

Parecer nº 23/2001 – Paulo Henrique Spilotros Costa

Abrangência da penalidade de suspensão temporária do direito de licitar. Dado principalmente o princípio federativo, não se pode admitir edital de Licitação que contenha cláusula que impede a participação no certame de empresa que tenha sido penalizada anteriormente em procedimento licitatório de outro(s) órgão(s) ou entidades pertencente a ente federado diverso. A penalidade insere-se nos limites estaduais, municipais ou federal, não se estendendo para demais entes. No Estado do Rio de Janeiro, o impedimento deve ser restrito aos órgãos e entidades do Estado.

Senhor Procurador-Geral,

Trata-se de representação formulada pelo ilustre advogado TOSHIO MUKAI, objetivando a emissão de parecer normativo por esta Procuradoria, determinando a vedação de inclusão de cláusula em editais de licitação dos órgãos e entidades da Administração Estadual, que impeça a participação de empresa que tenha sido penalizada por qualquer órgão ou entidade de outro ente federado tendo, como fundamento, o artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93.

Alega que, conforme dispõe o artigo 18 da Constituição Federal, cada ente federado é autônomo para aplicar as sanções com base na legislação por ele mesmo editada, não sendo possível que um ente interfira na esfera de atuação do outro. Exemplifica destacando que a multa, aplicada por um ente federado, não pode ser paga perante ente diverso.

Tais cláusulas, segundo o Consultente, terminam por contrariar o caráter competitivo do procedimento licitatório, violando, via de consequência, o artigo 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93.

Colaciona, a título de ilustração, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e a posição de eminentes autoridades do Direito Administrativo.

Desde já, no entanto, registro que, de acordo com os artigos 2º, IV, c/c com § 1º do mesmo dispositivo da Lei Complementar nº 15/80, o exame ao qual não se furta apresentar dependeria de vontade, consubstanciada na conveniência e oportunidade, do Exmo. Sr. Governador do Estado. Ademais, ressalto a desnecessidade de edição de parecer normativo sobre o tema, posto que bastaria que o entendimento a ser traçado sobre a penalidade aqui discutida fosse incluído nas minutas padrão elaboradas por esta PGE.

É o relatório. Passo a opinar.

Os artigos 86 e seguintes da Lei nº 8.666/93 tratam das penalidades aplicadas ao contratado pela inexecução total ou parcial do contrato celebrado com a Administração Pública. Tais penalidades, entretanto, somente serão aplicadas após ser-lhes assegurados a ampla defesa e o contraditório.

O inciso III trata especificamente da penalidade administrativa objeto da presente consulta, qual seja a suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos. Aquele que se encontra suspenso do direito de licitar não pode, conseqüentemente, contratar com a Administração.

O campo de abrangência dos efeitos das penalidades extracontratuais da suspensão temporária de participar em licitação e da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (esta contida no inciso IV do mesmo dispositivo), comporta algumas discussões preliminares, que são trazidas pelo consulente.

Com relação à suspensão, que é o objeto da representação, inclusive quanto ao seu pedido final, há discussão se os efeitos da penalidade estariam restritos ao órgão ou entidade aplicadora da sanção ou também aos demais, **pertencentes ao mesmo ente federativo** (por exemplo, empresa suspensa de participar de licitação por uma Secretaria Estadual, somente em relação a este órgão estaria impedida; ou se haveria extensão desta penalidade aos demais órgãos e entidades do Estado); o que não cabe, como inclusive ressalta o texto da peça inicial, é estender os efeitos das punições a outros entes da federação, por absoluta impropriedade, tendo em vista o texto constitucional.

O Representante, se referindo ao artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93, (penalidade de suspensão temporária de participar em licitação) menciona farta doutrina se referindo à extensão dos efeitos desta penalidade, no sentido de que somente há impedimento em relação ao órgão ou entidade que a decretou. Cita inclusive decisão do Tribunal de Contas da União:

“É ilegal a cláusula editalícia que veda a participação em licitação de empresas apenas com base no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 por outro órgão diverso daquele que está promovendo o certame...” (TC – 017.801/95-8 – Representação).

