

Parecer nº 16/2014/PG 15 – RCG – Rogério Carvalho Guimarães
Anexo: Parecer nº 07/PE, de 26.11.14

Ementa: Consulta Formulada pela Secretaria de Estado de Educação (SEEDUC) - Abrangência dos Efeitos das Sanções Administrativas Previstas nos Incisos III e IV do Artigo 87 da Lei nº 8.666/1993 - Divergência de Entendimentos entre a Procuradoria Geral do Estado e o Tribunal de Contas do Estado - Interpretações Juridicamente Válidas - Discricionariedade do Administrador

Senhora Procuradora-Chefe,

Trata-se de procedimento administrativo inaugurado a partir da CI SUBEX/SUPCON nº 1102/2014, da lavra i. Assessora Técnica da Superintendência de Suprimentos, Gestão de Contratos e Convênios, devidamente chancelada pela Superintendente de Suprimentos, Gestão de Contratos e Convênios da Secretaria de Estado de Educação — SEEDUC, expediente em que se encaminhou cópia da SI SEFAZ/AGE/COSEA da SEEDUC nº 324/2014 "com objetivo de darmos ciência e adoção de providências no que couber sobre as DETERMINAÇÕES contidas no teor do VOTO GC-7 nº 4072/2014 proferido pelo Exmo. Conselheiro Relator Sr. Aloysio Neves para o processo TCE nº 108/738-9/2014".¹

O presente processo administrativo foi instruído com cópia de parte do Processo TCE/RJ 108.738-9/2014 (fls. 07/27).

O i. Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Educação - SEEDUC, por meio do Parecer PE nº 07/2014 (fls. 28/45), registrou, em suma, seu entendimento no sentido de que deveria ser adotada a atual orientação traçada pela Procuradoria Geral do Estado a respeito da abrangência dos efeitos das sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993. Ao final, no entanto, sugeriu a oitiva da Procuradoria Geral do Estado, no que foi devidamente atendido pelo Secretário de Estado de Educação então em exercício.

Ressalta-se, a esse passo, que, conforme consignado pelo i. Assessor-Chefe, a questão ora objeto de consulta se limita à determinação contida na alínea "a" do VOTO GC-7 nº 4072/2014, referente à extensão dos efeitos das penalidades

¹ DETERMINAÇÃO, para que em casos futuros e análogos faça constar nos próximos Editais de Pregão: a) Complementar a redação do subitem 6.2 do Edital, distinguindo que a suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração, prevista no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93, deve se ater ao órgão ou à entidade que aplicou a sanção administrativa contratual, em tanto a declaração de inidoneidade, disposta no inciso IV do art. 87, deve abranger ida a Administração Pública de qualquer dos entes ou entidades da federação."

previstas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, na medida em que as demais determinações lançadas nas alíneas "b" e "c" já teriam sido superadas.

Veio, então, o processo administrativo a esta PG-15 para parecer.

Apresentado o breve resumo da marcha processual, passa-se ao exame.

A definição da extensão dos efeitos das sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, previstas, respectivamente, nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993, é matéria polêmica que comporta, em suma, três orientações correntes.

A primeira, prestigiando a autonomia do ente federado, que não poderia ter sua capacidade de escolha reduzida por conta de uma decisão proferida por outro ente da Federação, na qual não teve participação e nem pode avaliar a respectiva razoabilidade, limita a abrangência dos efeitos de ambas penalidades — suspensão e declaração de inidoneidade — ao espectro do próprio ente que as aplicou.

A segunda, forrada na distinção dos termos Administração (empregado no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993) e Administração Pública (empregado no inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993), segundo definições estabelecidas nos incisos XI e XII do artigo 6º da Lei nº 8.666/1993², apregoa que a suspensão teria abrangência restrita à esfera do órgão que a aplicou ao passo que a declaração de inidoneidade teria abrangência mais ampla atingindo a todo órgão e entidade, seja federal, estadual, distrital ou municipal, independentemente da origem da sanção.

A terceira, por sua vez, alargaria o alcance dos efeitos de ambas penalidades, de modo que alcançariam, igualmente, a todo órgão e entidade, seja da esfera federal, estadual, distrital ou municipal, independentemente do órgão ou entidade que a tenha aplicado. Busca-se, assim, evitar que empresas que já revelaram incapacidade para a execução de contratos anteriores ou empresas ímprobas celebrem contratos com a Administração Pública.

Note-se que todas as três orientações encontram suporte relevante em fontes doutrinárias, em precedentes desta Procuradoria Geral do Estado ou de Tribunais de Contas e em decisões judiciais.

A primeira, mais restritiva, por exemplo, já foi consagrada no Enunciado PGE nº 21, hoje revogado, e em inúmeros precedentes desta Procuradoria Geral do Estado: Parecer nº 23/2001 — PHSC, Parecer nº 32/2006 — MJVS, Parecer nº 01/2009 — DAMFA/SECT, Parecer nº 11/2009 — GUB e Parecer nº 02/2010 — HBR. Demais disso, conta com o aval do saudoso Procurador do Estado Marcos

² 2 "Art. e 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 manadas;

XII - Administração — órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;"

Juruena Villela Souto, em sua obra *Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/93*, de 21/6/93, Ed. Esplanada, 3ª edição, p. 300.³

A segunda, que ostenta caráter intermediário, a título ilustrativo, conta com a chancela de Toshio Mukai, in *Licitações e Contratos Públicos*, Ed. Saraiva, 5ª edição, p. 133⁴; de Jessé Torres Pereira Junior, in *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, Ed. Renovar, 6ª edição, p. 87⁵; e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, in *Contratação Direta sem Licitação*, Brasília Jurídica, 5ª edição, p. 361.⁶

A terceira, que confere maior abrangência aos efeitos de ambas as penalidades, encontra, por exemplo, respaldo na Jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça. Por todos, cito o precedente resultante do julgamento do MS 19657/DF, em 14/08/2013, pela Primeira Seção do STJ, relatora a Ministra Eliana Calmon⁷. Demais disso, registre-se que o próprio Eg. Tribunal de Contas do Estado

³ "A pena da declaração de inidoneidade, assim como a suspensão do direito de licitar, se restringe à Administração que a aplicou, por força do princípio federativo, contido nos arts. 1º e 18 da Constituição Federal, que asseguram a autonomia às entidades federadas."

