral de Licitações apenas considera como crime admitir profissional ou empresa declarada inidônea (e não profissional ou empresa suspensa de licitar e de contratar), fica evidente o tratamento mais rigoroso dado pelo legislador à declaração de inidoneidade e a correção técnica da corrente que reputa a suspensão como uma sanção de efeitos restritos às licitações e contratos do órgão sancionador (mais leve, em relação à declaração de inidoneidade).

29. Ademais, necessário repisar que o assunto aqui tratado envolve a aplicação de uma sanção administrativa restritiva de direitos, motivo pelo qual tal prerrogativa administrativa extraordinária está estritamente vinculada ao princípio da legalidade.

30. Não se trata de uma escolha livre, por parte do aplicador do direito, de acordo com suas convicções morais ou com sua percepção do que será melhor para o Poder Público, mas da escolta interpretação sobre os ditames legais e constitucionais estabelecidos pelas instâncias legitimamente competentes, já que a limitação constitucional ao estabelecimento de restrições aos direitos das pessoas (físicas ou jurídicas), pelo Poder Público, é um direito fundamental que se impõe à atividade administrativa.

31. No que pese o respeito às opiniões ou convicções pessoais, parece evidente que o legislador definiu amplitude diversa para os efeitos idênticos das sanções “suspensão temporária de licitar e contratar” e declaração de inidoneidade, estabelecendo para aquela (suspensão de licitar) um alcance subjetivo restrito,



enquanto para a sanção declaração de inidoneidade um alcance subjetivo amplo. Tal conclusão é resultante da interpretação autêntica contextual do diploma legal, uma vez que o próprio legislador estabeleceu limites específicos e diversos para as referidas sanções, ao definir expressamente conceitos diferentes para "Administração" e para "Administração Pública".

32. Diante da clara delimitação legal aos efeitos da "suspensão temporária de licitar e contratar", dos limites constitucionais à restrição de direitos das pessoas pela Administração Pública, da evidente gradação existente entre as sanções estabelecidas pela Lei nº 8.666/93, da necessidade de utilização da proporcionalidade na aplicação da penalidade, acreditamos que a aplicação de efeitos restritos à sanção de suspensão é a interpretação tecnicamente mais correta e condizente com o estabelecido pela Lei nº 8.666/93 e pela nossa Constituição federal.

(...)

33. Nesse diapasão, sugerimos que o raciocínio externado por esta Consultoria-Geral da União, através do Parecer Nº 87/2011/DECOR/CGU/AGU, seja revisto para, ao final, concluir esse órgão da AGU pela adoção do entendimento segundo o qual os efeitos impeditivos da sanção "suspensão de licitar e contratar" alcancem apenas a entidade ou órgão sancionador.

13. Observe-se que o Parecer nº 02/2013/GT/Portaria nº 11, de 10 de agosto de 2012, já foi aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 296/2013, razão pela qual o tema resta pacificado no âmbito da CGU/AGU.

14. Por óbvio, se a sanção afeta, apenas, as relações entre o órgão ou ente e o apenado, autarquias e fundações públicas federais não se submeteriam às suspensões temporárias impostas por outros entes da federação.

15. Aliás, há muito a doutrina majoritária defende que, em nome do princípio federativo, os efeitos da suspensão temporária não podem ultrapassar a esfera política do órgão que aplicou a sanção.³ Portanto, sanções de suspensão temporária aplicadas pelos Municípios, pelos Estados Membros ou pelo Distrito Federal não podem afetar licitações e contratações das autarquias e fundações públicas federais.⁴

³ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 216, SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações Contratos Administrativos. Teresópolis: Esplanada, 1999, p. 300, MUKAI, Toshio. Licitações e Contratos Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 133 e GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 773s.. Em sentido contrário: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 213.

⁴ A despeito do entendimento consolidado da CGU/AGU e do TCU, o STJ entende que a penalidade se estenderia a toda a Administração Pública de todos os entes da federação. Houve, inclusive, decisão recente da 1ª Seção nesse sentido: 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. (...) 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). No presente parecer, concordamos com os argumentos da CGU/AGU e do TCU já evidenciados, razão pela qual entendemos desnecessárias considerações adicionais. Ademais, a posição do STJ parece ser incompatível com o princípio federativo e com a realidade jurídica da descentralização administrativa, a qual motiva o surgimento de diversos entes na Administração Pública com personalidade jurídica própria.

Procurador

Procurador

Procurador

Procurador

Procurador

Procurador

Procurador

Procurador

Procurador

Procurador

f

Handwritten signature or mark.

