

REFLEXOS DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DE SUSPENSÃO E DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM CURSO

Por: André Pataro Myrrha de Paula e Silva

Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

A inadimplência e o descumprimento contratual por parte das empresas contratadas pela Administração Pública não chega a surpreender aqueles que trabalham diariamente com licitações e contratos administrativos.

Nessa linha, e na tentativa de se evitar que tais empresas, ainda que punidas pela Administração, pudessem continuar a contratar com órgãos e entidades públicas, lesando ao erário e prejudicando o interesse público, é que o art. 87 da Lei nº 8666/93 estabeleceu como sanção pela inexecução total ou parcial do contrato a suspensão temporária de participação em licitação por prazo não superior a 2 (dois) anos e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Inicialmente, cumpre-nos estabelecer o âmbito de incidência dessas sanções.

Para Marçal Justen Filho, tanto os efeitos da penalidade de suspensão quanto os da declaração de inidoneidade se estenderiam a qualquer ente federado¹. Assim se manifestou o eminente doutrinador:

“Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inc. III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inc. IV abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo ‘Administração’, enquanto o inc. IV contém ‘Administração Pública’. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regramento 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’. A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa.”² (Grifamos.)”.

Por sua vez, Jessé Torres Pereira Júnior entende que apenas a declaração de inidoneidade teria abrangência nacional, enquanto a suspensão se restringiria ao ente em que imposta. Assim se manifesta o eminente doutrinador:

“Compreende-se a diversidade de alcance em sistema que institui penalidades em gradação, da mais leve (advertência) à mais severa (declaração de inidoneidade). Os efeitos da suspensão são restritos ao local em que imposta, quanto ao direito de licitar e contratar; os efeitos da inidoneidade, a mais gravosa das penalidades administrativas previstas na Lei nº 8.666/93, são nacionais, quanto ao mesmo direito de licitar e contratar”³

Em interessante texto, Carlos Ari Sundfeld defende posicionamento inovador, argumentando que “em face do conteúdo da lei nº 8.666/93 não há como sustentar, seja em relação à suspensão, seja em relação à declaração de inidoneidade, que a sanção aplicada por um ente federativo repercute nas licitações e contratações de outro”³.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitação e contratos administrativos*. 7. ed. p. 626.

² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 799.

³ SUNDFELD, Carlos Ari. *A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações*. Revista Zênite de Licitações e Contratos. 13.ed. Curitiba: Zênite, 1995. p.161.

Entretanto, releva salientar que, quanto à declaração de inidoneidade, poucas são as vozes que defendem a tese propalada por Carlos Ari Sundfeld, sendo a doutrina quase unânime no entendimento de que a abrangência da sanção teria caráter nacional.

Quanto à suspensão, a doutrina em sua maioria também segue o posicionamento defendido por Marçal Justen Filho, propugnando por sua abrangência nacional. Nessa linha esclarecem Renato Geraldo Mendes e Anadricea Vicente de Almeida⁴:

“Em relação à declaração de inidoneidade, o entendimento dominante, com o qual concordamos, é o de que os efeitos da aplicação dessa sanção é geral, ou seja, incide na Administração Pública em caráter nacional”.

É relevante mencionar, entretanto, que o entendimento do TCU, com relação à punição de suspensão, defende que a penalidade somente deve ser aplicada no âmbito do ente sancionador. Nesse sentido a Decisão Plenária nº 226/2000:

“Representação formulada por licitante. Possíveis irregularidades em concorrência internacional realizada pela Secretaria de Educação Superior do MEC. Subcontratação de empresas com restrições cadastrais. Inclusão, em edital de licitação, de cláusula impedindo a participação de empresas que tenham sofrido pena imposta pela administração pública. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. - **Licitação. Suspensão imposta pela administração pública para licitar e contratar temporariamente. Limitação ao órgão ou entidade que tenha aplicado a sanção.** Considerações. - Empresas subcontratadas. Comprovação de viabilidade. Critérios de avaliação de quesitos técnicos. Análise da matéria. (grifo nosso).

Sustenta o TCU que o artigo 87, III, da Lei nº 8666/93 c/c artigo 6º, XI e XII, da mesma lei, diferenciam os termos Administração e Administração Pública, sendo que a punição de suspensão somente abrangeria o ente ou órgão que aplicou a sanção.

