

O NOVO ENTENDIMENTO DO TCU ACERCA DA APLICAÇÃO DE SANÇÕES NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (QUANDO APLICÁ-LO)

THE NEW UNDERSTANDING OF TCU ABOUT SANCTIONS IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS (WHEN IT IS POSSIBLE TO USE IT)

Fábio Mauro de Medeiros

Mestre /Doutorando em Direito Administrativo

SUMÁRIO - Interpretações sobre o sistema sancionatório em contratos públicos – entendimento atualizado do TCU – equiparação de Administração à Administração Pública – consequências para os sócios das empresas em caso de suspensão temporária e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público – tendência a partir de 2011 de aplicação sistemática do art. 87 da Lei de Licitações (Lei 8.666/93) com os limites do art. 7º da Lei de Pregão – como aplicar o novo entendimento a casos de licitação em andamento.

RESUMO: A partir de 2011, verifica-se com maior clareza um contexto de abuso de direito de entidades privadas em desfavor da Administração, este fato levou a novo entendimento sobre leis que tratam de sanções ao particular em contratos públicos. O TCU aderiu ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça e igualou o significado dos termos Administração e Administração Pública na Lei 8.666/93. Além disso, admitiu a desconsideração da pessoa jurídica pela Administração para, eventualmente, as sanções atingirem sócios de empresas que fraudaram licitações e apontou uma tendência de entendimento sobre a existência de um único sistema sancionatório no âmbito da legislação nacional dos contratos público resultante da combinação do art. 87 da Lei 8.666/93 com os limites razoáveis criados no art. 7º da Lei de Pregão. Apesar das mudanças, a Administração deve atentar para as regras do edital original em que o particular foi punido para definir a extensão da sanção, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da vinculação ao instrumento convocatório e, assim, no caso concreto, definir a partir de quando aplicar as regras e a que sancionados aplicá-las.

PALAVRA-CHAVE: Art. 7º da Lei de pregão. Interpretação. Sanção. Contrato Administrativo. Desconsideração da Pessoa Jurídica.

ABSTRACT: Since 2011 there was an increase of abuse of rights of private organizations against the Public Administration. This changed the understanding about laws regarding sanctions to private parties in public agreements. The TCU agrees with the Superior Tribunal de Justiça and decided that the meaning of Administration and Public Administration should be the same in Law 8.666/93. In addition, admitted the disregard of legal entity by the Administration, so that, eventually, the sanctions reach shareholders of companies that have frauded public bids, and noted a trend of understanding about the existence of a single disciplinary system under the national law of public contracts resulting from the combination of art.87 of Law 8.666/93 with the reasonable limits created by art. 7 of the Law n. 10.520/02. Despite the changes, the Administration should comply with the rules of the original public bid in which a private party was punished to define the extent of the sanction, in accordance to the principles of legal certainty and the compliance with the calling instrument and thus, in this case, set the date from when to apply the rules and to which sanctioned party they should apply.

KEYWORDS: Art. 7º of Lei de Pregão. Interpretation. Sanction. Administrative contract. Disregard of Legal Entity.

Houve, nos últimos tempos, uma mudança substancial na forma como o Tribunal de Contas da União tem entendido o dever-poder de sancionar aqueles que contratam com o Poder Público atribuído pela Lei à Administração Pública.

Alguns fatores determinam a mudança: o abuso das empresas particulares fornecedoras de serviços e produtos em relação ao Poder Público, a assimilação do art. 7º da Lei de Pregão à interpretação regular e a adesão ao entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Vamos aos dispositivos legais a serem interpretados:

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

I - advertência;

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

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

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.¹

[...]

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

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

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

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

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

Segue o dispositivo da Lei do Pregão (10.520/02):

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será

¹ Diante da ausência de prazo expresso, alguns autores sustentam que a penalidade declaração de inidoneidade tem prazo indeterminado ao menos até cessarem os motivos da punição ou promovida a reabilitação. Ex: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 605.

descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Estes dispositivos estão num contexto em que a União Federal impõe a seus agentes, como regra (art. 4º, §1º do Dec. 5.450/2005), o uso da modalidade pregão, na forma eletrônica, nas compras de produtos e serviços sempre que for tecnicamente possível. Ou seja, quase todas as licitações no âmbito federal, excluídas as vendas de objetos e as obras de alguma complexidade, operam-se na modalidade pregão na sua forma eletrônica. Regras similares têm sido adotadas pelos Estados, a exemplo de São Paulo, que por meio do art. 1º, II do Decreto 51.469/2007 adotou formulação semelhante à da União Federal.

Os dispositivos estão inseridos em leis diferentes e tratam do mesmo assunto dando tratamento um pouco diferenciado em cada situação.

Duas discussões prévias se impõem de modo mais crítico: a da extensão dos termos "administração" e "administração pública" e da interpretação do art. 7º da Lei de Pregão (aplicação isolada ou sistemática em conjunto com as regras da Lei 8.666/93).

Abrangência das sanções: Administração x Administração Pública

A diferença entre as sanções declaração de inidoneidade e suspensão temporária, ou simplesmente suspensão, não são de conteúdo, mas de extensão, prazo e competência². Como visto acima, no §3º do art. 87 da Lei de Licitações, a competência para aplicar a declaração de inidoneidade são das autoridades máximas de cada Ministério ou Secretaria de Estado, ao passo que não há especificação para as demais sanções. Sendo assim, exceto a declaração de inidoneidade, todas as sanções podem ser aplicadas pela autoridade mais baixa para decidir (ordenador de despesa que abre o processo licitatório) até por força da Lei de Processo Administrativo Federal (Art. 17 da Lei 9.784/1999). Não há tantas dúvidas acerca do assunto, posicionamento diverso dependerá de regras específicas contidas nos regimentos internos de cada instituição.