DO SIGNIFICADO DE “ÓRGÃO OU ENTE” NO DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPLICAÇÕES PARA A ANÁLISE DA EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SUSPENSÃO TEMPORÁRIA APLICADA POR AUTARQUIA OU FUNDAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

16. Não obstante o entendimento acima, atenta-se ao fato de que remanesce a possibilidade de discussão sobre quando a suspensão temporária afetaria relações somente com o órgão ou com todo o ente aplicador da sanção. A rigor, o conceito de órgão refere-se a um centro de competências que pertence a determinada pessoa jurídica, enquanto o ente é a própria pessoa jurídica (art. 1º, §2º, incisos I e II, da Lei nº 9.784/99).⁵

17. Por outras palavras, o órgão é uma parte, unidade ou componente de uma pessoa jurídica. Há, portanto, uma grande discussão subjacente a esse tema, ainda que se leve em consideração que a pena de suspensão temporária afeta, apenas, as relações entre o apenado e a Administração que a aplicou. O apenado deve, simplesmente, ser afastado de certames e contratações com o órgão ou com o ente que o puniu?

18. Para Hely Lopes Meirelles, os efeitos da suspensão temporária poderiam ser manipulados pelo gestor com certa discricionariedade, de tal forma que a penalidade poderia restar aplicável somente a determinado contrato, licitação ou órgão.⁶ Poder-se-ia manipular o alcance da norma para fins de dosimetria.

19. Esse tipo de raciocínio, contudo, não encontra amparo legal no art. 87, III, da Lei nº 8.666/97. Em verdade, esse dispositivo somente permite uma discussão de duas ordens: prazo da suspensão temporária, que poderá chegar a 2 (dois) anos, e, em razão de uma indeterminação normativa, uma discussão em torno da extensão do conceito de Administração, se alcança todo o ente ou somente o órgão sancionador.

20. Quanto ao prazo de suspensão temporária, os parâmetros para sua fixação devem ser baseados no princípio da proporcionalidade: infração leve deve suscitar suspensão temporária por prazo próximo ao mínimo; infração grave deve motivar tempo próximo ao máximo. Assim, embora a doutrina de Hely Lopes Meirelles permita uma manipulação do alcance da suspensão temporária com fundamento na gravidade da infração, uma leitura atenta do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 afasta essa interpretação, pois

⁵ Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

a única autorização legal expressa, para levarmos em consideração a gravidade da infração no dimensionamento da punição, está centrada na dosimetria do tempo da suspensão. Quanto maior a gravidade do dano, maior deve ser o tempo; mais tempo deverá, o particular, ser proibido de participar de licitações e de contratar.

21. Assim, a questão acerca do alcance dos efeitos da imposição de suspensão temporária nada tem a ver com a dosimetria: não se pode manipular o alcance da norma para fins de dosimetria da sanção de suspensão temporária.

22. Quanto a saber se a suspensão temporária afeta as relações jurídicas entre o ente sancionador e o apenado ou somente entre o órgão e o apenado, é forçoso reconhecer que a resposta a essa pergunta não está clara no estatuto licitatório. Como se viu, por expressa disposição legal, o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 alcança, somente, a Administração (art. 6º, XII), e não a Administração Pública (art. 6º, XI e art. 87, IV), mas o conceito de Administração pode referir-se a órgão ou entidade administrativa, ou seja, pode designar tanto uma unidade componente da pessoa jurídica, como a própria pessoa jurídica.

23. As consequências administrativas de tal discussão são imensas. Por exemplo, se entendermos que o art. 87, III, referiu-se, apenas, ao órgão, uma penalidade de suspensão temporária, aplicada por uma unidade de determinada autarquia ou fundação em determinada área territorial, a Gerência Executiva do INSS em Londrina/PR, somente poderia abranger a vedação à participação em licitações e contratações organizadas e gerenciadas pelo órgão na respectiva área territorial, ou seja, licitações e contratações da própria Gerência Executiva do INSS em Londrina/PR. Por outro lado, se o dispositivo alcançasse o ente, haveria uma vedação à participação em licitações e contratações realizadas pela pessoa jurídica, isto é, todas as licitações e contratações do INSS no território nacional.

24. Para a empresa apenada, seria melhor que a suspensão temporária somente valesse no âmbito restrito do órgão que a aplicou. Na doutrina, quem melhor defendeu esse ponto de vista foi Toshio Mukai, o qual, em seu livro "Licitações e Contratos Públicos", esclarece que a distinção entre suspensão temporária e declaração de inidoneidade está estreitamente vinculada à competência da autoridade responsável pela aplicação da penalidade. Se é certo que esta, por força dos arts. 87, IV, e 97, da Lei nº 8.666/93, alcançaria toda a Administração Pública e aquela somente afetaria as relações jurídicas

⁶ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 215.

entre a empresa apenada e o órgão que a aplicou, o fundamento para essa diferença, ainda segundo o autor, teria a ver com a competência do agente aplicador da sanção:

A sanção prevista no inciso III valerá para o âmbito do órgão que a decretar, e será justificada, regra geral, nos casos em que o infrator prejudicar o procedimento licitatório ou a execução do contrato por fatos de gravidade relativa.