O STJ, por sua vez, no Recurso Especial nº 151.567 - RJ (1997/0073248-7), refutou tais argumentos, esclarecendo que “a distinção entre os termos Administração Pública e Administração “é irrelevante e juridicamente risível”, como leciona Marçal Justen Filho in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos” (8ª edição, fls. 106 e 107), entendendo que essa interpretação não apresenta maior consistência enquanto não houver regramento mais detalhado acerca do tema.

Ademais, teve oportunidade de decidir que as penalidades de suspensão e declaração de inidoneidade devem abranger todas as entidades da federação, assim demonstrado:

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

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

2. Recurso especial provido. (RESP 174274/SP, Recurso Especial 1998/0034745-3, Relator Ministro Castro Meira, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 19.10.2004, DJ de 22.11.2004, p. 294)”.

Parece-nos correta a interpretação dada pelo STJ, posto não nos parecer coerente que uma empresa possa ser tida como suspeita ou inidônea para contratar com um ente ou órgão público e não o seja para com os demais. Em consonância com esse entendimento a Consultoria Zênite já se manifestou argumentando que a declaração de inidoneidade, por sua própria natureza, produz efeitos para todas as esferas da Administração Pública, mesmo além dos limites de quem a impôs. Se um particular é inidôneo para contratar com uma entidade administrativa, sê-lo-á também para

⁴ MENDES, Renato Geraldo; ALMEIDA, Anadricea Vicente de. *Revista Zênite*, COMENTÁRIOS, 788/68/OUT/1999.

contratar com qualquer outra. A inidoneidade consiste na ausência dos requisitos de confiabilidade e capacitação (em sentido amplo) para executar contrato administrativo. Não se pode supor que um sujeito seja inidôneo apenas para contratar com uma determinada entidade administrativa⁵.

Buscando dar maior efetividade e transparência ao dispositivo legal, foi instituído pela Controladoria-Geral da União, através da Portaria CGU nº 516/2010, o cadastro nacional de empresas inidôneas e suspensas, o CEIS.

Nos termos da referida Portaria, o CEIS é um banco de dados que tem por finalidade consolidar e divulgar a relação de empresas ou profissionais que sofreram sanções que tenham como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública.

Nesse ponto, cumpre-nos indagar: como deve agir a Administração Pública quando a empresa vencedora do certame licitatório for inscrita neste ou em outros cadastros destinados a divulgar a relação das empresas suspensas ou declaradas inidôneas para contratar com a Administração Pública?

No tocante à empresa que se encontrar nessas situações ANTES da assinatura do contrato, não há dúvidas de que resta a mesma inviabilizada.

Esse o posicionamento do Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 67/2010, em que o Min. Aroldo Cedraz esclareceu que “os contratos fiscalizados nos presentes autos não contemplam a principal irregularidade invocada pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados como justificativa para a solicitação de auditoria que ensejou a autuação deste processo. **Refiro-me à celebração de contratos com empresas declaradas inidôneas pela Administração Pública**”. (grifos nossos)

Ademais, o art. 97 da Lei nº 8666/93 considera crime admitir à licitação ou **celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo**, aplicando a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Quanto ao impedimento de participação de empresas suspensas na licitação, ou mesmo de assinatura do contrato com tais empresas, seguimos a linha de raciocínio do Superior Tribunal de Justiça, como mencionado anteriormente, entendendo pela impossibilidade da Administração Pública contratar com essas empresas.

Interessante salientar que, embora o TCU defenda que o impedimento das empresas suspensas perante outros órgãos não deva refletir em toda a Administração Pública, devido à divergência doutrinária e ao entendimento do STJ não vem aplicando penalidades aos administradores que assim agem, limitando-se a proferir determinações futuras.