Quanto ao prazo, a suspensão temporária é aplicada até 2 anos (prazo máximo), enquanto o prazo mínimo da declaração de inidoneidade é de 2 anos, não havendo prazo máximo discriminado na Lei de Licitações. Os efeitos de ambos são os mesmos, não poder participar de licitação e nem manter contrato com o Poder Público.

Por fim, a redação da Lei de Licitação usa a expressão "Administração" ao se referir à suspensão temporária e "Administração Pública" para se referir à declaração de inidoneidade. O art. 3º da mesma Lei faz definições em seu corpo: referindo-se à "Administração", no seu inciso II, como órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente. Já no inciso XI, "Administração Pública" significa a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas. Desta forma, a abrangência da declaração de inidoneidade alcança toda a Administração Direta e Indireta da Federação, enquanto a suspensão fica em aberto dentro dos limites da definição. Há quem entenda que seja sempre órgão, há quem discorde e, conforme a lei, aplique entidade (ambos os conceitos tem previsão legal no art. 2º da Lei de Processo Administrativo), há quem admita a discricionariedade da autoridade na escolha no momento da aprovação do edital, este é o posicionamento que seria o

² MEDEIROS, Fábio Mauro de. Os efeitos das sanções da Lei de Pregão em Face dos que Contratam com o Poder Público sobre as Sanções Previamente Existentes na Lei 8.666/93. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 56, São Paulo: Malheiros, p. 212-229, setembro de 2011.

mais recomendável. Neste último caso, o elemento limitador seria o momento do exercício da discricionariedade – momento da publicação do edital³.

Interpretação Isolada X Interpretação Integrada do Art. 7º da Lei de Pregão.

Já a segunda discussão, diante do contexto, admite três possíveis interpretações, a se explorar abaixo:

A primeira tese identifica a formulação diferente entre ambas as leis como uma antinomia, sendo assim, na interpretação, só uma lei pode prevalecer em cada caso, sendo cada uma delas aplicada isolada e exclusivamente para seus campos de vigência. Tal escola sugere um raciocínio excludente em que a Lei 8.666/93 seria lei geral e a Lei 10.520/2002 seria lei especial. O raciocínio estruturado a partir desta escola seria aplicar as regras da Lei de Pregão aos procedimentos licitatórios⁴ e aos contratos resultantes da modalidade pregão, pois se aplicaria o critério de solução de antinomias em que norma especial prevalece sobre norma geral⁵. Já, para os contratos resultantes de outras modalidades, aplicar-se-iam as sanções da Lei 8.666/93. A doutrina, em comentários à Lei de Pregão, explora diretamente a análise das condutas da Lei 10.520/2002, não deixa claro o posicionamento quanto à possibilidade e grau de integração do dispositivo mais recente com os arts. 87 e 88 da Lei de Licitações. Variação da mesma tese, também por raciocínio de exclusão de uma das leis em detrimento da outra, identifica antinomia e afirma ser possível a aplicação da norma mais recente (Lei de Pregão)⁶ em detrimento da mais antiga (critério cronológico)⁷. Por esta interpretação, só se aplicaria o art. 7º da Lei de Pregão à licitação nesta modalidade e contratos dela resultante.

As críticas que podem ser feitas à tese exclusivista de uma norma ou outra regular inteiramente a relação sancionatória particular-Administração seriam: falta de racionalidade de ter um sistema sancionatório para cada modalidade licitatória, faltaria umnexo lógico e moral para fundamentar a diferenciação entre um e outro sancionado, ferindo o princípio da igualdade; a aplicação literal e isolada do artigo 7º da Lei 10.520/2002 iguala situações de gravidade muito diferentes como retardar ou falhar na execução do contrato com cometer fraude fiscal. Iguala, portanto, mero atraso contratual com crime. Neste último aspecto, tal interpretação pode levar a desconsiderar princípios importantes para o Direito como o da proporcionalidade e da razoabilidade e aplicar sanção draconiana a qualquer caso, o que poderia levar a uma interpretação inconstitucional da lei.

Outra forma de raciocinar seria a de que a Lei 10.520/2002 teria criado mais uma sanção que pode integrar-se às demais. Se pode haver integração, não há antinomia. Neste ponto, tal teoria seria de fácil sustentação, pois o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove a licitação ou fiscaliza o contrato seria mais rígido que a mera suspensão temporária do art. 87, III da Lei

³ Ibid.

⁴ TIOSSI JUNIOR, José Roberto. *Sanções no pregão durante o certame*. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 109, jan. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=71350>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

⁵ "O terceiro critério, dito justamente de *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*." BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, São Paulo: Polis, Brasília: UNB, 1989, p. 95 e 96.

⁶ O critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*." BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1989, pp. 92 e 93

⁷ REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. *O Artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 e as Normas Gerais de Licitações*. Zênite Pregão em Destaque 233/133/mar/2005. Disponível em: <<http://www.institutozenite.com.br/jsp/site/item/Text1Text2AutorDet.jsp?PagAtual=1&Modo=2&IntPrcId=1&IntScId=106&IntItemId=44&IntDocId=24574>>. Acesso em: 16 novembro 2011.

