

GABINETE

Parecer nº 98/2018 – FAG – Flávio Amaral Garcia

Proc. nº E-14/001.101437/2018

Licitação. Alteração de diversas cláusulas das minutas-padrão dos editais. Atuação coordenada entre a Procuradoria Geral do Estado (PGE) e o Tribunal de Contas do Estado (TCE). Apontamentos para alinhar os entendimentos dos órgãos. Incremento da segurança jurídica. Artigo 30 da Lei nº 13.655/18.

Extensão dos efeitos das sanções administrativas de suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Art. 87, III e IV, da Lei nº 8.666/93. Efeitos restritos da sanção prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520/02.

Disciplina dos consórcios. Serviços contínuos e prazo decadencial para pleitos de reajuste. Registro das Penalidades no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas. Regras para aceitação e recebimento do objeto. Qualificação técnica e econômico-financeira na fase de habilitação. Exigências do licitante vencedor: *compliance* e pessoas com deficiência. Leis nº 7.753/17 e 7.258/16. Cooperativas e subordinação.

Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado,

- I -

Trata-se de ofício encaminhado pela Exma. Sra. Presidente Interina do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, **MARIANNA MONTEBELLO WILLEMANN**, que encaminha expediente elaborado pela Secretária-Geral de Controle Externo com sugestões de adequação das minutas-padrão da Procuradoria Geral do Estado.

Importante referir que se trata de iniciativa conjunta entre os dois órgãos (TCE e PGE), com vistas a aprimorar as minutas de editais e contratos padronizados pela Procuradoria Geral do Estado, com o propósito de alinhar convergências institucionais que aprimorem e maximizem a segurança jurídica no âmbito do Sistema Jurídico Estadual.

O documento ora encaminhado resulta de reuniões prévias que foram realizadas entre a Secretária-Geral do Controle Externo e a Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico, representada pela

Procuradora do Estado **DENISE AMIN MIGUEL FERES AUA**, também com a participação do subscritor deste opinamento.

Como dito, o objetivo central desta meritória articulação institucional que ora se materializa é aumentar a segurança jurídica na realização das licitações públicas estaduais, evitando, sempre que possível, a adoção de interpretações ou entendimentos divergentes.

A segurança jurídica, como se sabe, é um princípio radicado no próprio Estado Democrático de Direito, cabendo ao Estado, no exercício das suas múltiplas funções, eliminar inseguranças e potenciais incertezas.

Essa é, inclusive, a tônica da Lei na 13.655/18 – que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – cujo eixo central é o incremento da segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Confira-se o teor do seu artigo 30:

“Art. 30. *As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas*, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

Feitos esses esclarecimentos iniciais, cabe examinar *objetivamente* cada uma das proposições de alteração propostas pelo Tribunal de Contas do Estado, reiterando que todas as sugestões ora formalizadas foram objeto de discussão e deliberação prévia nas referidas reuniões técnicas.

- II -

A matéria será analisada a partir dos temas que foram objeto dos comentários de fls. 06/20 da Secretaria-Geral do Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Não obstante o encaminhamento e análise feita pela Secretaria-Geral do Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro tenha sido feito a partir das minutas de pregão eletrônico *serviços* (Anexo I), pregão eletrônico *compras* (Anexo II) e concorrência *compras* (Anexo III), fato é que vários são temas são idênticos, razão pela qual se optou por examinar a matéria em razão.

A amplitude da penalidade da suspensão temporária da participação em licitação prevista no artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93

A extensão das penalidades de efeito externos previstas nos artigos 87, III e IV, da Lei nº 8.666/93 é dos temas mais controversos no Direito Administrativo das Contratações Públicas.

O posicionamento originário da Procuradoria Geral do Estado era no sentido de que, em razão do princípio da autonomia federativa, as referidas sanções somente produziram efeitos no âmbito do ente que a aplicou¹, conforme diversos precedentes da Casa².

Posteriormente, em razão do contencioso surgido com a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça³, que compreende que tanto a suspensão de licitar como a declaração de inidoneidade produzem efeitos para todos os entes, conferindo interpretação extensiva ao disposto no artigo 87, III e IV, da Lei nº 8.666/93, a Procuradoria Geral do Estado alterou o seu entendimento, já com o propósito de aumentar a segurança jurídica e se orientar de acordo com posição consolidada nos Tribunais Superiores⁴.

Sucedendo que o tema comporta uma terceira linha de interpretação, adotada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que confere efeitos mais restritos à suspensão do direito de licitar, limitando-a ao ente que aplicou e efeitos

¹ Era este o entendimento ventilado na antiga redação do item X.12.1 aprovado pela Resolução PGE nº 3.424/2013 padrão dos editais e dos contratos administrativos no âmbito deste Estado, e no revogado Enunciado nº 21 da PGE/RJ, in verbis: “*Não serão admitidas na licitação as empresas punidas, no âmbito da Administração Pública Estadual, com as sanções prescritas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93.*”

² Corroborando tal entendimento, encontram-se os pareceres nº 32/2006, do Procurador do Estado Marcos Juruena Villela Souto; nº 01/09, de autoria da Procuradora Denise Amin Miguel Feres Aua; nº 11/09, do Procurador Gustavo Binembojn; e nº 02/2010, do Procurador Henrique Bastos Rocha, todos devidamente vistos pelas autoridades superiores competentes.