Acerca das discussões, leciona Renato Geraldo Mendes¹:

1 Mendes, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. ZNT Editora. Curitiba. 3ª edição, 1998, p. 144.

“Sobre a abrangência da suspensão do direito de licitar existem duas posições que devem ser registradas. A primeira, externada pelo TCU, é no sentido de que a suspensão do direito de licitar abrangerá apenas o órgão ou entidade contratante que aplicou a penalidade. (Decisão nº 352/98 – DOU de 22 de junho de 1998, p.18). A decisão funda-se no fato de ter a legislação empregado no inciso III do art. 87 a expressão ‘Administração’ e não ‘Administração Pública’. Assim, nos termos do inciso XII do art. 6º ‘Administração’ é o órgão ou entidade que opera e atua concretamente. Daí o entendimento de que a suspensão do direito de licitar deve restringir-se ao âmbito do órgão ou entidade que a aplicou. Uma segunda corrente entende que a suspensão aplicada por um órgão ou entidade seria extensiva a todos os órgãos que integram a mesma esfera de governo. Os que sustentam essa posição argumentam que, sob o ponto de vista jurídico, é inadmissível que uma secretaria estadual de saúde suspenda uma empresa apenas no seu âmbito interno, pois tal órgão é despersonalizado. Quem aplica a suspensão não é a secretaria, mas o Estado, pessoa jurídica de direito público interno. Os que postulam por esse entendimento não ignoram, em momento algum, o conteúdo das definições contidas no art. 6º. O problema aqui é outro, e tem sede constitucional. Embora a questão tenha contornos jurídicos precisos, a solução aventada pela primeira corrente é a que melhor se adequa ao interesse dos particulares, causando-lhes menor dano comercial.”

Apesar de considerável parte da doutrina acolher a primeira corrente, parece-me que a segunda é a que se coaduna melhor à defesa do interesse público, posto que se uma empresa foi penalizada com a suspensão ou impedimento de participar de licitação por órgão ou entidade de determinado ente, não há como, na prática, e ao argumento de prejudicar a atividade comercial, considerá-la capaz de assumir compromissos com os demais órgãos (imaginem-se empresa de informática que pela má execução do contrato, foi penalizada, em determinado órgão, com a suspensão do direito de licitar; ora, sabendo-se deste fato, constituirá ato que afronta tanto a economicidade quanto a eficiência permitir sua participação em licitação de outro órgão pertencente ao mesmo ente da federação). Este é inclusive o posicionamento de Marçal Justen Filho², que entende serem ambas as

2 Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. Dialética. São Paulo, 2000, p. 626.

penalidades (as dos incisos III e IV) extensíveis a todos os órgãos e entidades de determinado ente federativo, não somente ao órgão aplicador da sanção:

“Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inciso III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inciso IV abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inciso III utiliza apenas o vocábulo ‘Administração’, enquanto o inciso IV contém ‘Administração Pública’. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regra-mento mais detalhado. Aliás, não haveria sentido em circunscrever os efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar ‘suspense’.”

Assim também entende o ilustre Procurador do Estado Marcos Juruena Villela Souto³:

“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 artigos 1º e 18 da Constituição Federal, que asseguram autonomia às entidades federadas.”

Descabe, também, o entendimento de que a suspensão do direito de licitar deveria ficar no âmbito do órgão, sob o argumento de que a competência da autoridade que aplicou a pena não se estenderia para os demais órgãos. É que, no caso de órgãos estaduais, lembre-se que o contratante é o Estado do Rio de Janeiro. Sendo assim, como conceber que o Estado do Rio de Janeiro não possa contratar com a empresa X quando representado pela Secretaria Y (cuja autoridade competente tenha aplicado a pena contida no inciso III do art. 87 à empresa X), mas que, quando representado pela Secretaria W, pode. Há evidente contra-senso, posto que o contratante é único.

³ Souto, Marcos Juruena Villela. *Licitações & Contratos Administrativos*. Esplanada: Rio de Janeiro, 2001, pp. 295 e 296.

Desta forma, o melhor entendimento seria o de que na hipótese de ocorrência da sanção prevista no inciso III do artigo 87, seus efeitos se estenderão não somente ao órgão o qual a aplicou, mas também aos demais daquele determinado ente federado. Afinal, como dito, órgão não celebra contrato, que possui como parte, no caso das Secretarias Estaduais, o Estado do Rio de Janeiro.

A diferença, frise-se por oportuno, das penalidades estampadas nos incisos III e IV da Lei nº 8.666/93 não está no âmbito de sua aplicação, que, a meu ver, é o mesmo – para ambas haverá a vedação de contratação no espectro do ente federativo, que no caso é o Estado do Rio de Janeiro, aqui incluídas as entidades da Administração Indireta –, e sim na valoração (conveniência e oportunidade) da gravidade da pena, eis que a penalidade imposta deve guardar estrita pertinência, traduzida na proporcionalidade, com a infração cometida. Não há dúvidas de que a declaração de inidoneidade é extremamente mais grave do que a suspensão temporária do direito de licitar.