8.666/93, pois permite um prazo de duração da sanção superior àquele e, nitidamente, seria sanção mais branda que a declaração de inidoneidade prevista no art. 87, IV da Lei 8.666/93. Tal concepção é adotada em diversos editais. Sendo assim, uma mesma cláusula contratual contemplaria de maneira paulatinamente mais gravosa 5 sanções e não só as 4 previstas no art. 87 da Lei de Licitações: a advertência; a multa; a suspensão temporária de contratar com o órgão; o impedimento de licitar e contratar com a União, Estado ou Município (art. 7º da Lei de Pregão) e a declaração de inidoneidade. Tal concepção parte da premissa de que ambas as normas são normas gerais, pois tratam de sanções no âmbito das modalidades licitatórias, matérias que são reservadas às normas federais sobre licitações e contratos por determinação constitucional (art. 22, XXVII da Constituição Federal) e, portanto, são passíveis de interpretação sistemática e conjunta.

Uma única crítica é aplicável ao caso. É máxima do direito que diante da dúvida de qual dispositivo aplicar a um sancionado, aplica-se a de pena mais branda⁸. Tomada esta premissa, observa-se que o art. 7º da Lei 10.520/2002 impõe o impedimento de licitar e contratar a quem se comportar de modo inidôneo ou a quem comete fraude. Tal fórmula, na verdade, seria o mesmo que dizer cometer inidoneidade, nos termos do art. 87, IV combinado com o art. 88 da Lei de Licitações e Contratos. Ao aplicar a máxima de Direito, havendo os termos "inidoneidade" e "fraude" ou suas variações em ambas as leis, prevaleceria a penalidade mais branda. Em termos práticos, o art. 7º aboliria a pena de declaração de inidoneidade, pois a coincidência de previsões e a dúvida quanto a qual dispositivo aplicar levaria todos os casos ao impedimento de contratar e não à redação da declaração de inidoneidade, mais grave. O mesmo raciocínio aplicar-se-ia ao se comparar a redação do art. 7º da Lei de Pregão com o art. 46 da Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992), pois o diploma licitatório qualifica a fraude como hipótese de impedimento de contratar e licitar e a norma estruturadora do TCU qualifica o mesmo comportamento como passível de declaração de inidoneidade.

Outra forma de pensar também discorda da existência de antinomia. Se um defeito pode ser atribuído ao disposto no art. 87 da Lei 8.666/93 é a ausência de uma tipificação mínima, ainda que meramente exemplificativa, deixando ao administrador toda a interpretação e fixação da medida adequada. Ao contrário, o art. 7º da Lei de Pregão, na técnica de redação usada, descreve verdadeiros tipos administrativos, condutas nas quais incidirão punições. A redação deste último dispositivo começa com faltas leves e, no final da leitura do artigo, vê-se os tipos mais graves. Portanto, há paulatino agravamento de condutas na própria leitura do artigo, embora, aparentemente, imponha uma só sanção pela interpretação literal. Mas se o art. 7º tem justamente o que falta na Lei de Licitações, um esboço de tipologia de sancionamento contratual público, não há de se falar em contradição ou antinomia. Os dispositivos se complementam. A resolução da existência de duas redações para um só fim não se dá pela técnica de retirada de antinomias do ordenamento, mesmo porque, diante da Constituição, as normas que definem modalidades licitatórias são sempre normas gerais. Se isto é certo, tanto a Lei 8.666/93 como a Lei 10.520/02 são normas gerais, não se aplicando o critério da especialidade. Como não há contradição, mas possibilidade de integração, indevido o uso do critério cronológico em que a norma mais recente prevalece sobre a

⁸ Fazem as vezes de norma geral de direito administrativo alguns dos dispositivos do CTN: Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I - à capitulação legal do fato; II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação. Para os que não são adeptos desta tese, regras de hermenêutica: "Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana, ou afetam a propriedade; consequentemente, com igual reserva se aplica os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade." MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed., 9ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 263.

anterior. O que se desenha no sistema jurídico é a integração plena entre os dispositivos. Aplicam-se os dispositivos conforme o método interpretativo sistemático e teleológico. No método sistemático, verifica-se que os conceitos adotados no art. 7º da Lei de Pregão estão previstos implicitamente já no art. 87 da Lei de Licitações (fraude, inidoneidade, etc.). O que a nova lei traz são ajustes quanto à gravidade do comportamento do particular⁹. Já na interpretação teleológica, percebe-se o propósito da lei em ambos os dispositivos de punir o particular inadimplente, no entanto, o princípio da igualdade impõe punição igual para situações iguais, pois, independentemente da modalidade, será igualmente punido o fornecedor em qualquer modalidade licitatória que cause igual dano pela inadimplência. A razão de discriminação entre os sancionados na aplicação de penalidades não pode ser a modalidade licitatória, pois não haveria correlação lógica entre a aplicação de pena mais severa ou amena entre empresas exclusivamente em razão da modalidade licitatória. O critério de *discrímen* na punição seria o dano causado ao Poder Público, indiretamente ofendendo toda a coletividade¹⁰. Nesta linha interpretativa, os comportamentos ou tipos administrativos descritos no art. 7º da Lei de Pregão podem ser redistribuídos entre as sanções previamente existentes na Lei 8.666/93. Alguns comportamentos do particular igualam o "impedimento de contratar e licitar" (art. 7º da Lei de Pregão) com a "suspensão temporária do direito de licitar e contratar" (art. 87, III da Lei 8.666/93), quando o comportamento do particular for grave nos resultados, mas mera inadimplência em termos contratuais. Nas descrições de comportamentos mais graves, o "impedimento de contratar e licitar" se identifica parcialmente com a "declaração de inidoneidade"¹¹ em comportamentos com conteúdo doloso, que seja crime ou atente contra a competitividade e razão de ser do Estado, que é servir ao público.