⁴ "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 (...).

⁵ "Se a penalidade fosse a declaração de inidoneidade, de que cuida o art. 87, IV, os efeitos seriam mais amplos, porque devem ser observados perante a Administração Pública. Esta, inclusive, a evidente distinção entre as penalidades de suspensão e inidoneidade."

⁶ "Os efeitos da declaração de inidoneidade, conforme já decidiu o TCU, abrangem toda a Administração Pública, enquanto a suspensão do direito de licitar somente se aplica à Administração que efetivou a punição."

⁷ Confira-se a respectiva ementa:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO, DANO INEXISTENTE.

1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade.

2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado.

3. O writ impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional.

5. Segurança denegada."

Leia-se também o pertinente trecho do julgado:

"Para a impetrante a manutenção da informação no site do Portal da Transparência a impede 'de contratar e licitar, em face da ilegal publicidade em site restritivo;' (t. 05).

Entretanto, nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente a empresa faltosa de participar de licitações e contratar com a Administração, não tem efeitos limitados ao órgão ou ente federativo que aplicou a sanção, se estendendo a toda a Administração Pública.

Confira-se, a propósito:

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

do Rio de Janeiro já proferiu decisão com determinação nesse sentido. Por todos, veja-se o Voto CG-4 40.476/2013, do Exmo. Conselheiro Relator, Sr. José Maurício de Lima Nolasco, por ocasião do julgamento do processo TRE/RJ 106.370-7/2013⁸. Aliás, note-se que a menção a este precedente revela que o próprio

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido.

(REsp I 51.567/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003, p. 208)

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

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

2. Recurso especial provido.

Voto CG-4 40.476/2013, do Exmo. Conselheiro Relator, Sr. José Maurício de Lima Nolasco, por ocasião do julgamento do processo TCE/RJ 106.370-7/20138. Aliás, note-se que a menção a este precedente revela que o próprio Eg. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro oscila quanto à solução para a polêmica posta.

Posto o cenário, é correto asseverar que se está diante de divergência entre interpretações juridicamente válidas amparadas em sólidos argumentos escorados em Doutrina e Jurisprudência.

Dito isto, em resposta à presente consulta relativa ao conteúdo das condições de participação dos licitantes a ser empregado, em geral, nos editais e contratos, pode-se recomendar, em regra, seja adotada a orientação traçada pela Procuradoria Geral do Estado, segundo exatos termos da Resolução PGE nº 3.611, de 06 de agosto de 2014.

Com efeito, não se pode perder de vista que compete à Procuradoria Geral do Estado exercer a supervisão dos serviços jurídicos da Administração Direta e Indireta, na forma do artigo 176 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sendo sua incumbência orientar a elaboração dos editais e contratos, inclusive mediante padronização.

Por essa razão, deve a origem observar os termos das minutas-padrão estabelecidas pela Procuradoria-Geral do Estado.

(REsp 174.274/SP, Rel. Ministro CASTRO ME/PÁ, SEGUNDA TURMA/L4, julgado em 19/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 294)

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

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

Inexiste, assim, direito líquido e certo a ser amparado em mandado de segurança, não demonstrando a impetrante, de plano, a ocorrência de ilegalidade e prejuízo, com a divulgação no Portal da Transparência da penalidade a que foi submetida."

⁸ A determinação contida no Voto CG-4 40.476/2013 foi redigida nos seguintes termos: 'IV EM CASOS FUTUROS E ANÁLOGOS:

(-.)

Eg. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro oscila quanto à solução para a polêmica posta.

Posto o cenário, é correto asseverar que se está diante de divergência entre interpretações juridicamente válidas amparadas em sólidos argumentos escorados em Doutrina e Jurisprudência.

Dito isto, em resposta à presente consulta relativa ao conteúdo das condições de participação dos licitantes a ser empregado, em geral, nos editais e contratos, pode-se recomendar, em regra, seja adotada a orientação traçada pela Procuradoria Geral do Estado, segundo exatos termos da Resolução PGE nº 3.611, de 06 de agosto de 2014.

Com efeito, não se pode perder de vista que compete à Procuradoria Geral do Estado exercer a supervisão dos serviços jurídicos da Administração Direta e Indireta, na forma do artigo 176 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sendo sua incumbência orientar a elaboração dos editais e contratos, inclusive mediante padronização.

Por essa razão, deve a origem observar os termos das minutas-padrão estabelecidas pela Procuradoria-Geral do Estado.

No entanto, em casos concretos, diante de recomendações expressamente tecidas pelo Eg. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro poderá o administrador se orientar pelo voto da Corte de Contas, notadamente quando se tratar de matéria polêmica, sem consenso, amparada em interpretações juridicamente válidas, tal qual ocorre na hipótese vertente.

A propósito, veja-se que a solução ora proposta se harmoniza com precedentes desta Procuradoria Geral do Estado. Por todos, leia-se a conclusão contida no Parecer nº 32/2006 — MJVS, da lavra do saudoso Procurador do Estado Marcos Juruena Villela Souto, diante de caso semelhante ao que ora se encontra em exame, in verbis:

"ISTO POSTO, opina-se no sentido de que, não sendo obrigatória a adoção da minuta-padrão e em se tratando de questões de divergência de interpretações juridicamente válidas, nada impede que a S. E. Segurança adote as determinações impostas pelo Colendo TCE, com base em seus precedentes."

De qualquer modo, não se pode deixar de sublinhar que a adoção da minuta-padrão da Procuradoria Geral do Estado lança o administrador para um cenário de segurança, na medida em que estaria abalizado — para além do suporte de seu órgão de assessoramento jurídico — em sólida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o qual, em última análise, teria competência para dirimir eventuais controvérsias a respeito da matéria.