³ STJ, REsp nº 151.567/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, j. em 25.02.2003. Mais recentemente, a orientação foi reafirmada pela 1ª Seção, por meio do MS 19.657, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.08.2013. Observe-se, inclusive, que a necessidade da observância do princípio da moralidade por toda a Administração é um dos alicerces que sustenta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ora adotada pela PGE/RJ, que impõe a extensão dos efeitos da aplicação das sanções em análise por um ente federativo para todos os demais: “*A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada em razão de fatos graves demonstradores da falta de idoneidade da empresa para licitar ou contratar com o Poder Público em geral, em razão dos princípios da moralidade e da razoabilidade. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador – Administração Pública –, no dispositivo concernente à aplicação de sanções pelo ente contratante, deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição.*” STJ, REsp nº 520.553, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJ de 10.02.2011.

⁴ Conforme tive a oportunidade de aduzir quando ocupei o cargo de SubProcurador-Geral do Estado e exarei o Visto exarado aos Pareceres 08/14 e 11/14 – RCG: “Importante anotar que a mudança de posicionamento da Procuradoria Geral do Estado (que resultou na revogação do Enunciado 21) não significou uma revisão do seu entendimento original, mas uma alteração movida por uma **preocupação de natureza pragmática** e para conferir maior **segurança jurídica ao administrador**, alinhando a sua orientação à posição atual do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ampliar a abrangência das sanções administrativas mencionadas a todos os entes da federação. É o que se depreende do Visto do então Exmo. Sr. Subprocurador Geral do Estado CIRO GRYNBERG ao Parecer n.º 02/14 JVM e da Promoção n.º 08/14 APCBCA.”

mais ampliativos à declaração de inidoneidade, estendendo os seus efeitos para todos os entes.

Esse posicionamento sempre teve com fundamento jurídico a circunstância do artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 (suspensão do direito de licitar) ter utilizado a expressão “Administração”, ao passo que o artigo 87, IV, da Lei nº 8.666/93 invoca a expressão “Administração Pública”.

E é a própria Lei nº 8.666 que distingue “Administração” de “Administração Pública”, conforme se vê do disposto no artigo 6º, incisos XI e XII⁵. Assim, a suspensão alcançaria apenas o ente que aplicou a penalidade, ao passo que a declaração de inidoneidade se estenderia para todos os entes federativos.

Essa interpretação encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁶ e também na doutrina⁷. Pode-se, inclusive, afirmar que essa é uma tendência que vem sendo consagrada pelas legislações supervenientes, como se vê do disposto no artigo 83, inciso III, da Lei nº 13.303/16⁸ (Estatuto das Estatais) e dos artigos 73, incisos II e III, da Lei nº 13.019/14⁹ (Lei das parcerias com as organizações da sociedade civil).

⁵ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) XI – Administração Pública – a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas; XII – Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

⁶ Tal entendimento possui amparo em diversas deliberações apontadas pelo Acórdão 2.081/2014-TCU-Plenário e pela unidade instrutiva, como, por exemplo, os Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 408/2013, 739/2013, 842/2013, 1.006/2013, 1.017/2013, 2.073/2013, 2.242/2013, 2.556/2013 e 1.457/2014, todos do Plenário. (TCU. Relator Bruno Dantas. Processo 016.312/2015-5. Data da sessão. 14/10/2015).

⁷ Como se vê da lição de Jessé Torres Pereira Junior: “A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Público.” PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.

⁸ Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...) III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

⁹ Art. 73. Pela execução da parceria em desacordo com o plano de trabalho e com as normas desta Lei e da legislação específica, a administração pública poderá, garantida a prévia defesa, aplicar à organização da sociedade civil as seguintes sanções: (...) II – suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades da esfera de governo da administração pública sancionadora, por prazo não superior a dois anos; III – declaração de inidoneidade para participar de chamamento público ou celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades de todas as esferas de governo, 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 a organização da sociedade civil ressarcir a administração pública pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso II. (Redações dadas pela Lei nº 13.204, de 2015)

Fixada a moldura teórica e jurisprudencial sobre o tema, cabe destacar quatro pontos.

Primeiro que o tema comporta mais de uma interpretação razoável, como, aliás, é inerente ao exercício da hermenêutica jurídica. Todas as interpretações são fundamentadas em argumentos razoáveis e consistentes.

Segundo que existe uma forte tendência legislativa a consagrar a linha adotada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, distinguindo as sanções a partir dos seus efeitos. É o que se depreende das mencionadas Leis nº 13.019/14 (Lei das Parcerias Voluntárias) e 13.303/16 (Estatuto das Estatais).