Exemplo de cláusula padrão que adote o último entendimento, redistribuindo os comportamentos tipificados do art. 7º e os limites de prazo para as 4 sanções previstas na Lei de Licitações:

Cláusula - A licitante total ou parcialmente inadimplente estará sujeita à aplicação das sanções previstas nos arts. 86, 87 e 88 da Lei Federal nº 8.666/93 combinada com o art. 7º da Lei 10.520/2002, a saber:

- a) advertência, nas hipóteses de execução irregular de que não resulte prejuízo para o fornecimento;**

⁹ Também se retira a possibilidade da interpretação sistemática da própria letra da lei ao se referir abstratamente no final do art. 7º da Lei 10.520/02 a atuação da Administração "sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais". Admite, portanto, o uso, em especial, da multa como outra sanção possível e as demais cominações legais seriam as disposições do art. 87 da Lei 8.666/93 integradas.

¹⁰ "Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: guarda ou não harmonia com eles. [...] Só a conjunção dos três aspectos é que permite análise correta do problema. Isto é: a hostilidade ao preceito isonômico pode residir em quaisquer deles. [...] Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduo se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada." BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio, Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3. ed. atualizada, 3ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 1995. p. 39

¹¹ Interessante o posicionamento que destaco: "Mas a sanção própria prevista no art. 7º consiste numa inidoneidade específica..." JUSTEN FILHO, Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 2. ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei Federal 10.520/2002, São Paulo: Dialética, 2003. p.188.

- b) multa moratória de 0,5% (cinco décimos por cento) do valor do contrato por dia de atraso injustificado na providência necessária e 1% por dia após o 30º dia de atraso acumulada com as multas cominatórias abaixo:
 - b1) multa de 5% (cinco por cento) do valor do total do contrato por faltas médias, assim entendidas aquelas que acarretam transtornos significativos e, na sua reincidência, esse percentual será de 10% (dez por cento);
 - b2) multa de 10% (dez por cento) do valor total do contrato, nas hipóteses de inexecução total, com ou sem prejuízo para o ente público contratante;
- c) suspensão temporária do direito de participar em licitação ou impedimento de contratar com a entidade licitante e descredenciamento no SICAF, por prazo não superior a 2 (dois) anos, entre outras, nas hipóteses:
 - c.1 Convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato;
 - c.2 Ensejar injustificado retardamento da execução de seu objeto,
 - c.3 Não manter a proposta,
 - c.4 Falhar gravemente na execução do contrato,
 - c.5 Na reiteração excessiva de mesmo comportamento já punido ou omissão de providências para reparação de erros.
- d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, por no mínimo 2 anos e, no máximo, pelo prazo de até 5 anos, entre outros comportamentos e em especial quando:
 - d.1 Apresentar documentação falsa exigida para o certame,
 - d.2 Comportar-se de modo inidôneo,
 - d.3 Cometer fraude fiscal,
 - d.4 Fraudar na execução do contrato.

Assim como as primeiras teses, esta também seria passível de críticas, pois, lidos os dispositivos separadamente, afrontaria a letra expressa da lei, sendo viável esta interpretação apenas pela aplicação dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da interpretação sistemática e teleológica e, ainda, diante de uma interpretação da lei conforme a Constituição.

Vistas as duas questões que afligem a interpretação geral das leis e as 3 potenciais teses acerca do último assunto, passa-se à concepção aplicada pelo Tribunal de Contas da União.

Evolução do Posicionamento do TCU:

Inicialmente, talvez para evitar possíveis abusos de poder por parte de algum Administrador, o TCU vinha mantendo entendimento restritivo quanto ao âmbito de abrangência da suspensão temporária do direito de licitar e contratar. Dentre as figuras admitidas no art. 6º, XII da Lei de Licitações¹², o TCU só admitia o uso da expressão "órgão", o que muitas vezes significava que o suspenso temporariamente poderia contratar com qualquer órgão, exceto com o que aplicou a lei. O entendimento então vigente para a Administração Federal é que o órgão coincidia com o âmbito de atuação do ordenador de despesa responsável pela abertura da licitação. Exemplificativamente segue excerto de decisão neste sentido:

¹² Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente; [...]

A questão referente à inidoneidade para licitar com ente público federal, em razão de a Caixa Econômica Federal ter aplicado à empresa [...] punição de suspensão para licitar por um ano, foi considerada improcedente, pois a jurisprudência desta Corte de Contas tem se firmado no sentido de que a suspensão temporária, com fundamento no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93, só tem validade no âmbito do órgão que a aplicou. (Grifo Nosso)

Acórdão nº 3858/2009 - 2ª Câmara - Relator: Ministro Aroldo Cedraz.

Provavelmente, em razão de caso gritante de imoralidade, em decisão no STJ, sob a alegação de que a Administração é una, sendo o exercício do Poder descentralizado, como argumento principal, da qual se extrai implicitamente que o particular inadimplente que causa sérios prejuízos a um ente da Federação ou sua Administração Indireta, potencialmente, poderia causar o mesmo dano a todos os entes públicos, decidiu que as expressões Administração, usada no art. 87, III da Lei 8.666/93, e Administração Pública, usada no art. 87, IV do mesmo diploma, se equivalem e abrangem todos os entes federativos¹³. Muitos autores mantêm o mesmo entendimento¹⁴.