Por derradeiro, considerando a sugestão de exclusão do item "6.2" das minutas-padrão de editais, apresentada pelo i. Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica

113) Retificar a redação do item referente às condições de participação na licitação (subitem 6.2), estabelecendo que seja obstada a inclusão de licitantes já incursos nas penas dos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93, seja qual for a esfera da Administração Pública que tenha aplicado a reprimenda."

da Secretaria de Estado de Educação — SEEDUC, cumpre registrar que todas as minutas de editais elaboradas posteriormente à edição da Resolução PGE nº 3.611, de 06 de agosto de 2014, já deverão ter sua redação adaptada ao novo entendimento. Outrossim, ressalte-se que esta PG-15, em atendimento ao comando encerrado pelo artigo 4º da aludida Resolução PGE, vem providenciando as alterações e atualizações necessárias nos arquivos das minutas-padrão disponibilizadas na página da internet da Procuradoria Geral do Estado.

CONCLUSÃO

Do que veio a ser dito, em resposta à consulta formulada, entendo recomendável, em regra, até mesmo porque abalizada pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a adoção da orientação traçada pela Procuradoria Geral do Estado, a qual já se faz presente nas minutas-padrão, por força da Resolução PGE nº 3.611, de 06 de agosto de 2014, consoante os seguintes exatos termos:

"Os licitantes, adjudicatários e contratantes que forem penalizados com as sanções de suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar por qualquer Ente ou Entidade da Administração Federal, Estadual, Distrital e Municipal ficarão impedidos de contratar com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro enquanto perdurarem os efeitos da respectiva penalidade."

Sem prejuízo desta ponderação, no caso concreto, poderá o Administrador, segundo seu juízo discricionário, aderir à sugestão do Eg. Tribunal de Contas do Estado de alteração das cláusulas que disciplinem a abrangência dos efeitos das sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, previstas, respectivamente, nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993, na medida em que se trata de questão polêmica sujeita a orientações divergentes amparadas em interpretações juridicamente válidas.

À superior avaliação.

Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 2014.

ROGERIO CARVALHO GUIMARÃES
Procurador do Estado

Processo nº E-03/001/10.646/2014

Ementa: Exigências Efetuadas pelo Tribunal de Contas do Estado. Da Competência Constitucional. Natureza Jurídica das Decisões das Cortes de Contas. Determinação que Contraria Entendimento Consolidado pela D. PGE-RJ.

Exmo. Sr. Secretário de Estado de Educação,

I - CONSULTA

Trata-se de-Ofício PRS/SEE/CSO 33469/2014 encaminhado pela Colenda Corte de Contas do Estado do Rio de Janeiro, determinando que esta Secretaria, nos próximos editais de pregação que realizar observe aos seguintes comandos:

- I. Complementar a redação do subitem 6.2 do Edital distinguindo que a suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração, prevista no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93 deve se ater ao órgão ou a entidade" que aplicou a sanção administrativa contratual, enquanto a declaração de inidoneidade disposta no inciso IV do art. 87 deve abranger toda a Administração Pública de qualquer dos entes ou entidades da federação.
- II. Admitir que a regularidade trabalhista possa' ser comprovada também por meio da certidão positiva com efeito de negativa, com os mesmos efeitos da CNDT, segundo disposto no art. 642-A, §2º da CLT.
- III. Excluir do edital a possibilidade de o licitante substituir a declaração relativa ao cumprimento do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal pela certidão negativa de ilícitos trabalhistas.

É o conciso relatório. Passo a examinar a hipótese.

II - ANÁLISE

II. D) DA COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS CONFERIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PELA LEI N° 8.666/93

O Tribunal de Contas situa-se, no ordenamento jurídico-constitucional, como órgão público especializado e independente, cuja atribuição precípua é a de colaborar com o Poder Legislativo no exercício do controle da atividade financeira pública, prestando-lhe auxílio técnico.⁹

Corno órgão de controle externo, o Tribunal de Contas visa a resguardar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fidelidade na execução do orçamento.

Veja-se que o caput do art. 70 da Constituição Federal¹⁰ preceitua que o controle a ser exercido pelos Tribunais de Contas deve ser efetivado sob o tríplice aspecto da legalidade, da legitimidade e da economicidade, ou seja, de modo a proceder a urna "análise global de mérito"¹¹.

É sob este tríplice prisma, e com base nas competências que constitucionalmente lhes foram atribuídas, que as Cortes de Contas examinam os atos e contratos administrativos, cabendo-lhes adotar providências diversas dependendo da constatação ou não de irregularidade.

Sobre o controle externo das licitações, a Lei n° 8.666/93 disciplina tal questão em seu artigo 113 e parágrafos, estabelecendo como critérios do referido controle a legalidade, a regularidade da despesa e sua execução, e o combate às irregularidades na aplicação da referida lei, nos termos da Constituição Federal.

Em sede de licitação, esse controle pode ser exercido de três formas: por meio do regular exercício da função fiscalizadora atribuída ao Tribunal de Contas; mediante provocação por qualquer pessoa física ou jurídica, licitante ou contratado, os quais poderão representar ou denunciar àquele Tribunal em face de

⁹ Os Tribunais de Contas não são, absolutamente, órgãos auxiliares do Poder Legislativo. Ao contrário, a partir da interpretação sistemática dos dispositivos que disciplinam tais instituições, percebe-se facilmente que a Constituição de 1988 inaugurou um verdadeiro mecanismo de colaboração e cooperação mútua e integrada no que diz respeito ao controle externo da atividade financeira estatal.

¹⁰ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

¹¹ Expressão utilizada por Eduardo Lobo Botelho Gualazzi. In: Regime Jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1092, p. 172.

irregularidades na aplicação da Lei n.º 8.666/93, conforme §10 do artigo 113 e §2º do artigo 74 da Constituição Federal; e, ainda, por meio da análise prévia dos atos convocatórios pelas Cortes de Contas, conforme §2º do artigo 113 daquele Diploma Legal.