Terceiro porque essa interpretação do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro se aproxima mais da posição originária da Procuradoria Geral do Estado do que da interpretação extensiva levada a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça, que amplia para todos os entes federativos a extensão na aplicação de ambas as penalidades.

Quarto porque o objetivo primário aqui é o incremento da segurança jurídica. A divergência entre os posicionamentos adotados pela Procuradoria Geral do Estado e pelo Tribunal de Contas é extremamente prejudicial aos administradores e gestores públicos estaduais, com a criação de um indesejável ambiente de insegurança e incerteza, a recomendar a busca pela convergência das posições jurídicas adotadas.

Daí porque, a despeito de não ser a posição pessoal do subscritor deste opinamento¹⁰, afigura-se recomendável o acolhimento da posição adotada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que confere efeito restrito à suspensão do direito de licitar, alcançando apenas os órgãos e entidades públicas integrantes da Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Rio de Janeiro¹¹, mantendo-se os efeitos extensivos para os demais entes quando se tratar de declaração de inidoneidade.

No caso de alteração do referido entendimento e *em acréscimo* ao que foi ponderado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, parece-me que a limitação dos efeitos deve alcançar, também, a penalidade prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520/02 cuja dicção é a seguinte:

¹⁰ O posicionamento pessoal do subscritor deste opinamento coincide com a primeira orientação da PGE que vislumbra no princípio da autonomia federativa limites restritos para ambas as penalidades. Sobre o tema ver GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 5ª edição, p. 416/419.

¹¹ Conforme Parecer nº 23/2001-PHSC

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 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.

Atualmente, as minutas padronizadas dos editais de pregão da PGE explicitam uma interpretação extensiva dos efeitos da sanção prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520, o que decorre – como se vê do Parecer nº 05/16 – RAT/PG-15 – do alinhamento com a posição então adotada para os efeitos da penalidade prevista no artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93.

Note-se, entretanto, que a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais de Contas vêm *restringindo os efeitos da sanção prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520/02*. Confira-se a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO¹²:

A utilização da preposição “ou” indica disjunção, alternatividade. Isso significa que a punição terá efeitos na órbita interna do ente federativo que aplicar a sanção. Logo, e considerando o enfoque mais tradicional adotado a propósito da sistemática da Lei n. 8.666, ter-se-ia de reconhecer que a sanção prevista no art. 7º do Pregão consiste em suspensão do direito de licitar e contratar. Não é uma declaração de idoneidade. PORTANTO, UM SUJEITO PUNIDO NO ÂMBITO DE UM MUNICÍPIO NÃO TERIA AFETADA SUA IDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PROMOVIDA NA ÓRBITA DE OUTRO ENTE FEDERAL.” (os grifos não são do original).

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR e MARINÊS RESTELATTO DOTTI¹³ explicam o sentido da norma, agregando o elemento histórico do seu processo de formação:

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 193.

¹³ PERREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade do contratado na administração de compras, serviços e obras. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 11, n. 122, fev. 2012.

OS EFEITOS DA SANÇÃO DE IMPEDIMENTO PREVISTA NO ART. 7º DA LEI ACIMA CITADA SÃO RESTRITOS À ÓRBITA INTERNA DO ENTE FEDERATIVO A QUE PERTENCE O ÓRGÃO OU A ENTIDADE SANZIONADORA. Ilustra-se: A aplicação de sanção de impedimento por órgão ou entidade da administração Pública federal, com supedâneo no art. 7º, torna o licitante ou contratado impedido de licitar e contratar com a União, o que quer dizer: impedido de licitar e contratar com todos os seus órgãos respectivamente subordinados, bem como com as entidades vinculadas, nomeadamente, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedade de economia mista, além do descredenciamento do licitante ou do contratado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf). **O LICITANTE OU CONTRATADO IMPEDIDO, NESSAS CONDIÇÕES, NÃO ESTARÁ PROIBIDO DE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES E CONTRATAR COM ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL OU DO DISTRITO FEDERAL.**

A utilização da conjunção “ou” no texto do art. 7º indica alternatividade, o que fundamenta a interpretação de que a punição deva ter seus efeitos restritos à órbita interna do ente federativo em que a sanção foi aplicada.

O elemento histórico fortalece essa compreensão. É que a referência, no dispositivo, a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) deve-se ao fato de que a Lei nº 10.520/02, quando convertida de Medida Provisória em Lei ordinária, já estava corretamente adaptada à competência legislativa geral estatuída pelo art. 22, XXVII, da Constituição Republicana de 1988. Tal adaptação corrigiu o equívoco original, quando a modalidade fora criada por Medida provisória, com a pretensão de reger apenas contratações federais. Visite-se, a respeito, o texto do art. 7º da Medida Provisória nº 2.026/2000, *verbis*: “Quem fizer declaração falsa ou deixar de apresentar a documentação exigida para o certame ficará impedido de contratar com a União, e se for o caso, será descredenciado no Sicaf, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e das demais cominações legais”. (os grifos não são do original).

