

QUAL A EXTENSÃO DA SANÇÃO PREVISTA NO ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/1993? A POLÊMICA QUANTO AO DISSENSO ENTRE AS RECENTES DECISÕES DO STJ E DO TCU

SP, 9/9/2013

A discussão acerca da extensão da sanção prevista no art. 87, inc. III, da [Lei nº 8.666/1993](#) não é nada recente. Já é mais que consabido os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, bem assim do Tribunal de Contas da União, diga-se de passagem, assaz antagônicos. Ambos caminham em sentidos um tanto diversos.

O art. 87 da Lei de Licitações e Contratos, [Lei nº 8.666/1993](#), expressa, textualmente, quais são as sanções que podem ser aplicadas pela inexecução total ou parcial do contrato. O inc. III do referido artigo assim dispõe, *verbis*:

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

.....
III – 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 dúvida, 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:

[...] não é demais destacar que neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a **sanção de impedimento** de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela. ([RMS nº 32.628/SP](#); Rel. Min. Mauro Campbell Marques – 2ª Turma – DJe de 14.9.2011).

Em recentíssimo julgado, agora por meio de sua Primeira Sessão, o Superior Tribunal de Justiça pacificou, totalmente, a questão. Não que antes o assunto encontrasse alguma sombra de divergência, mas, por ocasião deste julgamento, eis que oriundo da Primeira Sessão, à unanimidade, parece que o posicionamento do Tribunal demonstrou-se mais evidenciado.

Apreciando o [Mandado de Segurança nº 19.657/DF¹](#), a Corte entendeu que “a penalidade prevista no art. 87, 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”. O entendimento do Tribunal, como já mencionado, não é em nada surpreendente. O que causa certa surpresa, contudo, é que, desta vez, a decisão é oriunda da Primeira Sessão, e à unanimidade, demonstrando, portanto, uma consolidação da posição antes adotada.

E mais. O Tribunal de Contas da União, ao contrário do que já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, mantém entendimento firme de que as sanções previstas no art. 87, inc. III, da Lei nº 8.666/1993 limitam-se à esfera da entidade que as aplicou. Caricadamente, no mesmo dia em que fora veiculada a notícia no sítio do Superior Tribunal de Justiça (27.8.2013), referente ao julgamento do já mencionado mandado de segurança, o Informativo de Licitações e Contratos nº 165 do TCU veiculou: “a sanção prevista no art. 87, inc. III, da Lei nº 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 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, “em se tratando de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabe interpretação restritiva”. E destacou ainda: “a sanção prevista no inc. III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 produz efeitos apenas no âmbito interno do ente federativo que a aplicar”.

Como já dito e sobredito, não é novidade o entendimento de nenhum dos Tribunais. O que chama a 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 estes pontos, cabem algumas reflexões.

A primeira delas, obviamente, passa pela seguinte indagação: qual das duas decisões é válida? A quem 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, suspensão esta cuja decorrência é oriunda de outra pessoa política

¹ (STJ – MS nº 19.657/DF – 2013/0008046-9, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 14.8.2013, 1ª Sessão, DJe de 23.8.2013).

que não a que aplicou 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 há espaço, neste ensaio, para maiores debates. Não se imprimirá aqui qualquer opinião mais finalizada acerca do alinhamento dos julgados apontados pelos dois Tribunais. Interessa, à guisa de considerações finais, estabelecer uma mera reflexão, de modo que, a nosso sentir, a questão deve ser amainada pelo Supremo Tribunal Federal, eis que o tema aqui objeto da discussão tem relação quanto às atribuições do Tribunal de Contas da União (art. 71, [CF/1988](#)).

Trata-se, indubitavelmente, de uma questão que reveste matiz constitucional, e que, portanto, o Supremo Tribunal Federal deverá manifestar-se, sob pena de uma eterna inquietação dos agentes públicos e privados envolvidos nos processos licitatórios, o que deságua em manifesta insegurança jurídica, indesejável para um Estado que se pretenda, além de democrático, acima de tudo, “de Direito”.

Por Guilherme Carvalho e Sousa – Advogado; Ex-Procurador de Estado; Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Uniceub; Professor universitário em Brasília – graduação e pós-graduação; Professor e palestrante em várias instituições de ensino; Articulista e parecerista