

STJ x TCU

A POLÊMICA SOBRE A EXTENSÃO DA SANÇÃO DO ART. 87, INCISO III, DA LEI Nº 8.666/93

■ POR GUILHERME CARVALHO E SOUSA

A discussão acerca da extensão da sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos (nº 8.666/93) não é nada recente. Já é mais que consabido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, bem assim o do Tribunal de Contas da União, diga-se de passagem, assaz antagônicos.

O dispositivo em comento expressa, textualmente, quais são as sanções que podem ser aplicadas pela inexecução total ou parcial do contrato, citando, no inciso III, a “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos”.

O tema guarda, decerto, alguma controvérsia no âmbito da doutrina e dos Tribunais de Contas. Para o STJ, não se faz a diferenciação, aludida por alguns doutrinadores, entre os termos Administração e Administração Pública. Sem dúvidas, a tese majoritária, e pacífica no STJ, firma-se no sentido de entender a suspensão de contratar com a Administração a todos os órgãos e entidades públicos (RMS nº 32.628-SP, DJe 14.09.11).

Em recentíssimo julgado, agora por meio de sua Primeira Sessão, a Corte de Justiça pacificou totalmente a questão. Apreciando o Mandado de Segurança nº 19.657-DF (DJe 23.08.13), a Corte entendeu, nos termos do relatado pela Ministra Eliana Calmon, que “a penalidade prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a Administração é de âmbito nacional”. Muito embora o entendimento apresentado não seja surpreendente, merece atenção que, desta vez, a decisão é oriunda da Primeira Sessão, e à unanimidade, demonstrando, portanto, uma consolidação da posição antes já adotada pelo Tribunal.

E mais. O TCU, ao contrário do que já decidiu o STJ, mantém entendimento firme de que as sanções previstas no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 limitam-se à esfera da entidade que as aplicou. Caricadamente, na mesma data em que fora noticiado o julgamento do MS nº 19.657-DF¹, o Informativo de Licitações e Contratos nº 165 do TCU veiculou que “a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/02 produz efeitos no âmbito do ente federativo que a aplicar”.

Destaque-se que a decisão é oriunda do Plenário do TCU, demonstrando, assim, que o entendimento é uniforme por parte daquela Corte de Contas. Segundo o Tribunal, referindo-se ao dispositivo da Lei de Licitações e Contratos, “em se tratando de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabe interpretação restritiva”.

Reitera-se que não é novidade o entendimento de nenhum dos Tribunais. O que chama atenção nos julgados é que ambos são decisões mais robustas, em especial porque o STJ assim se manifestou por meio de sua Primeira Sessão, à unanimidade. Fixados esses pontos, cabem algumas reflexões.

A primeira delas, obviamente, permite indagar qual das duas decisões é válida. A que decisão a Administração Pública e possíveis contratantes devem obediência? Este, por certo, é o ponto mais traumático da discussão.

Todavia, o debate não se inquieta apenas com esta indagação. Há, por certo, uma total insegurança jurídica com os dois posicionamentos largamente divergentes. A Administração Pública, ao encetar uma contratação, “deve” ou “pode” limitar a participação de licitantes que estejam suspensos de contratar com o Poder Público, mormente se a suspensão foi determinada por pessoa política diversa daquela que pretende aplicar a sanção? Dito de outro modo: há facultatividade, exemplificativamente, para a Administração Pública estadual não contratar com uma empresa que tenha sido suspensa de contratar com uma dada municipalidade?

Não se pretende, por ora, imprimir qualquer opinião finalizada acerca do desalinho dos julgados do STJ e do TCU, entretanto, à guisa de considerações finais, importa perceber que a controvérsia deve ser amainada pelo Supremo Tribunal Federal, eis que o tema objeto da discussão tem relação quanto às atribuições do TCU (art. 71, CF).

Trata-se, indubitavelmente, de questão que se reveste de matiz constitucional, sobre a qual, portanto, o STF deverá manifestar-se, sob pena de uma eterna inquietação dos agentes públicos e privados envolvidos nos processos licitatórios. Sem embargo, tal perspectiva deságua em manifesta insegurança jurídica, indesejável para um Estado que se pretende, além de democrático, acima de tudo, “de Direito”. □

NOTA

1 Cf. sítio do Superior Tribunal de Justiça, 27 de agosto de 2013.



ARQUIVO PESSOAL

GUILHERME CARVALHO E SOUSA é Advogado, sócio do escritório Guilherme Carvalho & Advogados Associados. Doutorando em Direito Administrativo pela PUC-SP, Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Público e em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. Professor universitário em Brasília (IESB e UNICEUB). Palestrante e Professor de Pós-Graduação em vários cursos, faculdades e Tribunais de Contas. Ex Procurador de Estado. Articulista e Parecerista.