Idêntica é a lição de JOEL NIEBUHR¹⁴:

Como dito, o licitante que incorrer numa das hipóteses prescritas no artigo 7º da Lei nº 10.520/02 deve ser impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, e, será, descredenciado no SICAF ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores, tudo pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Perceba-se que o legislador, ao dispor da amplitude das sanções administrativas, utilizou a conjunção alternativa “ou”, O QUE SIGNIFICA QUE O IMPEDIMENTO DE CONTRATAR ABRANGE APENAS AO ENTE FEDERATIVO QUE APLICOU A PENALIDADE, SEM ESTENDER-SE AOS DEMAIS. NOOUTRAS PALAVRAS, EMPRESA IMPEDIDA DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PELA UNIÃO, PODE PARTICIPAR, LIVREMENTE, DE LICITAÇÕES NO ESTADO, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. O mesmo ocorre em relação ao descredenciamento, que se dá ao âmbito federal no tocante ao SICAF e, nos demais entes federativos, nos seus sistemas próprios de cadastramentos.

Isso resulta do princípio federativo, em que cada ente é dotado de autonomia política e administrativa. Logo, cada ente federativo goza de autonomia para tomar as suas próprias decisões administrativas e, em princípio, não deve ser compelido a aceitar penalidade aplicada por seus pares. Aliás, essa orientação já vem sendo adotada em relação à sistemática atinente às sanções administrativas contida na Lei nº 8.666/93, mormente porque visa a prestigiar o princípio federativo, consagrado no altiplano constitucional. (os grifos não são do original).

FABRÍCIO MOTTA¹⁵ pondera em idêntico sentido:

Sem tomar posicionamento a respeito da celeuma, no tocante à questão que nos interessa diretamente, ou seja, a abrangência da penalidade prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520/02, há que se destacar o impedimento de licitar e contratar referir-se-á à União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, de acordo com a expressa dicção legal. O uso da conjunção alternativa “ou”, somado à referência à entidade política, parece

¹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*, Curitiba: Zênite, p. 257/258.

¹⁵ MOTTA, Fabrício. *Sanções*. In: GASPARINI, Diogenes (coord.). *Pregão presencial e eletrônico*, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 155/156.

espancar as dúvidas tocantes à eventual extensão da sanção a todas as esferas. Registre-se ainda que a fórmula utilizada é de maior correção que a encontrada na Lei nº 8.666/93, pois em se tratando de administração direta o contrato sempre será firmado com a pessoa jurídica (entidade política) capaz de direitos e deveres e não com a Administração. **NÃO OBSTANTE, A RESTRIÇÃO DO IMPEDIMENTO A SOMENTE UMA ESFERA POSSUI O CONVENIENTE DE FACILITAR A VERIFICAÇÃO DA SUA OCORRÊNCIA, E, POR ISSO, EMPRESTAR MAIOR EFICÁCIA À REGRA.** (os grifos não são do original).

Outros autores poderiam ser mencionados ou transcritos, mas parece suficiente a demonstração de que esse é o entendimento que privilegia a interpretação teleológica do artigo 7º da Lei nº 10.520/02 e que não coloca o texto legal em rota de colisão com o princípio federativo previsto na Constituição Federal.

Mas não é apenas a doutrina que abona esta posição.

Os **Tribunal de Contas da União** e o **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo** ratificam essa interpretação. Confira-se o entendimento do TCU:

[...] **8. No meu entender, a Lei 10.520/2002 criou mais uma sanção que pode integrar-se às previstas na Lei 8.666/1993. Se pode haver integração, não há antinomia. A meu ver, o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) seria pena mais rígida que a mera suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993) e mais branda que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993).** Tal entendimento possui amparo em diversas deliberações apontadas pelo Acórdão 2.081/2014-TCU-Plenário e pela unidade instrutiva, como, por exemplo, os Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 408/2013, 739/2013, 842/2013, 1.006/2013, 1.017/2013, 2.073/2013, 2.242/2013, 2.556/2013 e 1.457/2014, todos do Plenário. (TCU. Relator Bruno Dantas. Processo 016.312/2015-5. Data da sessão. 14/10/2015)

9.2 alterar a redação do Acórdão nº 3.010/2013 – Plenário, que passa a vigorar nos seguintes termos:

“OS MINISTROS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ACORDAM, POR UNANIMIDADE, COM FUNDAMENTO NO ART. 43, INCISO I, DA LEI Nº

8.443/1992, C/C OS ARTS. 17, INCISO IV; 143, INCISO III; 237, INCISO VII, E 235 DO REGIMENTO INTERNO/TCU, EM CONHECER DA PRESENTE REPRESENTAÇÃO, PARA, NO MÉRITO, CONSIDERÁ-LA IMPROCEDENTE, COM BASE NOS ENTENDIMENTOS ESPOSADOS NOS ACÓRDÃOS Nº653/2008, Nº3.243/2012, Nº3.439/2012, Nº3.465/2012, Nº842/2013, Nº739/2013, Nº1.006/2013, Nº1.017/2013 E Nº2.242/2013, TODOS DO PLENÁRIO, NO SENTIDO DE QUE A SANÇÃO PREVISTA NO ART. 7º DA LEI Nº 10.520/2002 PRODUZIRÁ EFEITOS NO ÂMBITO DO INTEIRO ENTE FEDERATIVO QUE A APLICAR. Arquite-se o processo. Dê-se ciência desta deliberação à representante e ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul Rio Grandense, acompanhada de cópia da instrução da unidade técnica constante da peça 4: [...]”. (TCU – Acórdão nº 2081-29/14-P) (os grifos não são do original).