Esse posicionamento pode ser visto no Acórdão nº 2617/2010, em que o Min. Aroldo Cedraz esclareceu que:

“Embora, como mencionado na instrução anterior, a jurisprudência majoritária do Tribunal de Contas da União considere que a suspensão temporária de participação em licitação prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 deve ser entendida como uma penalidade a ser cumprida apenas perante o órgão que a impôs, somos de opinião que as razões de justificativa do responsável para este item devem ser aceitas em face da existência da jurisprudência por ele mencionada bem como de posicionamentos doutrinários divergentes acerca do assunto, como é caso de Marçal Justen Filho e Jessé Torres Pereira Junior (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição. São Paulo: Dialética, 2001, p.626; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitação e Contratação da Administração Pública, 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 565). Não obstante, somos de opinião que deva ser determinado ao HGB que, doravante, abstenha-se de restringir a participação em licitações de empresas às quais tenha sido aplicada, por outros órgãos, a pena de suspensão temporária prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93”.

⁵ Revista Zênite, PERGUNTAS E RESPOSTAS - 390/39/MAI/1997.

E no tocante às empresas que forem suspensas ou declaradas inidôneas NO DECORRER de um contrato em andamento? Perguntamos:

- a) Os contratos em vigência devem ser rescindidos?
- b) O cadastro deve ser verificado como condição de habilitação para a participação no certame?
- c) Pode haver a prorrogação desses contratos?
- d) Qual data seria utilizada como marco para a não contratação ou não prorrogação? A da inserção no cadastro ou a da publicação da decisão?

Passemos aos questionamentos.

a) Os contratos em vigência devem ser rescindidos?

No tocante ao primeiro questionamento, a jurisprudência pátria tem se posicionado claramente no sentido de que os contratos existentes devem ser respeitados, mesmo que a empresa contratada seja declarada inidônea no decorrer de sua execução.

O STJ, no mandado de segurança nº 13101-DF, relatora Ministra Eliana Calmon, assim decidiu a matéria:

“ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO – INIDONEIDADE DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO – ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA.

- 1. Empresa que, em processo administrativo regular, teve decretada a sua inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, com base em fatos concretos.
- 2. Constitucionalidade da sanção aplicada com respaldo na Lei de Licitações, Lei 8.666/93 (arts. 87 e 88).
- 3. Legalidade do ato administrativo sancionador que observou o devido processo legal, o contraditório e o princípio da proporcionalidade.
- 4. **Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.**
- 5. Segurança denegada”.(grifo nosso).

Nessa mesma linha, o TJMG, no processo nº 1.0024.06.098916-7/001(1), defendeu a continuidade do contrato em vigência, desde que a empresa não houvesse sido declarada inidônea antes da celebração do contrato, esclarecendo que “*quando da realização dos Leilões Presenciais 03/2006 e 06/2006, a empresa litisconsorte não cumpria qualquer penalidade, nem mesmo na data da assinatura dos contratos de prestação de serviços (...) havia qualquer mácula a contestar a sua idoneidade, ainda que em outro Estado da Federação*”. Da mesma forma decidiu o TRF da 1ª região:

“ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE - EFEITO SOBRE CONTRATO DECORRENTE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO ANTERIOR - IMPOSSIBILIDADE - APELAÇÃO DENEGADA.

- 1 - Inexistindo nas normas peculiares às licitações a penalidade de sustação e rescisão de contrato por declaração de inidoneidade em licitação posterior a sua celebração, ilegítimo o ato da Administração que rescinde avença decorrente de procedimento licitatório anterior e em regular execução. (Lei nº 8.666/93, art. 78, I a XVII, e 79, I.).
- 2 - Apelação e Remessa Oficial denegadas.
- 3 - Sentença confirmada.
- 4 - Segurança denegada em parte”. (TRF 1ª Região. MAS 01322384).

No âmbito dos tribunais de contas, o TCU, no Acórdão nº 1262/2009 do Plenário, estabeleceu que:

“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’*.

b) O cadastro deve ser verificado como condição de habilitação para a participação no certame?

Entendemos que a análise do cadastro de empresas inidôneas ou suspensas de contratar com a Administração deve ser analisado previamente à participação da empresa no certame, como requisito indispensável e necessário.

Não estamos a defender que essa exigência deva constar do rol de documentos necessários a serem apresentados pelos licitantes, até mesmo por ausência de amparo legal a sustentar essa exigência, o que feriria o princípio constitucional da legalidade. Defendemos, lado outro, que os administradores, no papel que lhes foi reservado de guardiões do patrimônio e interesse públicos, seja o mais precavido possível quando das contratações.