Não se verificando qualquer irregularidade no procedimento licitatório, caberá ao Tribunal de Contas proceder ao seu registro. Constatada a existência de alguma irregularidade, no entanto, caberá ao Tribunal exercer a denominada atividade "corretiva" ou "ordenatória", seja determinando prazo para que o órgão ou entidade sob sua fiscalização adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; seja determinando a sustação da execução do ato impugnado, comunicando-se a decisão ao Poder Legislativo, na hipótese de a sua determinação anterior não ter sido atendida¹².

O STF já teve oportunidade de se manifestar acerca do poder geral de cautela afeto aos Tribunais de Contas, consoante as decisões abaixo reproduzidas:

"PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.IMPUGNAÇÃO.
COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES.
CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO.

1 - Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugnar administrativo ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2 - Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3 - A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos. da Representação e na legislação aplicável. 4 - Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem." (MS 24.510/DF; Rel. Min. ELLEN GRACIE) (grigos nossos)

"TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE

¹² Art. 71, incisos IX e X. da Constituição Federal.

MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. DELIBERAÇÃO DO TCU, QUE, AO DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, JUSTIFICOU EXTENSAMENTE, A OUTORGA DESSE PROVIMENTO DE URGÊNCIA. PREOCUPAÇÃO DA CORTE DE CONTAS EM ATENDER, COM TAL CONDUTA, A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE À NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ESTATAIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CUJO ÂMBITO TERIAM SIDO OBSERVADAS AS GARANTIAS INERENTES À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW". DELIBERAÇÃO FINAL DO TCU QUE SE LIMITOU A DETERMINAR, AO DIRETOR-PRESIDENTE DA CODEBA (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), A INVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO CELEBRADO COM A EMPRESA A QUEM SE ADJUDICOU O OBJETO DA LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 71, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO. APARENTE OBSERVÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO CASO EM EXAME, DO PRECEDENTE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU A RESPEITO DO SENTIDO E DO ALCANCE DESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL (MS 23.550/ DF, REL P/ ACÓRDÃO O MIN. SEPÚL VEDA PERTENCE): INVIABILIDADE DA CONCESSÃO, NO CASO, DA MEDIDA LIMINAR PRETENDIDA, EIS QUE NÃO ATENDIDOS, CUMULATIVAMENTE, OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DE SEU DEFERIMENTO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

Com efeito, impende reconhecer, desde logo, que assiste, ao Tribunal de Contas, poder geral de cautela. Trata-se de prerrogativa institucional que decorre, por implicitude, das atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas.

Entendo, por isso mesmo, que o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República.

Isso significa que a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, a essa Corte, ainda que por implicitude, a possibilidade de conceder provimentos cautelares vocacionados a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário.

Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina - construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso *McCULLOCH v. MARYLAND* (1819) - enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia." (MS 26547/DF; Rel. Min. CELSO DE MELLO; decisão publicada no DJU de 29.5.2007)

As atribuições e competências do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - seja por força do Princípio da Simetria, expresso no art. 75¹³ da Constituição Federal, seja em razão do disposto nos arts. 122 a 125¹⁴ da Constituição

¹³ Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

¹⁴ Art. 122 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e das entidades da Administração Direta e Indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia legislativa, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único - Prestará contas qualquer pessoa Física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde: gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos. ou pelos quais o Estado responda ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 123 - O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido como auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos dos três poderes, da administração direta e indireta, incluídas as empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista e as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público Estadual, e as

contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo à Fazenda Estadual; •

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargos de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, transferências para a reserva, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria da Assembleia Legislativa, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado mediante convênio acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres;

VI - prestar, as informações solicitadas pela Assembleia Legislativa, ou por qualquer de suas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabeleceu, dentre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

VIII - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

IX - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembleia Legislativa; X - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pela Assembleia Legislativa, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§2º - Se a Assembleia Legislativa ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 411- O Tribunal encaminhará à Assembleia Legislativa, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

§5º- Os responsáveis pelo sistema de controle interno previsto neste artigo, na área contábil, serão, necessariamente, contabilistas inscritos no Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Rio de Janeiro.

§6º- Aplica-se ao "Tribunal de Contas, no que couber, o disposto no artigo 152, §§ 1º e 3º, desta Constituição.

Art. 124 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos Municípios, e de todas as entidades de sua administração direta e indireta ou fundacional, é exercida mediante controle externo da Câmara Municipal e pelos sistemas de controle interno do respectivo Poder Executivo, na forma estabelecida em lei.

§ 1º - O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, que emitirá parecer prévio sobre as contas do Prefeito. •

§2º - Somente por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal deixará de prevalecer o parecer prévio, emitido pelo Tribunal de Contas do Estado, sobre as contas que o Prefeito presta anualmente,

§3º- No Município do Rio de Janeiro, o controle externo é exercido pela Câmara Municipal, com o auxílio do Tribunal de Contas do Município, aplicando-se, no que couber as normas estabelecidas nesta seção, inclusive as relativas ao provimento de cargos de Conselheiro e os termos dos §§ 311e 4º do artigo 13.1 desta Constituição.

§4º - As contas do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro serão submetidas, anualmente, à apreciação da Câmara Municipal do Rio de Janeiro.

Art. 125 - Compete ao Tribunal de Contas do Estado, além de outras atribuições conferidas por lei:

I - dar parecer prévio sobre a prestação anual de contas da administração financeira dos Municípios elaborado em sessenta dias, a contar de seu recebimento;

II - encaminhar a Câmara Municipal e ao Prefeito o parecer sobre as contas e sugerir as medidas convenientes para a final apreciação da Câmara;

do Estado do Rio de Janeiro - não são diferentes daquelas delegadas ao Tribunal de Contas da União, interessando-nos, especialmente, o regramento inserto nos incisos XVII e XXIII do seu art. 4 de sua Lei Orgânica (Lei Complementar nº 63/1990), os quais, respectivamente, atribuem ao referido Órgão de Controle a competência para "verificar, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos editais de licitação, na forma! estabelecida em ato próprio"; e "*assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei*".

Legítimo, portanto, se afigura o procedimento levado a efeito pelo TCE-RJ, o qual, pautado nas prerrogativas constitucionais que lhe foram conferidas, determinou a adoção de medidas que, em seu juízo, assegurariam o escoreito cumprimento da lei atinente à matéria.