Caminha na mesma linha o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

2.3. A questão controvertida nos presentes autos trata da abrangência dos efeitos jurídicos decorrentes da aplicação das penalidades previstas no inciso III, do artigo 87, da Lei 8.666/93 e artigo 7º da Lei Federal nº. 10.520/02. **A RESPEITO DO TEMA, NA SESSÃO DE 29 DE ABRIL DE 2015, AO APRECIAR A REPRESENTAÇÃO ABRIGADA NOS AUTOS DO TC-2009.989.15-3, ESTE E. PLENÁRIO, POR MAIORIA, ACOLHEU O VOTO DO E. CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA, REAFIRMANDO QUE OS EFEITOS DO IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR HAVERÃO DE SE LIMITAR, “MUTATIS MUTANDIS”, À ESFERA DE ATRIBUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DE PÚBLICO RESPONSÁVEL PELA APLICAÇÃO DA PENALIDADE.** O julgamento ressalvou desta condição a extensão da eficácia do decreto de inidoneidade previsto no inciso IV, do art. 87 da Lei 8.666/93, que produz alijamento temporário de qualquer aspiração de contratar com a Administração Pública, em sentido lato. **O PLENÁRIO FIRMOU DESTE MODO, SUA POSIÇÃO EM RELAÇÃO AO TEMA, OU SEJA, AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICADAS COM FULCRO NO INCISO III DO ARTIGO 87 DA LEI 8.666/93 E, TAMBÉM, NO ARTIGO 7º DA LEI 10.520/02 (SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO) TERÃO EFEITOS RESTRITOS**

AOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS LANÇADOS PELO ÓRGÃO QUE TENHA APLICADO AS PENALIDADES. (TCE/SP. TC- 008576/989/15-6. Plenário. Relator: Dilmas Eduardo Ramalho. Data da sessão: 18/11/2015) (grifos nossos)

Ora, ainda que à época do certame promovido pela USP a restrição estivesse vigorando no âmbito daquela Edilidade, a sanção não afeta eventual interesse da licitante apenas em participar de procedimentos licitatórios lançados por outros órgãos e esferas, por se tratar da hipótese prevista no inciso III do artigo 87 da Lei n. 8.666/93, **LIMITANDO-SE, DESSE MODO, AO IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL DE BARRETOS.** Nesse sentido, decisão exarada pelo E. Tribunal Pleno nos autos do TC004899/026/95, de minha relatoria. Também nesta direção caminha a previsão expressa no artigo 7º da Lei Federal n. 10.520/02, conforme ensinamentos que se extrai da obra do i. Professor Marçal Justen Filho a respeito do alcance das infrações consignadas nesse dispositivo e que podem ensejar impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, nos seguintes termos: “A utilização da preposição ‘ou’ indica disjunção, alternatividade. Isso significa que a punição terá efeitos na órbita interna do ente federativo que aplicar a sanção (...). Logo (...) ter-se-ia que reconhecer que a sanção prevista no art. 7º da Lei do Pregão consiste em suspensão do direito de licitar e contratar. Portanto, um sujeito punido no âmbito do Município não teria afetada sua idoneidade para participar de licitação promovida na órbita de outro ente federal.” (in Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. Dialética, 2. Ed., p. 188.) Ante essas considerações, voto pela improcedência dos fatos narrados no pedido inicial, com o consequente arquivamento dos autos. (TCE/SP. TC-015313/026/08. Segunda Câmara. Relator: Robson Marinho. Data da sessão: 19/05/2009) (grifos nossos)

Sugiro, portanto, que nos editais de pregão *sejam reconhecidos os efeitos restritos também ao artigo 7º da Lei nº 10.520/02*, seja em razão da mudança de entendimento ora fixada a partir da provocação do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, seja em razão do entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência das Cortes de Contas, com o qual, frise-se, estou inteiramente de acordo.

A possibilidade de participação ou vedação de sociedades empresárias em consórcio

O ponto aqui refere-se à possibilidade de participação ou vedação de consórcios nas licitações. Trata-se de tema que não comporta uma solução generalista ou desconectada das características do objeto.

Cada licitação pode implicar em uma solução distinta, eis que o consórcio pode tanto ampliar a competição como restringir a concorrência, na forma bem exposta nas considerações da Secretaria-Geral do Controle Externo. Dependerá de uma análise caso a caso a ser feita pelo ente público à luz do objeto e daquele mercado específico.