(...)

De modo algum se pode entender que aquela sanção possa ter o condão de ter eficácia perante qualquer órgão ou entidade pública que promova a licitação. É que os efeitos jurídicos da sanção aplicada estão indissoluvelmente atrelados, sendo mesmo produtos dela, à competência do agente que aplica a sanção. Ou seja: o efeito sancionatório não pode ir além do âmbito da competência do agente público aplicador da sanção.⁷

25. A orientação de Mukai, contudo, é problemática, pois, a menos que haja legislação em contrário, a aplicação da penalidade por um órgão não manifesta a vontade desse órgão em especial, mas a vontade da pessoa jurídica da qual faz parte. Quando o órgão aplica penalidade, manifesta, imputa ou “presenta” a vontade do ente, da pessoa jurídica, e não, simplesmente, a vontade pessoal do gestor ou do órgão.

26. Essa conclusão, inclusive, está no cerne da teoria do órgão, desenvolvida por Gierke com o intuito de explicar o problema jurídico da atribuição de “vontade” à pessoa jurídica:

Pela teoria do órgão, nascida na Alemanha, a pessoa jurídica opera por si mesma. O órgão é parte dela, não ente autônomo, distinto (...). Coletividade organizada e órgão apresentam-se como unidade inseparável no mundo jurídico. Por isso é que Jellinek afirmou só poder existir o Estado mediante seus órgãos: se estes fossem eliminados, nada restaria, juridicamente falando.⁸

Enquanto a teoria da representação considera a existência de pessoa jurídica e do representante como dois entes autônomos, a teoria do órgão funde os dois elementos, para concluir que o órgão é parte integrante do Estado.⁹

27. Portanto, não se pode justificar o atrelamento dos efeitos jurídicos da suspensão temporária ao âmbito restrito do órgão com supedâneo na competência do agente, pois o agente, ao expedir atos administrativos, o faz manifestando a vontade da pessoa jurídica, imputando o ato humano à coletividade organizada em pessoa jurídica.

28. A “competência” do agente, portanto, é irrelevante ao dimensionamento da abrangência dos efeitos jurídicos da suspensão temporária, seja por falta de amparo legal para tanto, seja porque não se sustenta teoricamente.

⁷ MUKAI, Toshio. Licitações e Contratos Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 132s..

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo: teoria do direito administrativo. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania. Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 506.

29. Por fim, o art. 6º, XII, da Lei nº 8.666/93 não pode ser interpretado como se afirmasse que o conceito de Administração significaria o mesmo que órgão, entidade ou unidade administrativa indistintamente. Em verdade, a Lei afirma que, ao mencionar o termo “Administração”, poderá estar a se referir ao “órgão”, à “entidade” ou à “unidade administrativa”, devendo, o intérprete, a partir do contexto de incidência da norma, deduzir a que objeto a palavra “Administração” se refere.

30. No ponto em apreço, a interpretação mais adequada sugere que o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, ao mencionar Administração, referiu-se ao ente que aplica a penalidade, e não ao órgão. Pensar o contrário seria esvaziar, completamente, o sentido da punição suspensão temporária, pois permitiria que empresas apenas por faltas contratuais graves pudessem continuar a contratar e participar livremente de licitações da pessoa jurídica que, paradoxalmente, acabou de valorar a infração contratual como grave.

31. No contexto das atividades das autarquias e fundações públicas, isso significa que se a empresa foi apenada com suspensão temporária por órgão do IBAMA, ficará proibida de participar de licitações e contratar com o IBAMA, como pessoa jurídica, em todo o território nacional e em quaisquer circunstâncias, enquanto eficaz a sanção.¹⁰
O IMPEDIMENTO PARA LICITAR E CONTRATAR DO ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02

32. As análises até então levaram à seguinte conclusão: a penalidade de suspensão temporária veda a empresa de participar de licitações e contratações realizadas pela pessoa jurídica aplicadora da sanção. Para os fins das atividades de consultoria e assessoramento da PGF, isso significa que a empresa não poderá participar de licitações e contratações da autarquia ou fundação pública aplicadora da sanção. Essa interpretação, contudo, é válida apenas para a sanção estabelecida com fundamento no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93. Na praxis administrativa, também é possível que a empresa tenha sido sancionada com o impedimento de licitar e contratar do art. 7º da Lei nº 10.520/02. Nesse caso, a lógica é diversa, como veremos.