Ainda, o que está em jogo nas situações em questão seria o âmbito de aplicação da norma. A suspensão temporária, segundo o antigo entendimento do TCU, aplicar-se-ia apenas ao órgão que aplicou a sanção, já o impedimento de contratar aplicar-se-ia a toda a entidade ou a toda a esfera federativa em que esteja o órgão e a inidoneidade aplicar-se-ia a toda a Administração Pública, administração direta e indireta de todos os entes federativos.

No entanto, ao analisar representação contra cláusula do edital de pregão promovido pela INFRAERO, o TCU admitiu várias inovações interpretativas: admitiu a extensão dos efeitos da suspensão a todas as Administrações, a possibilidade de ampliação da sanção a sócios da empresa sancionada que tentem burlar a proibição por meio de participação em outra pessoa jurídica (fraude) e, a despeito de se tratar de pregão, admite apenas as sanções do art. 87 da Lei 8.666/93.

Confirmam-se os excertos do histórico acórdão abaixo:

A proibição de contratação de particular que já revelou ser indigno de ser contratado pela Administração, descumprindo obrigações anteriormente pactuadas, como é o caso do particular punido com a sanção prevista no inciso III do art. 87, tem o nítido propósito de evitar fraudes e prejuízos ao erário.

Não procede a ideia de que o legislador tenha deliberadamente impedido o administrador de evitar tais prejuízos e fraudes. A Administração tem a obrigação de evitar a produção de evento que supõe danoso, ante a presença de elementos que permitam formar fundada convicção quanto ao resultado.

[...]

O procedimento licitatório tem como finalidade primordial selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, assim considerada aquela que melhor abrigar o interesse público, cujas principais diretrizes se consubstanciam na eficiência, na economicidade e na moralidade.

¹³ Resp n. 151.567/RJ STJ. 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. Relator MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

¹⁴ Interpretação extensiva a toda a Administração Pública tanto da Federal como da Estadual e Municipal: JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 2009, p. 856; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed., revista, ampliada e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 213.

Com base nesse entendimento, depreende-se que as sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666 buscam impelir o particular a executar o contrato administrativo em observância princípio da moralidade pública e ao interesse público, assim como proibir acesso ao certame licitatório de particulares cujas condutas tenham se revelado atentatórias a esses preceitos, como é o caso do particular punido com uma das sanções previstas nos incisos III e IV do artigo.

[...]

Por força dos princípios da moralidade pública, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público, o administrador público está obrigado a impedir a contratação dessas entidades, sob pena de se tornarem inócuas as sanções aplicadas pela Administração.

[...]

Em consonância com o art. 87 da Lei nº 8.666/1993, no caso de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar ao contratado sanções, que vão desde advertência (inciso I), multa (inciso II), suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (inciso III) até à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (inciso IV).

3. Nesta oportunidade, o Relator da deliberação contestada pela Infraero, eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, apresenta voto revisor, colacionando, inclusive, decisões do Superior Tribunal de Justiça, que amparam seu novo entendimento de que a vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se a toda a Administração direta e indireta.

4. Considerando que ainda não há jurisprudência consolidada sobre a matéria em discussão, e tendo em vista que a linha defendida pelo Revisor carrega o nobre propósito de dar proteção à Administração Pública e, enfim, ao interesse público, não vejo óbice a que esta Corte reveja seu posicionamento anterior, para considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista no inciso III da Lei 8.666/1993, na forma proposta pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, cujo voto passo a acompanhar.

ACÓRDÃO Nº 2218/2011 – TCU – 1ª Câmara

Interessante notar que o acórdão em que o Tribunal de Contas da União registrou posicionamento favorável à ampliação do entendimento se deu em análise de edital de pregão (Pregão Eletrônico nº 107/GLAD-3/SBGL/2009, realizado pela Infraero) e, a despeito do uso da modalidade pregão, o relator faz referência ao uso do art. 87 da Lei 8.666/93. Tal fato permite dizer que a tendência moderna seria a admissão da terceira tese sobre aplicação de sanções, ou seja, a interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos em que o art. 7º fixaria limites às sanções previamente existentes ou daria elementos para alguma tipificação das sanções do art. 87 e não se aplicaria isolada e exclusivamente ou como nova sanção independentemente aplicada.

Seria este acórdão isolado? Parece que não. Em caso de julgamento de pequena empresa que perde esta condição e continua a valer-se da prerrogativa do empate ficto em sucessivos pregões, já houve pronunciamento do TCU. Constatou-se com este comportamento que a declaração falsa, ou omissão dolosa, pode ser qualificada como fraude ou conduta inidônea, situações descritas no art. 7º da Lei de Pregão, e aquele elevado Tribunal aplicou a penalidade declaração de inidoneidade (art. 87 da Lei de Licitações):

Adotamos o posicionamento no sentido de que esta forma de comprovação da qualificação da licitante como ME ou EPP, instrumentalizada numa simples declaração, não a exime de responder por qualquer conduta que implique em falsidade da declaração (artigo 299, CP), conluio ou qualquer prática danosa à competitividade no certame (artigo 7º, Lei nº 10.520/02).

9.1 declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso IV do art. 87, c/c o inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa [...], para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de dois anos, por ter vencido licitações destinadas exclusivamente à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, não obstante ostentar faturamento bruto superior ao limite previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006;

Acórdão n.º 2578/2010- TCU - Plenário.