As minutas padrão da Procuradoria Geral do Estado tratam do tema em nota explicativa. O ponto do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro refere-se à questão da necessária motivação, em cada situação concreta, admitindo ou não a participação de consórcios.

Assim, uma solução possível seria a seguinte: incorporar a cláusula de participação de consórcio nas minutas de edital como regra, com a nota explicativa esclarecendo que no processo administrativo a participação ou vedação de consórcio deve *obrigatoriamente* ser objeto de motivação específica pelo gestor, justificando a decisão à luz do objeto e das características daquele mercado.

A padronização das minutas é mecanismo de otimização e racionalização administrativa, mas exige do gestor a necessária adequação e adaptação à luz de cada objeto. A participação ou vedação de consórcios é daqueles temas que devem ser objeto de justificativa específica no processo administrativo da licitação, porquanto, como dito, pode favorecer a concorrência como pode restringi-la.

Serviços contínuos e Reajuste

A minuta padrão de pregão eletrônico (serviços) expressa na cláusula 9.2¹⁶ o alcance das parcelas que englobam o preço ofertado pelo licitante. Mas na parte final explícita que “*nenhuma reivindicação adicional de pagamento ou reajustamento de preço será considerada*”.

A ponderação da Secretaria-Geral do Controle Externo do TCE é no sentido de excluir a palavra “*reajustamento*”, porquanto em sendo os serviços contínuos o reajuste é inerente à sua natureza. Correta a observação, razão pela qual sugiro a exclusão da palavra “*reajustamento*”.

¹⁶ “9.2 A cotação de preços englobará todas as despesas relativas ao objeto do contrato, bem como os respectivos custos diretos e indiretos, tributos, remunerações, despesas fiscais e financeiras e quaisquer outras necessárias ao cumprimento do objeto desta Licitação, salvo expressa previsão legal. Nenhuma reivindicação adicional de pagamento ou reajustamento de preços será considerada.”

Cabe advertir, entretanto, que essa adequação deve ser promovida em todas as minutas padronizadas que tenham por objeto a prestação de serviços, não se circunscrevendo apenas ao pregão eletrônico.

Prazo Decadencial

A Secretaria-Geral do Controle Externo do TCE questiona a cláusula 15.7.7¹⁷ da minuta padrão do edital de pregão eletrônico (serviços), que prevê prazo decadencial para que o contratado solicite o pagamento do reajuste contratual.

Argumenta o Tribunal de Contas do Estado que: (i) o não requerimento no prazo fixado no contrato pode resultar em desequilíbrio econômico-financeiro; (ii) o reajuste pode ser concedido por meio de apostilamento, não demandando solicitação prévia do contratado, conforme previsto no § 8º, do artigo 65 da Lei nº 8.666/93.

No âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, a matéria foi enfrentada por ocasião do Parecer nº 13/HGA/PG-15/2004, que concluiu pela viabilidade jurídica na definição de prazo no contrato para requerimento do reajuste, utilizando como fundamento o regramento previsto no Código Civil, notadamente o artigo 211.

Foi a partir do referido Parecer que a Procuradoria Geral do Estado definiu o seu posicionamento, consolidado com a edição da Resolução PGE nº 3.954, de 07.10.16.

Considerando que se trata de posicionamento recentemente consolidado na Casa, penso que esse aspecto deve ser reexaminado pela Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico, já que, uma vez acolhida a sugestão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, seria necessário enfrentar os pontos que fundamentaram o Parecer nº 13/HGA/PG-15/2004.

Lembro que essa questão não se circunscreve apenas à minuta de pregão eletrônico (serviços), devendo, se for o caso, alcançar a revisão das demais minutas.

É preciso anotar, ainda, que na hipótese dos serviços continuados existem diferentes formas de reajuste, como é o caso dos insumos (com aplicação automática do índice contratualmente fixado) e da recomposição da mão-de-obra (em procedimento que se aproxima daquilo que no plano federal é denominado de repactuação).

¹⁷ A cláusula 15.7.7 apresenta a seguinte redação: “O prazo decadencial convencionado para o contratado solicitar o pagamento do reajuste contratual, que deverá ser protocolizado na Unidade Protocoladora do órgão contratante, é de 60 (sessenta) dias, contados da publicação do índice ajustado contratualmente, sob pena de decair o seu respectivo direito de crédito, nos termos do art. 211, do Código Civil (cláusula incluída pela Resolução PGE nº 3.954, de 07.10.16).

Enfim, esse tema merece aprofundamento *em parecer próprio e específico* sobre o assunto, seja porque implicaria em revisão do posicionamento da Procuradoria Geral do Estado, seja porque é necessário investigar como a referida cláusula vem sendo efetivamente aplicada nos contratos administrativos celebrados no âmbito da Administração Pública Estadual.