33. O art. 7º da Lei nº 10.520/02, que regula o pregão, estabelece a sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o

¹⁰ Podem ser imaginadas atenuações desse entendimento quando órgãos independentes, com estatura constitucional diferenciada, aplicam essas sanções (ex.: MPU, STF, TCU, TRFs, TREs). Se esse for o caso, sanções aplicadas pelo TCU somente proibiriam a empresa de participar de licitações e contratações do próprio TCU, sanções aplicadas pelo STF implicariam vedações em licitações e contratações do STF e assim por diante. Esse ponto não será enfrentado aqui, pois é desnecessário à realidade da atividade consultiva das autarquias e fundações públicas federais.

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

34. Observe-se que as hipóteses jurídicas de aplicação dessa sanção são graves e, de certa forma, poderiam motivar a punição da empresa à luz do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93. Ocorre que, em licitações processadas sob a modalidade pregão, a lei específica é a Lei nº 10.520/02, sendo o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 aplicável apenas subsidiariamente para eventuais faltas graves não abrangidas pela descrição do art. 7º (art. 9º da Lei nº 10.520/02¹¹ c/c arts. 87, III, e 88,¹² da Lei nº 8.666/93).¹³

35. Nesses casos, os efeitos da penalidade também são mais abrangentes, pois impedem a participação em licitações e contratações de todos os órgãos e entes vinculados ao ente federativo aplicador da sanção. Dessa forma, se a sanção foi aplicada por unidade do INCRA, a empresa ficará impedida de participar de licitações e contratações em toda a Administração Pública Federal (União e entes da Administração Pública Federal Indireta). Nesse sentido, confira-se o Acórdão TCU nº 2.242/2013 – Plenário:

(...) Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais após concessão da cautelar pleiteada pelo representante, o relator esclareceu que o Plenário do TCU vem “reafirmando a ausência de base legal para uma interpretação da norma que amplie os efeitos punitivos do art. 87, inciso III [suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos], da Lei 8.666/1993 a todos os entes e órgãos da Administração Pública (Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 842/2013, 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013, todos do Plenário)”. A propósito, lembrou que o voto condutor do Acórdão 3.439/2012-Plenário sintetizou os elementos nos quais se funda a posição do TCU sobre a matéria: “a) as sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 estão organizadas em ordem crescente de gravidade e, ao diferenciar aspectos como duração, abrangência e autoridade competente para aplicá-las, o legislador pretendia distinguir as penalidades dos incisos III e IV [declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública]; b) em se tratando de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabe interpretação restritiva; c) o art. 97 da Lei de Licitações, ao definir que é crime admitir licitação ou contratar empresa declarada inidônea, reforça a diferenciação entre as penalidades de inidoneidade e suspensão temporária/impedimento de contratar, atribuindo àquela maior gravidade”. Noutro giro, versando agora sobre os limites de sanção correlata prevista na Lei do Pregão (Lei 10.520/02, art. 7º – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), e diante da possibilidade de que o Serpro/SP venha a

¹¹ Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹² Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

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

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

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

¹³ Este parecer tem por objeto os efeitos das penalidades de suspensão temporária e impedimento de licitar e contratar. Portanto, não trata de como as condutas reputadas ilícitas deveriam se subsumir ao art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 ou ao art. 7º da Lei nº 10.520/02.

conferir demasiado alcance a esse dispositivo, consignou o relator que “a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos do Plenário 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013) é firme no sentido de que tal penalidade impede o concorrente punido de licitar e contratar apenas no âmbito do ente federativo que aplicou a sanção, em consonância com o que dispõe o art. 40, inciso V e § 3º, da IN SLTI 2/2010”. Nesse sentido, e tendo em vista que as falhas verificadas não comprometeram efetivamente a competitividade do certame e tampouco frustraram o objetivo da contratação, o Plenário do TCU, acolhendo a proposta do relator, considerou parcialmente procedente a representação, revogando a cautelar expedida e cientificando o Serpro/SP de que “a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 produz efeitos apenas no âmbito interno do ente federativo que a aplicar”. Acórdão 2242/2013-Plenário, TC 019.276/2013-3, relator Ministro José Múcio Monteiro, 21.8.2013 (Informativo de Licitações e Contratos nº 165).

36. Essa, inclusive, é a inteligência do art. 40 da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2010:

Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:

(...)

III – suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV – declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e

V – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.

(...)

§ 3º A aplicação da sanção prevista no inciso V deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção:

I – da União, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade da União;

II – do Estado ou do Distrito Federal, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Estado ou do Distrito Federal; ou

III – do Município, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Município.