II.2) Da Vinculação da Administração Pública às Decisões Proferidas Pelos Tribunais de Contas

Tendo restado incontroversa a competência do Tribunal de Contas para examinar a liceidade de Instrumentos Convocatórios, cumpre-nos examinar a

III - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta- Municípios, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Municipal, e as contas dos que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;

IV - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a legalidade das concessões de aposentadorias e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

V - realizar, por iniciativa própria da Câmara Municipal da Comissão Técnica ou de Inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas da Câmara Municipal do Poder Executivo Municipal e demais entidades referidas no inciso III;

VI - prestar -as informações solicitadas pela Câmara Municipal ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e sobre resultados de auditorias e de inspeções realizadas;

VII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

VIII - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

IX - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão a Câmara Municipal;

X - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pela Câmara Municipal, que solicitará, de imediato, ao respectivo Poder Executivo as medidas cabíveis.

natureza jurídica das decisões proferidas pelas Cortes de Contas, de forma a que se saiba se o seu cumprimento é ou não impositivo à Administração Pública.

A questão que ora se propõe a examinar perpassa, necessariamente, pelo estudo da natureza jurídica das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas e dos efeitos originados da coisa julgada administrativa, motivo pelo qual se passa ao enfrentamento dos pontos antes suscitados.

A maior parte da doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores confere, com base na regra disposta no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal - dispositivo este que espelha a adoção, pelo ordenamento jurídico pátrio, do sistema de jurisdição una -, natureza administrativa às decisões proferidas pelos Tribunais de Conta, estando as mesmas, portanto, sujeitas ao controle jurisdicional.

Essa corrente doutrinária encontra em José Cretella Júnior¹⁵ um de seus maiores defensores. Assim doutrina o jurista: "*A Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante-do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa*".

José Afonso da Silva¹⁶ também é contrário à caracterização de algumas das suas funções como jurisdicionais, afirmando, acerca do sistema de controle externo, que: "É, portanto, um- controle de natureza política, no Brasil, mas sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que, assim, se apresenta como órgão técnico, **e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais**". (grifos nossos)

Nessa mesma linha temos Hely Lopes Meirelles¹⁷, para quem o Tribunal de Contas não exerce função judicial, mas, também, não exerce função legislativa, devendo ser classificado como um órgão administrativo independente, de cooperação com o Poder Legislativo na fiscalização financeira e orçamentária, conforme determina a Constituição, advertindo, ainda, que:

"Não se confunda jurisdicional com judicial. Jurisdição é atividade de dizer o direito, e tanto diz o direito o Poder Judiciário como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei. Todos os Poderes e órgãos exercem jurisdição, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial, isto é, de dizer o direito com força de coisa julgada. É por isso que a jurisdição do Tribunal de Contas é meramente administrativa, estando suas decisões sujeitas a correção pelo Poder Judiciário quando lesivas de direito individual".

¹⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. Revista dos Tribunais. a. 77, v. 631, p. 14- 23, maio 1988.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 733.

¹⁷ MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, P. 702.

O entendimento esposado por Oswaldo Aranha Bandeira de Melo¹⁸ não é diferente, ressaltando que o órgão de controle externo só possui função administrativa de acompanhar a execução orçamentária e apreciar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, senão vejamos:

"O Tribunal de Contas julga as contas, ou melhor, aprecia a sua prestação em face de elementos administrativo-contábeis, e, outrossim, a legalidade dos contratos feitos, bem como das aposentadorias e pensões. A Justiça Comum julga os agentes públicos ordenadores de despesas e os seus pagadores. E ao julgar os atos destes, sob o aspecto do ilícito penal ou civil, há de apreciar, também, os fatos que se pretendam gerarem esses ilícitos. Repita-se, a função jurisdicional é de dizer o direito em face dos fatos. Jamais de apreciar fatos simplesmente. Mesmo se aceitasse como definitiva esta apreciação, não corresponderia a uma função de julgar".

É neste contexto que parte da doutrina defende que as decisões das Cortes de Contas que julgam as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e dinheiros públicos fazem coisa julgada administrativa, devendo ser admitidas como atos definitivos, obrigatórios e insuscetíveis de questionamento administrativo. Esgotados os meios legais de sua impugnação, tais decisões tornam-se imutáveis administrativamente, ressalvadas as hipóteses de revisão e rescisão pelo próprio órgão¹⁹. Contudo, sua definitividade é mitigada em razão do Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, que permite seu questionamento por *via judicial*.

Nessa esteira, Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁰ aponta uma peculiaridade com relação à coisa julgada administrativa no âmbito das Cortes de Contas. A referida decisão faz coisa julgada não só no sentido da ocorrência de preclusão da via administrativa, por não cabimento de qualquer recurso, como, sobretudo, **no sentido de que ela deve ser necessariamente acatada pelo órgão administrativo controlado, sob pena de responsabilidade**, com a única ressalva para a possibilidade de impugnação pela via judicial.

Assim, em relação à Administração Pública e ao Poder Legislativo, as decisões dos Tribunais de Contas têm o condão de produzir a denominada coisa julgada administrativa.

¹⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de apud 4.J. Ferreira Custódio. Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas. Revista dos Tribunais. a. 81, v. 685, p. 7-14, nov. 1992.

¹⁹ CUSTÓDIO, A.J. Ferreira. Revista dos Tribunais. a. 81, v. 685, p. 7-14, nov. 1992

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União. Revista do Tribunal de Contas da União. v. 27, n. 70, out./dez. 1996.

II.3) Das Competências Específicas que parecem mitigar a Obrigatoriedade da Determinação do TCE-RJ.