Todavia, o que se pede a examinar na representação é:

*“...requer a esta digna Procuradoria (...) que emita parecer normativo determinando que os órgãos e entidades da administração estadual se abstenham de incluir, em editais de licitação, cláusula que impeça de participar do certame empresa que tenha sido apenas **por qualquer órgão ou entidade de outro ente federado com base no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93.**”*

Não se cogita, portanto, de se discutir a extensão estadual da suspensão do direito de licitar, e sim de sua aplicação, nos órgãos e entidades estaduais, de penalidades atribuídas por outros entes da federação.

Neste sentido, correto o representante quando sugere a retirada de cláusulas editalícias que afastem, de plano, eventual interessado por estar suspenso do direito de participar em licitação por outro ente da federação.

Com efeito, se órgão ou entidade da administração estadual vem incluindo cláusula que impeça a participação de empresa sancionada por outro ente da federação que não o licitante, o ideal seria suprimir tais cláusulas. Afinal, quando um órgão suspende uma empresa de participar em licitação, o efeito desta penalidade não pode ser estendido aos demais órgãos pertencentes a outros entes federados, como o Município e a União, sob pena de violação do princípio da autonomia dos entes federados, e até impedindo que a Administração possa optar por uma proposta mais vantajosa, tendo mais opções e empresas concorrendo.

Ressalte-se que quanto ao princípio da autonomia dos entes federados, mencionado pelo Representante, previsto no *caput* do artigo 18 da Constituição Federal, é o mesmo primordial, decorrente da forma federativa brasileira, conforme dispõe Ives Gandra Martins⁴.

“... a expressão ‘todos autônomos’ para explicitar a condição dos entes federativos é desnecessária, visto que a autonomia é da essência da Federação.”

Desta forma, figura a autonomia como princípio basilar do Estado brasileiro, de modo que cabe a cada ente aferir o que seja melhor, tanto política, financeira e **administrativamente**.

Cláusulas editais de procedimentos de licitação prevendo a extensão dos efeitos da penalidade prevista no inciso III do artigo 87 aos demais entes violam o princípio da autonomia dos entes federados, já anteriormente mencionado, cabendo a cada qual definir sua maneira de administrar, especialmente no que tange aos contratos administrativos, em quais condições desejam celebrá-los, não sendo possível que outro ente interfira na sua esfera de atuação.

Desta forma, pode-se concluir pela exclusão de cláusulas em editais de licitação dos órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual que estabeleçam vedação de participação de empresas que foram penalizadas com a suspensão temporária de participar em licitação e de contratar com a Administração em certame promovido por órgão ou entidade de outro ente federado, tendo em vista os motivos acima elencados, dentre os quais a violação ao princípio da autonomia dos entes federados e ao princípio da concorrência, essencial quando se fala em licitação pública, não havendo motivos concretos, nem constitucionais, para a restrição possuir um campo tão vasto de abrangência.

O melhor seria que a penalidade contida no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 fosse aplicada no âmbito estadual, não se estendendo seus efeitos para os demais entes federativos, nem se aproveitando da sanção cominada por estes no Estado do Rio de Janeiro.

Este é o parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 22 de outubro de 2001

Paolo Henrique Spilotros Costa
Procurador do Estado

4 Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* – vol. III. Saraiva. São Paulo, 1992, p. 8.

À d. PG-2:

Visto. De acordo com o Parecer nº 23/2001 – PHSC, de 22.10.2001.

Na sempre abalizada opinião do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles:

“A inidoneidade só opera efeitos em relação à Administração que a declara, pois que, sendo uma restrição a direito, não se estende a outras Administrações.” (Licitações e Contrato Administrativo, 11ª ed., Malheiros, 1996, p. 216).

Em 14 de novembro de 2001

Josenete Veloso Monteiro
Procuradora-Chefe
da Procuradoria de Serviços Públicos

VISTO

Aprovo o Parecer nº 23/2001 – PHSC, de 22 de outubro de 2001, do Procurador do Estado **Paolo Henrique Spilotros Costa** (fls. 103 a 111), no sentido de que a penalidade constante no inciso II do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de participar com a Administração) aplicada, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, não deve estender os seus efeitos aos demais entes da Federação, nem a sanção decidida por estes deve ter influência neste Estado.

À Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico.

Em 26 de dezembro de 2001

Francesco Conte
Procurador-Geral do Estado

Processo nº E-14/006.012/200