37. Atente-se, apenas, que quando a norma menciona a “União”, não está a se referir exclusivamente à pessoa jurídica de direito público. Utilizou o termo União em sentido lato e pouco técnico, tal qual o faz o próprio art. 7º da Lei nº 10.520/02. Com esse sentido, fica evidente que os entes da Administração Indireta “compõem” a União em sentido lato. A sanção vale, portanto, para o “âmbito interno” da União, composto pelo conjunto de entes da Administração Pública Indireta Federal e pela própria União.

DOS EFEITOS DAS PENALIDADES SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E IMPEDIMENTO DE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES E CONTRATOS NAS CONTRATAÇÕES EM CURSO

38. Questão importante diz respeito aos efeitos das referidas sanções nos contratos administrativos em curso. Uma interpretação precipitada poderia suscitar que, uma vez apenada com a suspensão temporária ou com o impedimento de participar de licitações e contratos, todos os contratos em curso da empresa apenada deveriam ser

rescindidos unilateralmente pela Administração Pública com amparo nos arts. 58, II, e 79, I, da Lei nº 8.666/93.¹⁴

39. Essa solução seria açodada e poderia implicar a descontinuidade de serviços públicos relevantes. Por esse motivo, o STJ já reconheceu que mesmo a aplicação da mais grave penalidade, a declaração de inidoneidade, suscitaria efeitos apenas *ex nunc*:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - INIDONEIDADE DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO - ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA (...). 4. Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento (...) (MS 13.101/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 09/12/2008).

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC. 1. O entendimento da Primeira Seção do STJ é no sentido de que a declaração de inidoneidade só produz efeito ex nunc (...) (AgRg no REsp 1148351/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 30/03/2010).

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO INEXISTENTE – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE – EFEITOS.

(...)

3. A rescisão imediata de todos os contratos firmados entre a embargada e a Administração Pública, em razão de declaração de inidoneidade, pode representar prejuízo maior ao erário e ao interesse público, já que se abrirá o risco de incidir sobre contrato que esteja sendo devidamente cumprido, contrariando, assim, o princípio da proporcionalidade, da eficiência e obrigando gasto de verba pública com realização de novo procedimento licitatório.

Interpretação sistemática dos arts. 55, XIII e 78, I, da Lei 8.666/93.

4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para prestar esclarecimentos (EDcl no MS 13.101/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009).

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VÍCIOS FORMAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO.

(...)

2. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade "só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento" (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de "licitar ou contratar com a Administração Pública" (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

¹⁴ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

A

3. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pela impetrante.

4. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental (MS 13.964/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, Dje 25/05/2009).

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC.

1. O entendimento da Primeira Seção do STJ é no sentido de que a declaração de inidoneidade só produz efeito ex nunc.

2. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp 1148351/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2010, Dje 30/03/2010).

40. Se esse é o entendimento para penalidade mais grave, não há razão para deixarmos de adotar essa mesma lógica para penalidades menos gravosas. Assim, a aplicação das referidas penalidades de suspensão temporária e impedimento do art. 7º da Lei nº 10.520/02 não deve gerar a rescisão unilateral automática de contratos administrativos em curso. Por óbvio, isso não significa que a rescisão unilateral por interesse público não possa ser decretada. Nada impede que a Administração Pública, motivada pela ponderação de princípios como continuidade do serviço público, economicidade, probidade e moralidade, possa chegar à conclusão de que não deve prosseguir com a relação contratual. Essa é uma alternativa válida. Contudo, não se pode deixar de considerar que a simples aplicação da suspensão temporária ou do impedimento, por si só, não deve motivar a rescisão unilateral automática:

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (MS 13.964/DF, Dje DE 25/05/2009).

1. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade "só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento" (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, Dje de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de "licitar ou contratar com a Administração Pública" (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

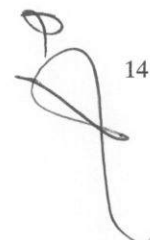
2. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pelas impetrantes.

3. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental (MS 14.002/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, Dje 06/11/2009).