Diante das competências constitucionalmente atribuídas ao Tribunal de Contas da União e que, por força do Princípio da Simetria, estendem-se aos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, a Corte de Contas Estadual determinou fossem adotadas as seguintes providências, transcritas:

- i) Complementar a redação do subitem 6.2 do Edital distinguindo que a suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração, prevista no inciso III do artigo 87 da Lei 8.666/93 deve se ater ao órgão ou a entidade que aplicou a sanção administrativa contratual, enquanto a declaração de inidoneidade disposta no inciso IV do art. 87 deve abranger toda a Administração Pública de qualquer dos entes ou entidades da federação.
- ii) Admitir que a regularidade trabalhista possa ser comprovada também por meio da certidão positiva com efeito de negativa, com os mesmos efeitos da CNDT, segundo disposto no art. 642-A, §2º da CLT.
- iii) Excluir do edital a possibilidade de o licitante substituir a declaração relativa ao cumprimento do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal pela certidão negativa de ilícitos trabalhistas.

As considerações expendidas ao largo da presente manifestação induzem ao entendimento de que, dada a compulsoriedade das determinações proferidas pelas Cortes de Contas, o atendimento às exigências acima se revela mandatório.

Contudo, o Sistema Jurídico do Estado do Rio de Janeiro possui como Órgão Central a Procuradoria-Geral do Estado²¹ e ²², a quem, por força do art. 2º do Decreto Estadual nº 40.500/2007, incumbe oficiar no controle interno da legalidade dos atos da Administração Pública, inclusive por meio de supervisão dos órgãos locais e setoriais.

²¹ Art. 176 - A representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, ressalvados o disposto nos artigos 121 e 13:1, parágrafo único, são exercidas pelos Procuradores do Estado, membros da Procuradoria-Geral, instituição essencial à Justiça diretamente vinculada ao Governador, com funções, como órgão central do sistema de supervisão dos serviços jurídicos da administração direta e indireta no âmbito do Poder Executivo.

²² Decreto Estadual nº 10.500/2007.

Art. 1º - O Sistema Jurídico do Estado do Rio de Janeiro, sob coordenação da Procuradoria Geral do Estado, é integrado pelos seguintes Órgãos:

(...)

Dentre as competências desse órgão, vale dizer, está a de elaboração de minutas padronizadas de editais de licitação e de contratos²³, e, ainda, de fixar a interpretação governamental da Constituição, das Leis e demais atos normativos, podendo, para tanto, editar enunciados consolidando os entendimentos já pacificados.

Dito isto, temos que, diferentemente do entendimento outrora sufragado pela Corte de Contas Estadual, a d. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro restringe a eficácia das sanções de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração e declaração de inidoneidade, previstas, respectivamente, nos incisos II e III do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ao ente que as aplicar.

O argumento que servia de sustentáculo para esta inferência era o de que a natureza da questão é constitucional, porquanto afeta à autonomia das entidades federadas.

É o que se infere da precisa lição de Marcos Juruena Villela Souto²⁴:

"A pena de declaração de inidoneidade, assim como a suspensão do direito de licitar, se restringe à Administração que a aplicou, por força do princípio federativo, contido nos arts. 1 a 18 da Constituição Federal, que assegura a autonomia às entidades federadas; só assim pode ser entendido o crime previsto na Lei de Licitações de contratar com pessoa declarada inidônea perante a Administração; afinal, as normas de rejeição social, com as penas, não podem ter interpretação ampliada". (grifos nossos)

E, a despeito do entendimento esposado pelo Tribunal de Contas do Estado encontrar esteio nas decisões recentemente proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵, a d. PGE-RJ vinha se manifestando no sentido de que a adoção pragmática da posição do STJ não teria o condão de evitar as contendas judiciais volvidas às licitações realizadas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro²⁶.

Isto porque os licitantes cuja participação no certame fosse eventualmente vedada poderiam agarrar-se do judiciário para vindicar o direito de participação no torneio. Demais disto, como dito alhures, tratando-se de questão de natureza constitucional, a posição do STJ não deveria ser tomada como definitiva, sendo, ainda, passível de Recurso Extraordinário a ser submetido ao crivo do STF.

Decerto que a questão é controversa. Tanto que o. Tribunal de Contas da União, que outrora comungava do entendimento esposado pelo Superior Tribunal de

²³ XIV - Fixar a interpretação governamental da Constituição, das Leis e demais atos normativos, podendo, para tanto, editar enunciados consolidando os entendimentos já pacificados

²⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 355.

²⁵ Vide: STJ 2ª Turma - Resp 520553/RJ - Rel. Min. Herman Benjamin - j. 03.11.09 e STJ - 2ª Turma - REsp: 151567 RJ 1997/0073248-7, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 14/04/2003.

²⁶ Parecer nº 02/2010 - HBR; PARECER Nº 11/GUB

Justiça, reformou o entendimento por si antes defendido, passando a manifestar-se no sentido de que os efeitos subjetivos das penalidades insertas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei de Licitações são distintos entre si²⁰ (a penalidade de suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração se restringirá ao ente que a aplicou; e, a penalidade de declaração de inidoneidade, por sua vez, terá abrangência nas três esferas do governo). Foi, inclusive, com base neste acórdão que Eg. Corte de Contas Estadual fundamentou sua determinação (alínea "a" do r. decisum em anexo).

Nada obstante, a despeito da d. PGE-RJ ter outrora consolidado seu entendimento, por meio de seu Enunciado nº 21-PGE²⁷, e, via de consequência, tê-lo incorporado à minuta-padrão de Pregão Eletrônico para fins de contratação de serviços²⁸, parece-nos não mais ser este o entendimento defendido por esse Órgão de Controle do Sistema Jurídico Estadual.

Diz-se isto porque, em 06 de agosto de 2014, foi editada a Resolução PGE nº 3.611, que, ao modificar a cláusula que trata das sanções nas minutas-padrão de Edital e Contratos de serviços, compras, seguros, serviços técnicos de advocacia e obras, atribuiu às sanções de suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar e de declaração de inidoneidade os mesmos efeitos, isto é, sua aplicação, por qualquer Ente ou Entidade da Administração Federal, Estadual, Distrital e Municipal ambas terá o condão de obstar a participação do licitante no certame que a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro realizar.