Outro fator importante, em razão de uma série de deveres do Administrador, mas, sobretudo na promoção do interesse público e no respeito ao princípio da moralidade administrativa, passa a ser o dever da Administração de evitar a fraude licitatória devendo verificar não só a condição da empresa licitante, mas da sua composição societária. Extrai-se do art. 88 da Lei de Licitações a autorização para permitir tal extensão de efeitos (pressupõe a notificação também do sócio como requisito para o exercício do direito de defesa). Note-se que tal aplicação de sanções a terceiros é fundamental, como ressaltado no acórdão, para tornar efetiva a sanção e evitar tentativas de fraude à sua execução. Este tipo de medida pela Administração já era defendida por Diógenes Gasparini em sucessivas obras coletivas¹⁵. Após a decisão, surgiram outras obras doutrinárias sustentando a aplicação de penalidades ao sócio da empresa para evitar fraudes.¹⁶

O posicionamento do TCU, portanto, evoluiu de aplicação da suspensão ao órgão a toda a Administração. Interessante notar que, apesar da existência de autonomia federativa e possibilidade de aplicação baseada em interpretação diversa, o TCU tem entendimento de que esta concepção deve atingir também as licitações promovidas por Estados, Distrito Federal e Municípios que venham a licitar valendo-se de recursos oriundos da União Federal. Se por um lado a concepção parece afrontar a autonomia federativa, tem-se que a Lei de Licitações é norma geral em competência concorrente, sendo editada pela União Federal. Segundo nossa Constituição, o qualificado Tribunal a interpretar a Lei Federal, advinda da União, é o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III da CF). Logo, a interpretação do Tribunal de Contas da União é absolutamente sustentável e sua concepção deve ser orientadora dos demais entes federativos.

Por fim, o Tribunal Administrativo adota a extensão da noção de que a suspensão temporária vai além dos limites do órgão que o aplica, alcançando todos os entes públicos na nova percepção.

A partir de quando se pode adotar tal entendimento?

Extrai-se da história das leis de licitação¹⁷, do ensinamento doutrinário¹⁸ e da expressa redação dos arts. 3º e 41 da Lei 8.666/93¹⁹, que é princípio das licitações

¹⁵ GASPARINI, Diógenes. *Disregard Administrativa pp.181- 210 in* WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (org.). *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. GASPARINI, Diógenes. *Desconsideração Administrativa da Pessoa Jurídica pp.191- 220 in* MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (orgs.). *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Advocacia Pública*, 2. ed., revista e atualizada, Salvador: Juspodivm, 2010.

¹⁶ DOTTI, Marinês Restallo; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres - A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Face de Impedimentos para Participar de Licitações e Contratar com a Administração Pública: Limites Jurisprudenciais. in *Revista da AGU*, Ano IX, n. 27, Brasília – DF, jan./mar. de 2012, p. 233-276.

¹⁷ Art 3º do Decreto-Lei 2.300/1986: A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para

o da vinculação ao instrumento convocatório, norma que orienta a solução dos casos em apreciação. Tradicionalmente se aponta que o edital é a lei da licitação, envolvendo a relação jurídica entre a Administração e o particular até o exaurimento de seus efeitos, ou seja, até que se encerre o contrato administrativo decorrente da licitação em que foi usado o edital.

Se esta premissa é correta, não só as vantagens e as prerrogativas do Poder Público são mantidas até o exaurimento da relação, como também as regras de eventual sancionamento. Não é por outra razão que o próprio Tribunal de Contas recomenda a definição clara das hipóteses e definição de sanções em edital e contrato a fim de evitar discussões sobre a possibilidade de sua aplicação após iniciado o conflito de interesses:

Preveja, tanto no edital quanto no respectivo contrato, situações claras para aplicação das penalidades, estabelecendo gradações entre as sanções de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada, em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 137/2010 Primeira Câmara

A ideia, portanto, é criar regras estáveis que deem previsibilidade às relações jurídicas, ressalvados os nítidos casos de abuso de direito ou de má-fé. A um só tempo, a vinculação ao instrumento convocatório estrutura as regras do certame

a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos. Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

¹⁸ Nem se compreenderia que a administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula a seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41). MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27. ed., atualizada, São Paulo: Malheiros, 2002, p.263. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei 8.666. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 28. ed., revista e atualizada até a EC67, de 22.12.2010, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 542. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório (edital, carta-convite), previsto no art. 3º do Estatuto Federal de Licitatório, submete tanto a Administração Pública licitante como os interessados na licitação, os proponentes, à rigorosa observância dos termos e condições do edital ou da carta-convite. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 14. ed., revista, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 488. G) *vinculação ao instrumento convocatório* – o edital e a carta-convite são os instrumentos convocatórios da licitação e contêm as regras a serem seguidas no processo licitatório e muitas que nortearão o futuro contrato. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 13ª edição revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 188. Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita a proposta ou celebrado o contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório (edital, carta-convite), previsto no art. 3º do Estatuto Federal de Licitatório, submete tanto a Administração Pública licitante como os interessados na licitação, os proponentes, à rigorosa observância dos termos e condições do edital ou da carta-convite. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 367. O instrumento convocatório – que será, conforme a modalidade de licitação, um edital ou um convite – serve não apenas de guia para o processamento da licitação, como também de parâmetro para o futuro contrato. Ele é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da Administração Pública quanto dos licitantes. FURTADO, Lucas Rocha, Curso de Direito Administrativo, Belo Horizonte, Fórum, 2007, p.416.