41. Também para o TCU o único caso em que a rescisão seria mandatária seria o do próprio contrato administrativo inadimplido ou amparado em licitação viciada:

Cabeçalho: A declaração de inidoneidade produz efeitos para o futuro, não alcançando os contratos já celebrados com a empresa sancionada

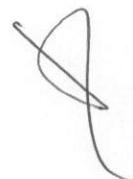
Extrato:

 14

(...) Com amparo na "moderna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF-1", o relator concluiu que "a declaração de inidoneidade não dá ensejo à imediata rescisão de todos os contratos firmados entre as empresas sancionadas e a administração pública federal. Isso porque a declaração de inidoneidade apenas produz efeitos ex nunc, não autorizando que sejam desfeitos todos os atos pretéritos ao momento de sua proclamação". Em seu voto, o relator ponderou que a rescisão de todos os contratos anteriormente celebrados pela empresa declarada inidônea nem sempre se mostra a solução mais adequada, pois, dependendo da natureza dos serviços pactuados, os quais, em algumas situações, não podem sofrer solução de continuidade, "não seria vantajoso para a administração rescindir contratos cuja execução estivesse adequada para celebrar contratos emergenciais, no geral mais onerosos e com nível de prestação de serviços diverso, qualitativamente, daquele que seria obtido no regular procedimento licitatório". Contudo, no que concerne aos contratos decorrentes de certames impugnados, nos quais se verificam condutas que autorizam a declaração de inidoneidade das empresas participantes, "entendo que devem ser prontamente rescindidos". Nesse sentido, estaria correta, segundo o relator, a proposta da unidade técnica quanto à alteração do item 9.3.1 do acórdão recorrido, de forma a contemplar determinação para ser prontamente rescindido tão somente o contrato decorrente do Pregão n.º 45/2001 e proibida a renovação dos contratos em vigor com as outras empresas declaradas inidôneas. Considerando, no entanto, que, "segundo pesquisa efetuada ao sítio dos correios", não estavam em vigor quaisquer contratos celebrados com aquelas empresas, concluiu o relator ser desnecessária alteração no item 9.3.1 do acórdão recorrido, tampouco haveria motivo para torná-lo insubsistente (...). (Acórdão n.º 3002/2010-Plenário, TC-016.556/2005-5, rel. Min. José Jorge, 10.11.2010) (Informativo de Licitações e Contratos do TCU n.º 42).

Cabeçalho: Contratação de serviços: 2 - A declaração de inidoneidade possui efeito ex-nunc, cabendo às entidades administrativas medidas com vistas à rescisão de contrato que possuam com a empresa julgada inidônea, caso entendam necessário. Contudo, no caso do certame que levou à aplicação da sanção, a instituição pública deve adotar as providências necessárias, com vistas à pronta rescisão do contrato decorrente.

Extrato: Ainda na representação em que tratou de possíveis irregularidades na Concorrência 159/2009, conduzida pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - (DNIT), o Tribunal cuidou da necessidade de rescisão do contrato oriundo do procedimento viciado. Com base na jurisprudência do Tribunal, o ministro-revisor ressaltou os efeitos ex-nunc da declaração de inidoneidade, a qual, portanto, não ensejaria a rescisão imediata de todos os contratos firmados entre as empresas sancionadas com a Administração Pública, pois tal medida nem sempre se mostraria solução mais vantajosa, uma vez que, "dependendo da natureza dos serviços pactuados, que em algumas situações não podem sofrer solução de continuidade, não seria vantajoso para a administração rescindir contratos cuja execução estivesse adequada para celebrar contratos emergenciais, no geral mais onerosos e com nível de prestação de serviços diverso, qualitativamente, daquele que seria obtido no regular procedimento licitatório". De outro lado, caberia às próprias entidades contratantes da empresa tida por inidônea avaliar, no âmbito de suas autonomias, a necessidade de adoção de medidas administrativas com vistas a eventuais rescisões, caso julgadas necessárias, cumpridas as formalidades legais para tanto. Diferente, ainda conforme o ministro-revisor, a situação de contrato decorrente de certame impugnado, no qual se verificara a conduta que autorizaria a declaração de inidoneidade de uma empresa. Em tal caso, o ministro-revisor entendeu que o contrato deveria ser prontamente rescindido, razão pela qual votou por que o Tribunal assinasse prazo para que o DNIT adotasse as providências necessárias à rescisão do contrato firmado com o consórcio vencedor do lote 6 da Concorrência n.º 159/2009, com relação ao qual fora detectada a fraude. O , por maioria, acolheu o voto-revisor. Precedentes citados: Acórdãos nos 767/2005, 548/2007 e 2549/2008, todos do Plenário (Acórdão n.º 1340/2011-Plenário, TC-029.352/2009-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, revisor Min.-Subst. Weder de Oliveira, 25.05.2011) (Informativo de Licitações e Contratos do TCU n.º 64).



42. Em verdade, se a empresa foi apenada com suspensão temporária ou impedimento de licitar e contratar, isso significa que, no mínimo, irregularidades relativamente graves foram praticadas no âmbito de determinado procedimento licitatório ou na execução contratual. Nessa circunstância, a extinção da contratação será mandatória, como um desdobramento lógico da rescisão unilateral por inadimplemento ou da declaração de nulidade da licitação/contratação (arts. 49, §2º, 58, II, 59, 79, I, 80 da Lei nº 8.666/93),¹⁵ e não como uma decorrência propriamente do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 ou do art. 7º da Lei nº 10.520/02.