Nesse sentido, a Consultoria Zênite argumentou que “a inexistência de aplicação das sanções de suspensão do direito de licitar e contratar e declaração de inidoneidade **é condição para a participação nos certames**”.

E mais, afirmou que, “desse modo, antes de proceder à análise das condições habilitatórias propriamente ditas (arts. 27 a 31), a Administração deverá verificar se contra o licitante não há aplicação das aludidas sanções, que ensejariam, irrefutavelmente, sua exclusão do certame”⁶.

Assim, mostra-se razoável que os órgãos licitantes estabeleçam cláusula expressa em seus editais de licitação, impedindo a participação de empresas declaradas inidôneas ou suspensas de contratar com qualquer órgão da Administração Pública Direta ou Indireta, Federal, Estadual ou Municipal.

c) Pode haver a prorrogação desses contratos?

De Plácido e Silva, citado por Jessé Torres Pereira Júnior, explica que “a prorrogação pressupõe prazo ou espaço de tempo, que não se extinguiu nem se finou, e que é ampliado e dilatado, aumentado, antes que se acabe”⁷.

A princípio, todos os contratos administrativos têm um prazo determinado e se extinguem ao final desse prazo. Entretanto, permite-se a prorrogação dos contratos administrativos em situações excepcionais, tais como as previstas no art. 57 da Lei nº 8666/93.

Dispõe referido artigo que podem ser prorrogados os contratos que estiverem contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; os serviços contínuos, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; e o aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

Ademais, o inciso XIII do art. 55 da Lei nº 8666/93 estabelece ser cláusula necessária em todo contrato administrativo a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, as mesmas condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

⁶ PERGUNTAS E RESPOSTAS - 799/115/SET/2003.

⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 653.

Assim, entendendo que a ausência de punição de suspensão ou declaração de inidoneidade deve ser tratada como requisito prévio à assinatura do contrato, somada à redação do art. 55, XIII da Lei nº 8666/93, parece-nos evidente a conclusão pela impossibilidade de prorrogação dos contratos em que a empresa vier a ser punida com suspensão ou declaração de inidoneidade, por inobservância do artigo citado.

À toda evidência, não nos afigura razoável que a empresa possa ser impedida de contratar com a Administração, mas possa prorrogar um contrato vigente.

d) Qual a data seria utilizada como marco para a não contratação ou não prorrogação? A da inserção no cadastro ou a da publicação da decisão?

O questionamento apresenta-se relevante, haja vista que a punição da empresa e a sua inserção no cadastro de empresas suspensas ou inidôneas para contratar com a Administração Pública ocorrem em momentos diversos. Primeiro a empresa é condenada administrativamente, para em seqüência ter seu nome inscrito no cadastro.

Portanto, qual seria a data utilizada como marco para o impedimento?

No tocante ao tema, há posicionamento da consultoria Zênite em que a mesma entende “pela impossibilidade de obstar a participação em licitações **enquanto não houver decisão administrativa definitiva sancionando o particular com suspensão ou declaração de inidoneidade**”⁸.

No Estado de Minas Gerais, existe previsão expressa nesse sentido, como se percebe no Decreto Estadual nº 44.431/2006, que, no artigo 2º, IV, conceitua como inidoneidade do fornecedor aquela resultante da prática de ato ilícito pelo fornecedor, que envolva ação ou omissão referentes a obrigações contratuais ou legais, **com condenação definitiva pela Administração Pública Estadual**.

Assim, o marco inicial para a não contratação com empresas consideradas inidôneas ou suspensas para contratar, assim como a proibição de prorrogação do contrato, seria a condenação administrativa definitiva, servindo a inserção no cadastro apenas para dar ampla publicidade à sanção aplicada. Teria, assim, natureza declaratória e não condenatória.

Portanto, parece-nos que tanto a penalidade de suspensão do direito de licitar, quanto a penalidade de declaração de inidoneidade para contratar com a Administração devem se estender a todos os órgãos e entes da federação, respeitados os contratos em andamento quando da aplicação da sanção.

Ademais, a sanção deve ser contada a partir da decisão administrativa definitiva, sendo a análise do cadastro considerada condição para a participação na licitação.

⁸ Revista Zênite. Perguntas e Respostas - 799/115/SET/2003.