¹⁹ Art 3º da Lei 8.666/93: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

como define o regime jurídico de toda a relação contratual pública, propiciando condições para a segurança jurídica²⁰ na relação concreta. Há a manutenção de um equilíbrio entre as partes, mesmo sendo o Estado a parte prevalente, segundo a lei e cláusulas exorbitantes que lhe são inerentes.

Certo é que a sanção ao particular deve ser definida e aplicada não ao talante do Administrador, mas previamente definida nos termos do edital ou contrato em que se deu a punição, nos termos preconizados pelos princípios da segurança jurídica e da vinculação ao instrumento convocatório.

Nestes termos, recomendável a redação de cláusulas editalícias conforme o entendimento do TCU para novos editais e contratos públicos. Mas, o que fazer com os já sancionados, portanto, os já apenados e em situação pendente de habilitação ou desabilitação em licitações em andamento?

Vislumbram-se três situações segundo a disposição do edital original em que se deu a punição:

Na cláusula relativa a sanções, utiliza-se do termo "órgão" ou do nome do órgão licitante no que diz respeito à sanção suspensão temporária (art. 87, III combinado com o artigo 3º, VI da Lei 8.666/93);

Na cláusula relativa a sanções, utiliza-se do termo "entidade" ou do ministério (ou Secretaria de Estado) no que diz respeito à sanção suspensão temporária (art. 87, III combinado com o artigo 3º, VI da Lei 8.666/93);

Na cláusula relativa a sanções, faz referência abstrata à lei sem definir abrangência ou utiliza o termo "Administração" ao supostamente definir a abrangência.

Para cada situação, são previsíveis consequências diversas para a habilitação atual do licitante punido anteriormente.

Se utilizado no edital original a fórmula "órgão" ou o nome do órgão (Superintendência da Receita Federal, Delegacia do Trabalho da cidade tal, Departamento de Polícia de Ribeirão Preto), a sanção fica adstrita ao próprio órgão, não havendo qualquer restrição ao particular em licitações promovidas por terceiros.

²⁰ Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da "segurança jurídica", o qual, bem por isso, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos e surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas. Esta "segurança jurídica" coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente — e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso —, comportamentos cujos frutos são estáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas. [...] Por força mesmo deste princípio (conjugadamente com os da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé), firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria, não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. p. 124-125.

Se utilizado o termo "entidade" ou apontado um órgão maior no qual está contido o órgão punitivo, o sancionado fica proibido de participar das licitações de toda a entidade (União Federal, Município de Guarulhos, Caixa Econômica Federal, Petrobrás, etc.) ou ao órgão como um todo em que foi sancionado (aplicada a sanção pela delegacia da Receita abrange-se toda a Receita Federal; aplicada a sanção pela destacamento da Polícia Militar de Campos, a toda a Polícia Militar do Estado Rio de Janeiro, por exemplo), podendo contratar com outras pessoas jurídicas diversas da que aplicou a sanção. Note-se que tal formulação de aplicação da suspensão ao conjunto a que pertence o sancionador (Polícia Federal ao invés de Ministério da Justiça ou União), em aplicação da lei, nada mais é do que o uso do brocardo jurídico em que quem pode o mais, que seria definir a aplicação da penalidade a toda a Administração, pode o menos²¹, que seria a aplicação da suspensão a apenas um ministério, aos órgãos do poder executivo, a todos as agências do Banco do Brasil no Estado de São Paulo, etc. Portanto, se aplicada a sanção no contexto do termo "entidade" ou um órgão abrangente, seria possível ao particular participar de licitações promovidas por outras entidades ou outros órgãos.

Por fim, se a formulação original do edital em que se deu a punição fez referência genérica ao art. 87 da Lei 8.666/93 ou reproduziu seu texto com referência ao termo "Administração", poder-se-ia, salvo situação concreta que induza ao contrário (no texto do edital, do contrato ou do registro da punição), aplicar automaticamente o novo entendimento do TCU. Relembre-se que a nova concepção já existia na Administração (caso da Infraero e outros Brasil afora) e passou a ser reconhecido como não passível de punição administrativa pelo órgão máximo interpretativo da legitimidade da atuação administrativa da União - TCU. Em outras palavras, o entendimento já existia na doutrina; em editais; em órgãos jurídicos da Administração; no Superior Tribunal de Justiça, que tem como função precípua fixar o entendimento sobre leis federais; logo, o que ocorrera foi a sua expressa adoção pelo TCU que permitiu que a Administração como um todo venha a adotá-lo com vistas à prevenção a fraudes. O entendimento do Tribunal, portanto, tem caráter declaratório e não constitutivo, podendo este ser aplicado sempre que as redações das sanções nos editais originais a se aplicar sejam compatíveis com a concepção ora adotada.

Note-se que originalmente a mudança de concepção parecia ser categórica e impassível de considerações pela Administração. No entanto, deve-se observar como decorrência da justiça, da segurança jurídica (do ato jurídico perfeito - previsão só no edital - e do direito adquirido - previsão no contrato)²², da vinculação ao instrumento convocatório, portanto, na aplicação do chamado direito intertemporal, a consideração de qual era a penalidade originalmente prevista e não a aplicação mais grave e posterior que deve prevalecer. Embora não tenha identificado tratar-se de um problema de intertemporalidade, há acórdão do TCU que identifica o problema e pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, manda anular a aplicação da penalidade mais grave, conforme seu

²¹ Utilização dos brocardos jurídicos em hermenêutica: "*Non debet cui plus ciet, quod minus est non licere. In eod quod plus est semper inest et minus*": "Quem pode o mais, pode o menos", (Literalmente: Aquele a quem se permite o mais, não deve-se negar o menos. No âmbito do mais sempre se compreende também o menos.) MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 2005, p. 200.