Não é demasiado ressaltar que, com a vigência da Resolução PGE n° 3.611 / 2014, o próprio Enunciado nº 21-PGE restou revogado, fazendo emergir a presunção de que a d. PGE-RJ passou a alinhar seu posicionamento ao da Corte Superior, cujo entendimento se mantém, conforme se infere do r. Acórdão abaixo reproduzido:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/ 93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/ OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE.

1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade.
2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do

²⁷ Enunciado nº 21-PGE: Não serão admitidas na licitação as empresas punidas, no âmbito da Administração Pública Estadual, com as sanções prescritas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n.º 8.666/93". (Publicado: DO 24/07/2009 Pág. 30)

²⁸ 6.2 Não serão admitidas na licitação as empresas punidas, no âmbito da Administração Pública Estadual, com as sanções prescritas no art. 7º da Lei nº 10.520/02, bem como nos incisos III e IV (16 art. 87 da Lei n.º 8.060/93).

nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado.

3. O writ impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese.

4. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional.**

5. Segurança denegada." (STJ, Si - Primeira Seção, MS 19.657/DF, Rel. MM. Eliana Calmon, j. 14/08/2013, p. DJE 23/08/2013).

Nesse sentido, embora haja na doutrina quem defenda que a decisão proferida pelo Tribunal de Contas prevalece sobre aquelas que, em sentido contrário, sejam proferidas por órgão integrado da Administração Pública de mesmo nível hierárquico, tendo em vista que a Assessoria Jurídica desta Secretaria encontra-se jungida às orientações técnico-jurídicas fixadas pela Procuradoria Geral do Estado, devendo, portanto, acatar todas as suas determinações e recomendações²⁹, entende-se que à SEEDUC caberá pautar-se nas orientações traçadas pelo propalado Órgão Central do Sistema Jurídico Estadual, adotando-se, por conseguinte, a lógica traçada pela Resolução PGE nº 3.611/ 2014 sobre o tema.

De toda sorte, considerando que compete à Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico promover as alterações determinadas pela Resolução PGE nº 3.611/ 2014 na respectiva minuta-padrão, **aproveita-se o ensejo para, à guisa de colaboração, sugerir a exclusão do atual item 6.2³⁰ das minutas-padrão dos editais, eis que seu regramento, s.m.j., se contrapõe ao novo comando³¹ prescrito pela acima referenciada Resolução.**

Quanto às demais exigências formuladas pelo TCE-RJ, as mesmas já foram previamente atendidas por esta Secretaria. Isto porque, com o advento da Resolução PGE nº 3.445 'de 04.10.2013 - 'que modificou alguns dispositivos da minuta padrão de Edital Pregão, Eletrônico e Presencial, de Concorrência, de tomada de preços e de

²⁹ Decreto Estadual nº 40.50012007

Art. 4º - Compete aos órgãos locais e setoriais do Sistema Jurídico Estadual:

I - observar a orientação técnico-jurídica fixada pela Procuradoria Geral do Estado, cumprindo todas as suas determinações e recomendações.

³⁰ 6.2 Não serão admitidas na licitação as empresas punidas, no âmbito da Administração Pública Estadual, com as sanções prescritas no art. 7º da Lei nº 10.520/02, bem como nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n.º 8.666/93

³¹ X. 2.1 - Os licitantes, adjudicatários e contratantes que forem penalizados com as sanções de suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar por qualquer Ente ou Entidade da Administração Federal, Estadual, Distrito e Municipal ficarão impedidos de contratar com a Administração Pública do Estado Ao Rio de Janeiro enquanto perdurarem os 'efeitos da respectiva penalidade.

carta-convite -, a regra inserta no item 12.3.1 passou a permitir que a regularidade trabalhista pudesse, também, ser comprovada por meio da certidão positiva com efeito de negativa, com os mesmos efeitos da CNDT, senão vejamos:

"12.3.1 - Prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) ou da Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com os mesmos efeitos da CNDT."

Já a determinação de que restasse excluída do edital a possibilidade de o licitante substituir a declaração relativa ao cumprimento do art. inciso XXXIII, da Constituição Federal, pela certidão negativa de ilícitos trabalhistas, esta, igualmente, restou atendida por esta Pasta face ao advento da Resolução PGE n° 3.326/2013, em 16 de abril de 2013, cujo inciso V do art. 1°, assim preceitua:

"Art. 1° - Picam suprimidos os seguintes itens constantes das Minutas-Padrão de Edital, conforme as modalidades abaixo indicadas:

(...)

V - Pregão eletrônico adaptado para o SIGA: para a prestação de serviços e aquisição de produtos, item 12.6.2, e"

III - CONCLUSÃO

Diante do exposto, sem adentrar em questão de ordem técnica e financeira, pois se desviam das atribuições da ASJUR, entende-se que, inobstante tenha sido conferida às Cortes de Contas atribuição constitucional de verificar a regularidade dos procedimentos licitatórios levados a efeito pela Administração Pública, tendo em vista que ad. PGERJ detém a competência específica para fixar a interpretação governamental da Constituição, das Leis e demais atos normativos, deverá esta Secretaria manter em seus editais os mesmos efeitos subjetivos conferidos pela d. PGE-RJ às sanções prescritas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n° 8.666/93.

De toda sorte, por nos parecer contraditório com o regramento prescrito pela Resolução PGE, n° 3.611/2014, aproveita-se o ensejo para sugerir a exclusão do item 6.2 das minutas-padrão de Edital.

Contudo, por se tratar de matéria cuja análise pode repercutir não só no âmbito desta Secretaria, e, sobretudo, que o desatendimento à exigência do TCE-RJ de que os efeitos das sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n°

8.666/93 abarquem não apenas a entidade que as imputou, mas toda a Administração Pública pode ensejar a aplicação de multa em desfavor desta Secretaria, opina-se, ainda, pelo envio do presente à Procuradoria Geral do Estado, na forma que estabelece o Decreto Estadual nº 40.500, de 01' de janeiro de 2007, bem como pelo disposto no artigo 4º da Lei Estadual nº 5.414, de 19 de março de 2009, no artigo 2º, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 15, de 25 de novembro de 1980, e no artigo 132 da Constituição Federal.