Registro das Penalidades

Determina a cláusula padrão da Procuradoria Geral do Estado que as penalidades impostas aos licitantes deverão ser registradas no Cadastro de Fornecedores do Estado, por meio do SIGA.

A sugestão da Secretaria-Geral do Controle Externo do TCE é no sentido de que esta comunicação seja, também, endereçada ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas. Atualmente, isso já é feito pela Comissão de Licitação¹⁸.

Entretanto, com o advento do Decreto nº 46.366, de 19.07.18 – que regulamenta no âmbito do Executivo Estadual a Lei nº 12.846/13 – essa atribuição de informação parece ter sido absorvida pela Controladoria Geral do Estado, a teor do disposto no seu artigo 69¹⁹.

Deve, portanto, a Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico averiguar a questão da competência *interna corporis* em âmbito estadual e, na sequência, definir nas minutas-padrão a obrigação de o órgão ou entidade pública comunicar ao órgão competente estadual (ao que parece a Controladoria Geral do Estado) a aplicação da sanção, a fim de que a Controladoria, concentrando essa função, promova a posterior comunicação ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas.

Regras para aceitação e recebimento do objeto

A Secretaria-Geral do Controle Externo do TCE explicita a necessidade de que, em licitações com objetos acima de determinado valor, observe-se a regra imposta pelo artigo 4º do Decreto Estadual nº 45.600/16, que determina que o objeto da contratação seja recebido por Comissão de Fiscalização composta por 03 (três) membros.

¹⁸ “Uma vez recebidos os documentos, a Comissão de Licitação consultará o Cadastro de Fornecedores do Estado, por meio do SIGA, e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, do Portal Transparência, da Controladoria Geral da União.” (Item incluído pela Resolução PGE nº 3.731, de 10.03.2015). Ver sobre o tema a PORTARIA Nº 516, DE 15 DE MARÇO DE 2010 DOU de 16.03.2010 da Controladoria Geral da União que instituiu o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS.

¹⁹ “Art. 69. A Controladoria Geral do Estado informará e manterá atualizados no CNEP e no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e os dados relativos às sanções aplicadas”.

Correta a observação, devendo a Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico promover a adequação das minutas padronizadas da Procuradoria Geral do Estado ao disposto no Decreto Estadual nº 45.600/16.

Garantia

Com fundamento na orientação do Tribunal de Contas da União (Acórdão TCU nº 1214/13), a Secretaria-Geral do Controle Externo do TCE propõe cláusula sobre a garantia contratual, explicitando que deverá contemplar a cobertura para os seguintes eventos: (i) prejuízos advindos do não cumprimento do contrato; (ii) multas punitivas aplicadas pela fiscalização à contratada; (iii) prejuízos diretos causados à contratante decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; (iv) obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada.

A proposta é no sentido de detalhar os eventos que serão cobertos pela garantia contratual, o que incrementa a segurança jurídica e explicita os reais objetivos da exigência da garantia prevista no artigo 56 da Lei nº 8.666/93.

Não vislumbro qualquer óbice jurídico à sugestão de inclusão da nova cláusula, apenas recomendando que seja também incluída nas minutas padronizadas de contratos.

Acrescento, ainda, que o referido Acórdão nº 1214/13 do Tribunal de Contas da União contém outras propostas de melhorias nos procedimentos de contratação e execução de prestação de serviços, sendo recomendável que a Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico avalie se outras sugestões devem ser incorporadas nas minutas padronizadas da Procuradoria Geral do Estado.

Regras para qualificação técnica e econômica dos licitantes

A cláusula padrão de qualificação técnica foi elaborada no âmbito do Processo nº E-14/001.003141/16 e encontra-se em fase de consulta pública.

Quanto à cláusula de qualificação econômico-financeira, deve a Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico providenciar a sua elaboração, com posterior submissão à consulta pública. Recomenda-se que, tanto quanto possível, sejam utilizados os padrões já adotados em outras minutas.

No caso específico da modalidade pregão, deve ser conferida alguma margem de flexibilidade para que o gestor promova as exigências de qualificação técnica e econômico-financeira de acordo com as peculiaridades de cada objeto.

Compliance

Com o advento da Lei nº 7.753/17 e na forma do disposto no seu artigo 1º, instituiu-se a exigência do Programa de Integridade às sociedades empresárias que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privada com a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R\$ 1.500.000,00 (hum milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias.

Por intermédio da Resolução PGE nº 4202/18, a Procuradoria Geral do Estado regulamentou a matéria na cláusula relativa às obrigações da contratada. A sugestão da Secretaria-Geral do Controle Externo é no sentido de que conste, também, como alerta no edital de licitação que o licitante classificado em primeiro lugar deverá apresentar o Programa de Integridade para efeitos de contratação.

De fato, parece-me adequado que o edital, além do contrato, explicitasse essa futura exigência a fim de conferir efetividade à Lei nº 7.753/17. Na minuta de pregão eletrônico (serviços) a sua inclusão se daria no item 14, ao passo que na minuta de pregão eletrônico (compras) no item 15.