²² Sobre o assunto consultar: PORCHAT, Reynaldo. *Da retroactividade das leis civis*. São Paulo: Duprat, 1909. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroactividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*. 2ª ed., riveduta e accresciuta dall'autore com riguardo alla più recente giurisprudenza. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1884. v. 1. FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroactividade das leis e o direito adquirido*. 6. ed., rev. e atual. do "Direito intertemporal brasileiro". São Paulo: Saraiva, 2000. RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. MEDEIROS, Fábio Mauro de. *Extinção do Ato Administrativo em Razão da Mudança de Lei -Decaimento*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

próprio entendimento, em caso de empresa punida em certos limites que não pode ser aplicado imediatamente a novas Licitações:

[...] a preservação do que foi inicialmente publicado me parece a melhor solução, ante o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993.

O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) julgar procedente a Representação;

[...]

b) determinar à UFAC que: "adote as medidas necessárias para anular a decisão que desclassificou a proposta de preços da empresa (XXXXXXXX) Ltda., no âmbito das Concorrências 13, 14 e 15/2011, aproveitando-se os atos até então praticados".

Acórdão n.º 902/2012-Plenário, 18.4.2012

Vê-se que a nova interpretação está se instalando, porém, enquanto houver contratos e punições decorrentes de editais baseados na concepção anterior, haverá a necessária consideração ou ponderação do que se deve aplicar ao caso concreto.

CONCLUSÃO

Diante do exposto acima, a partir de 2011, com o novo entendimento do TCU, verifica-se uma reação ao contexto de abuso de direito de entidades privadas em desfavor da Administração, logo, reação contrária também ao administrado afetado pela inadimplência. O TCU leva a uma evolução de entendimentos sobre leis em que, até então, não se havia firmado o entendimento preciso de seu significado.

A Côrte de Contas percebeu que muitas dificuldades administrativas decorrem da inadimplência de particulares e das dificuldades de executar as decisões da Administração. Logo, veio a aderir ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que uma vez que o particular contratado inadimplente quebra a boa-fé, abala a própria moralidade pública, ameaçando todo e qualquer órgão ou entidade pública, merecendo o autor do ilícito uma sanção proporcional ao risco que traz a todos os entes públicos da Federação. Assim, igualou o significado dos termos "Administração" e "Administração Pública".

Neste contexto, o TCU não se limitou ao primeiro tema, admitiu a extensão dos efeitos da sanção aos particulares que determinaram a inadimplência danosa contra o Poder Público, nos termos permitidos pelo art. 88 da Lei 8.666/93. Além disso, apontou a tendência de entendimento sobre a situação de sistema sancionatório no âmbito da legislação nacional dos contratos público, que é a existência de um único sistema resultante da combinação do art. 87 da Lei 8.666/93 com os limites razoáveis e esboço de tipificação criados no art. 7º da Lei de Pregão.

Embora o entendimento venha a modernizar o sistema de contratação pública, o regime nacional de aplicação de sanções administrativas, o regime de interpretação mais benéfica ao infrator de regras, as próprias regras sobre sancionamento nas leis, regulamentos e editais apontam para a aplicação paulatina da nova interpretação, recomendando a adoção do novo entendimento aos novos editais. Porém, no caso das licitações em andamento, deve-se atentar para as regras do edital original em que o particular foi punido para, a partir dele, em homenagem aos princípios da justiça, da segurança jurídica e da vinculação ao instrumento convocatório, definir-se a extensão da sanção para o caso concreto.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3.ed., atualizada, 3ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 1995.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. revista e atualizada até a EC 67, de 22.12.2010, São Paulo: Malheiros, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Polis, Brasília: UNB, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Revista, ampliada e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DOTTI, Marinês Restallo; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Face de Impedimentos para Participar de Licitações e Contratar com a Administração Pública: Limites Jurisprudenciais. In *Revista da AGU*, Ano IX, n. 27, Brasília – DF, jan./mar de 2012, p. 233-276.

FRANÇA, Rubens Limongi. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 6. ed., rev. e atual. *Do Direito intertemporal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FURTADO, Lucas Rocha, *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, Fórum, 2007.

GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*. 2. ed. riveduta e accresciuta dall'autore com riguardo alla più recente giurisprudenza. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1884. v. 1.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed., revista, São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 2. ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei Federal 10.520/2002, São Paulo: Dialética, 2003.

MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (orgs.). *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Advocacia Pública*. 2. ed. revista e atualizada, Salvador: Juspodivm, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroactividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

_____. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed., 9. tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 13. ed., revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDEIROS, Fábio Mauro de. Os efeitos das sanções da Lei de Pregão em Face dos que Contratam com o Poder Público sobre as Sanções Previamente Existentes na Lei 8.666/93, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 56, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 212-229.

_____. *Extinção do Ato Administrativo em Razão da Mudança de Lei –Decaimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. atualizada, São Paulo: Malheiros, 2002.

PORCHAT, Reynaldo. *Da retroactividade das leis civis*. São Paulo: Duprat, 1909.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO, Rita. *Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte, n. 16, ano 5 Janeiro 2007 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=39776>>. Acesso em: 21 set. 2010.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (org.). *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.