43. Feita essa ponderação, deve-se enfrentar questão remanescente concernente aos efeitos da penalidade suspensão temporária e impedimento de licitar e contratar na prorrogação de contratos administrativos. Pergunta-se: a Administração Pública poderá prorrogar contratos administrativos celebrados com particulares punidos com essas sanções? A resposta merece reflexão.

44. Quando a prorrogação decorre de uma ampliação dos prazos de etapas de execução, conclusão e entrega ou da devolução do prazo por força de um impedimento, paralisação ou sustação (arts. 57, §1º, e 79, §5º, da Lei nº 8.666/93), é forçoso reconhecer que não estará havendo nova contratação, mas apenas uma alteração no cronograma da contratação com reflexos jurídicos no prazo de vigência contratual. Tais prorrogações não restam impedidas pela aplicação das sanções de suspensão temporária ou impedimento de participar de licitações e contratações, pois nem o objeto da contratação se exauriu, nem há formalização de ajuste equivalente a uma nova contratação. A prorrogação representa aqui uma mera extensão de cronograma por força de circunstâncias de interesse da Administração Pública ou estranhas à vontade das partes. É por essa razão que os casos que motivam essa prorrogação normalmente decorrem de situações que ensejam mutabilidade contratual (alteração unilateral, fato do príncipe, fato da administração e álea econômica), sendo desnecessária a concordância do particular com a ampliação do prazo, para que essa seja determinada e surta seus efeitos.¹⁶

¹⁵ Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.
(...)

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

¹⁶ Verifica-se que a alteração do contrato administrativo se dá por acordo nas seguintes hipóteses: substituição de garantia, alteração do regime de execução, alteração da forma de fornecimento ou alteração de cláusulas

45. Por outro lado, quando a prorrogação representa uma verdadeira "renovação da contratação", situação semelhante a uma "nova contratação", há de se concluir que estaria vedada pela legislação, sob pena de a Administração estar firmando ato equivalente a novo contrato com empresa suspensa ou impedida de participar de licitações.

46. Por exemplo, no caso da prorrogação do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93, explica Marçal Justen Filho que não se está diante de uma "prorrogação propriamente dita dos prazos", como a do art. 57, §1º, mas de uma verdadeira "renovação da contratação", pois há a necessária presença do elemento volitivo de ambas as partes para que a prorrogação se torne juridicamente válida:

Na disciplina original do inc. II do art. 57, não existia problema de alteração do prazo originalmente fixado. Afinal, o dispositivo facultava que a contratação fosse pactuada desde logo por um prazo mais longo, sem qualquer referência à alteração do prazo de sua vigência.

Como visto, alterou-se a disciplina original e determinou-se que o contrato poderia ser pactuado por um certo prazo, o qual poderia ser alterado posteriormente. Mas a nova redação adotada não esclareceu, de modo preciso, a natureza jurídica dessa modificação do prazo original. Adotou-se a terminologia "prorrogação", a qual é muito imprecisa.

Em princípio, a prorrogação consiste na pura e simples alteração do prazo original de vigência, fixando-se um período de tempo mais longo para a execução das obrigações contempladas no contrato. Ora, a disciplina do art. 57, inc. II, não consiste propriamente numa prorrogação de prazo. Trata-se, muito mais, de uma renovação contratual. Assim se passa porque a "prorrogação" exige a concordância de ambas as partes, surgindo a alternativa para qualquer uma delas rejeitar a extensão da vigência por outro período de tempo.

Essa orientação se aplica inclusive à hipótese do §4º.¹⁷

47. Não é por outra razão que o art. 30-A da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 veda a prorrogação do contrato de prestação de serviços continuados com empresa apenada com suspensão temporária ou declaração de inidoneidade:

Art. 30-A Nas contratações de serviço continuado, o contratado não tem direito subjetivo à prorrogação contratual, que objetiva a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, conforme estabelece o art. 57, inciso II da Lei nº 8.666, de 1993. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

§ 2º A Administração não poderá prorrogar o contrato quando: (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

(...)

II - a contratada tiver sido declarada inidônea ou suspensa no âmbito da União ou do próprio órgão contratante, enquanto perdurarem os efeitos. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009).

48. Há de se concluir então que a suspensão temporária e o impedimento de licitar e contratar não impossibilitam a prorrogação da vigência contratual fundada nos arts.