Neste sentido é o parecer, o qual submeto à análise superior.

Rio de Janeiro, 26 de novembro de 2014.

PAULO ENRIQUE MAINIER
Procurador do Estado
Assessor – Chefe da ASJUR/SEEDUC

De acordo.

À d. Procuradoria Geral do Estado, nos termos do parecer por mim aprovado.

ASJUR, 08 de dezembro de 2014.

AMAURY PERLINGEIRO DO VALLE
Secretário de Estado em exercício

Proc. n.º E-03/001/10.646/2014

Parecer n.º 16/RCG/PG-15/2014

APROVO o Parecer nº 16/ RCG/PG-15/2014, da lavra do I. Procurador do Estado Dr. Rogério Carvalho Guimarães, que respondeu à consulta formulada pela Secretaria de Estado de Educação - SEEDUC quanto ao posicionamento a ser adotado a respeito da extensão dos efeitos das penalidades de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, previstas, respectivamente, nos incisos IH e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/93.

De fato, deve ser adotada a orientação traçada pela Procuradoria Geral do Estado, a qual já se faz presente nas minutas-padrão, por força da Resolução PGE nº3.611, de 06 de agosto de 2014, segundo a qual:

“Os licitantes, adjudicatários e contratantes que forem penalizados com as sanções de suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar por qualquer Ente ou Entidade da Administração Federal, Estadual, Distrital e Municipal ficarão impedidos de contratar com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro enquanto perdurarem os efeitos da respectiva penalidade.”

Por certo, compete à Procuradoria Geral do Estado exercer a supervisão dos serviços jurídicos da Administração Direta e Indireta, na forma do artigo 176 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sendo sua incumbência orientar a elaboração dos editais e contratos, inclusive mediante padronização. Destarte, deve a Secretaria de Estado de Educação - SEEDLIC observar os termos das minutas-padrão estabelecidas pela Procuradoria Geral do Estado, bem ainda as orientações e posicionamentos jurídicos que lhes são inerentes.

Insta destacar, ainda, que a posição do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de conferir maior abrangência aos efeitos das sanções administrativas, em consonância com a atual posição da Procuradoria Geral do Estado sendo, portanto, esta a posição que tende a prevalecer se levada a ser decidida pelo Judiciário.

No entanto, diante de recomendação expressa do Tribunal de Contas do Estado, poderá o Administrador optar pela adesão à sugestão então ventilada quando se tratar de questão polêmica e a solução proposta pela Corte de Contas igualmente se amparar em interpretação juridicamente válida, tal qual ocorre no caso concreto, como bem demonstrado no Parecer ora aprovado.

Portanto, no caso concreto, poderia o administrador alterar o conteúdo da cláusula que disciplina as condições de participação dos licitantes para limitar o alcance dos efeitos da penalidade de suspensão e de declaração de inidoneidade, previstas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/93.

À D. PG-2, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 23 de
janeiro de 2015.

FABIANA MORAIS BRAGA CHADO BROCHADO
Procuradora-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico - PG-15

Processo nº E-03/001/10.646/2014

Visto. Aprovo os Pareceres PE nº 07/2014 e nº 16/2014-RCG/PG-15, da lavra dos Procuradores do Estado **PAULO ENRIQUE MAINIER** e **ROGÉRIO CARVALHO GUIMARÃES**, devidamente chancelados pela Procuradora-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico, **FABIANA MORAIS BRAGA MACHADO BROCHADO**, que analisaram consulta formulada pela Secretaria de Estado de Educação — SEEDUC, acerca da orientação a ser observada quanto aos efeitos das penalidades de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade para licitar ou com contratar com a Administração Pública, previstas, respectivamente, nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993.

Como bem destacado pelos pareceristas, a regra deve ser a observância da orientação jurídica traçada pela Procuradoria Geral do Estado, na fauna do art. 176 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, visto que uma das principais atribuições do órgão central do sistema jurídico fluminense consiste na elaboração de editais e contratos, inclusive mediante padronização.

Destarte, aplica-se ao caso em espécie a Resolução PGE n.º 3.611, de 06 de agosto de 2014, segundo a qual:

Os licitantes, adjudicatários e contratantes que forem penalizados com as sanções de suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar por qualquer Ente ou Entidade da Administração Federal, Estadual, Distrital e Municipal ficarão impedidos de contratar com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro enquanto perdurarem os efeitos da respectiva penalidade.

Importante anotar que a mudança de posicionamento da Procuradoria Geral do Estado (que resultou na revogação do Enunciado 21) não significou uma revisão do seu entendimento original, mas uma alteração movida por uma preocupação de natureza pragmática e para conferir maior segurança jurídica ao administrador, alinhando a sua orientação à posição atual do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ampliar a abrangência das sanções administrativas mencionadas a todos os entes da federação. É o que se depreende do Visto do então Exmo. Sr. Subprocurador Geral do Estado CIRO GRYNBERG ao Parecer nº 02/14 JVM e da Promoção nº 08/14 APCBCA.

Indiscutivelmente a questão comporta diversas interpretações juridicamente válidas, sendo objeto de ampla divergência doutrinária e jurisprudencial, motivo pelo qual o administrador poderá, casuisticamente, optar por interpretação diversa, segundo seu juízo discricionário, conforme os próprios precedentes da PGE (Parecer n.º 32/06 — MJVS).

Portanto, mantém-se hígida e válida a orientação traçada pela Procuradoria Geral do Estado na Resolução PGE n.º 3.611/2014 quanto aos efeitos das sanções administrativas supracitadas, admitindo-se que o administrador, no caso concreto e mediante justificativa fundamentada, altere o conteúdo da cláusula que disciplina o alcance dos efeitos das penalidades previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei n.º 8.666/93.

Ao Apoio da PG-02 para extrair cópia do presente visto, com posterior remessa à Coordenadoria Geral do Sistema Jurídica para ciência da orientação fixada. Após, remeta-se o processo administrativo à Secretaria de Estado de Educação - SEEDUC, em devolução.

Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 2015.

FLAVIO AMARAL GARCIA
Subprocurador-Geral do Estado