Pessoas com deficiência (Lei Estadual 7.258/16)

A Lei Estadual nº 7.258/16 estabelece que nos contratos firmados com órgão, entidade ou poder do Estado do Rio de Janeiro, objetivando a realização de obras ou a prestação de serviços, será obrigatório o preenchimento de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos postos de trabalho com pessoas portadoras de deficiência ou necessidades especiais, respeitando o disposto no artigo 7º, XXXI, da Constituição Federal.

Por intermédio da Resolução PGE nº 3996/16, a exigência foi inserida nas minutas de contrato. A sugestão da Secretaria-Geral do Controle Externo é no sentido de que conste, também, como alerta no edital de licitação que o licitante classificado em primeiro lugar deverá reservar vagas para pessoas portadoras de deficiência ou necessidades especiais, conforme determina o artigo 1º da Lei Estadual nº 7.258/16.

De fato, parece-me adequado que o edital, além do contrato, explicitasse essa futura exigência a fim de conferir efetividade à Lei nº 7.258/16, na mesma linha adotada em relação ao Programa de Integridade. Na minuta de pregão eletrônico (serviços) a sua inclusão se daria no item 14, ao passo que na minuta de pregão eletrônico (compras) no item 15.

Cooperativas e o afastamento nos casos que envolver hipótese de subordinação

Sugere a Secretaria-Geral do Controle Externo do TCE a inclusão de nota explicativa indicando que a participação de cooperativas somente será possível se o objeto da contratação não envolver hipótese de subordinação.

Cabe informar, em relação ao referido tema, que a matéria se encontra pendente de definição no Processo Administrativo nº E-14/001.046963/2015.

- III -

Eram essas as conclusões acerca dos pontos destacados pela Secretaria-Geral do Controle Externo do TCE, com a sugestão de que, uma vez aprovado esse opinamento, seja encaminhado à Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico para que promova as adequações nas minutas padrão, com vistas ao aprimoramento da segurança jurídica dos editais e contratos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

O único ponto no qual se sugere exame específico por parte da Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico é aquele relativo ao prazo decadencial do reajuste, eis que se cuida de entendimento recentemente consolidado no âmbito da Procuradoria Geral do Estado.

Por derradeiro, importante anotar que a proposta conjunta é no sentido de que, uma vez alinhados todos os aspectos acima destacados, as minutas sejam encaminhadas ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro para submissão e consideração do Plenário, conforme destacado no ofício inaugural da Exma. Sra. Presidente Interina do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, MARIANNA MONTEBELLO WILLEMANN (fls. 03/04).

FLÁVIO AMARAL GARCIA
Procurador do Estado

VISTO

Visto. Aprovo o Parecer n° 98/18 da lavra do Procurador do Estado **FLAVIO AMARAL GARCIA**, que examinou algumas sugestões de alteração das minutas padronizadas de editais de licitação formuladas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Importante referir que essas proposições decorreram de reuniões preliminares realizadas entre representantes dos dois órgãos, com o objetivo de avaliar conjuntamente eventuais aperfeiçoamentos e adequações das minutas de editais e contratos, tudo com vistas a conferir maior **segurança jurídica** nas licitações realizadas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Aspecto bastante relevante é o alinhamento institucional acerca dos efeitos das sanções previstas nos artigos 87, III e IV, da Lei nº 8.666/93, eis que mais próximo ao entendimento original da Procuradoria Geral do Estado, bem como adequado com a tendência legislativa de restrição da sanção de suspensão do direito de licitar, consoante previsto na Lei nº 13.019/15 (Lei das Parcerias Voluntárias) e na Lei nº 13.303/16 (Estatuto das Estatais).

Como anotado pelo parecerista, essa mudança de entendimento gera efeito reflexo nos efeitos da sanção prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520/02, que também deve ser restrita ao ente que a aplicou, na forma do posicionamento da doutrina e da jurisprudência das Cortes de Contas.

O único ponto a demandar exame específico pela Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico é aquele relativo ao prazo decadencial para requerimento do reajuste e cujo posicionamento se encontra consolidado por ocasião do Parecer nº 13/HGA/PG-15/2004 e da Resolução PGE nº 3.954, de 07.10.16.

No mais, deve a Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico conferir **tratamento prioritário** nas adequações e aperfeiçoamentos nas minutas de editais, viabilizando, subsequentemente, a sua aprovação pelo Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, como destacado no ofício inaugural da Exma. Sra. Presidente Interina do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, MARIANNA MONTEBELLO WILLEMANN (fls. 03/04).

Por derradeiro, o Acórdão nº 1214/13 do Tribunal de Contas da União – referido pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – contém outras propostas de melhorias nos procedimentos de contratação e execução de prestação de serviços, sendo recomendável que a Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico avalie se outras sugestões devem ser incorporadas nas minutas padronizadas da Procuradoria Geral do Estado,

atuando coordenadamente com o próprio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

À Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2018.

RODRIGO CRELIER ZAMBÃO DA SILVA
Procurador-Geral do Estado