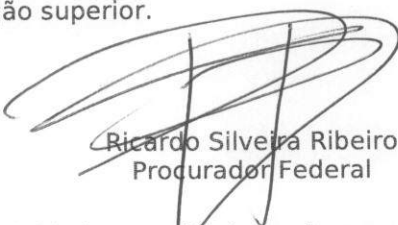
econômico-financeiras. É o que estabelece o art. 65, II, da Lei nº 8.666/93. A alteração do cronograma da contratação, quando presentes as hipóteses do art. 57, §1º, da Lei nº 8.666/93, dá-se *ex lege* e, de certo modo, dispensaria a concordância do particular, embora seja ela sempre desejável.

57, §1, e 79, §5º, da Lei nº 8.666/93, pois a ampliação do prazo de vigência da contratação prevista nesses dispositivos não se qualifica como hipótese equivalente a uma “renovação da contratação”.

49. Pelo exposto, deve-se concluir que:
- a) o art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 proíbe a participação de empresas em licitações e contratações do ente responsável pela aplicação da sanção;
 - b) o art. 7º da Lei nº 10.520/02 somente veda a participação de empresas em licitações e contratações em toda a Administração Pública Federal se a penalidade houver sido aplicada por ente federal;
 - c) ressalvada a necessária extinção do contrato administrativo por força de rescisão por inadimplemento ou declaração de nulidade, a aplicação das penalidades de suspensão temporária do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 e o impedimento de licitar e contratar do art. 7º da Lei nº 10.520/02 não provocam a rescisão unilateral automática de contratos administrativos em curso;
 - d) a aplicação da sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 ou do art. 7º da Lei nº 10.520/02 não veda a prorrogação dos prazos de contratação amparada exclusivamente nas hipóteses do §1º do art. 57 e do §5º do art. 79 da Lei nº 8.666/93.

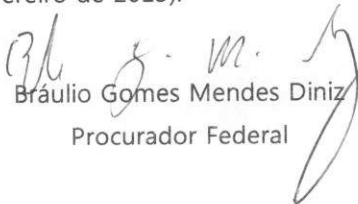
À consideração superior.

Brasília, 29 de agosto de 2013.




Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

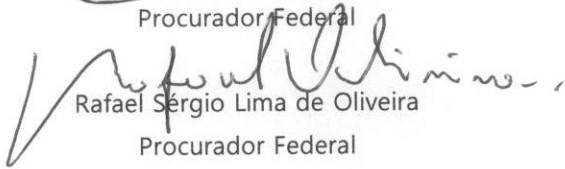


Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Fábia Moreira Lopes
Procuradora Federal

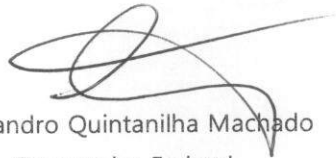



Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal



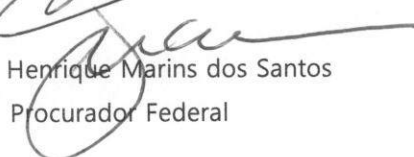
Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2009, p. 700.


Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

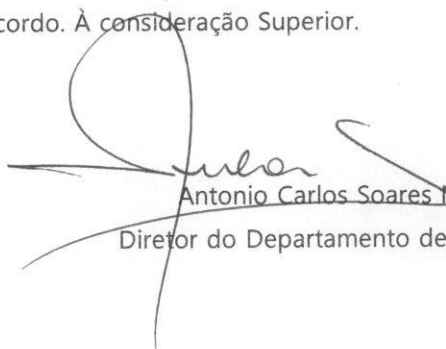

Ana Carolina de Sá Dantas
Procuradora Federal


José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal


Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 20 de setembro de 2013.



Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 08/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 23 de setembro de 2013.


MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº50/2013

LICITAÇÕES. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SANÇÕES

- I. O ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93 PROÍBE A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DO ENTE RESPONSÁVEL PELA APLICAÇÃO DA SANÇÃO.
- II. O ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02 SOMENTE VEDA A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES EM TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL SE A PENALIDADE HOUVER SIDO APLICADA POR ENTE FEDERAL.
- III. RESSALVADA A NECESSÁRIA EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO POR FORÇA DE RESCISÃO POR INADIMPLEMENTO OU DECLARAÇÃO DE NULIDADE, A APLICAÇÃO DAS PENALIDADES DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93 E DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR DO ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02 NÃO PROVOCA A RESCISÃO UNILATERAL AUTOMÁTICA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM CURSO.
- IV. A APLICAÇÃO DA SANÇÃO DO ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93 OU DO ART. 7º DA LEI Nº 10.520/02 NÃO VEDA A PRORROGAÇÃO DOS PRAZOS DE CONTRATAÇÃO AMPARADA EXCLUSIVAMENTE NAS HIPÓTESES DO §1º DO ART. 57 E DO §5º DO ART. 79 DA LEI Nº 8.666/93.